

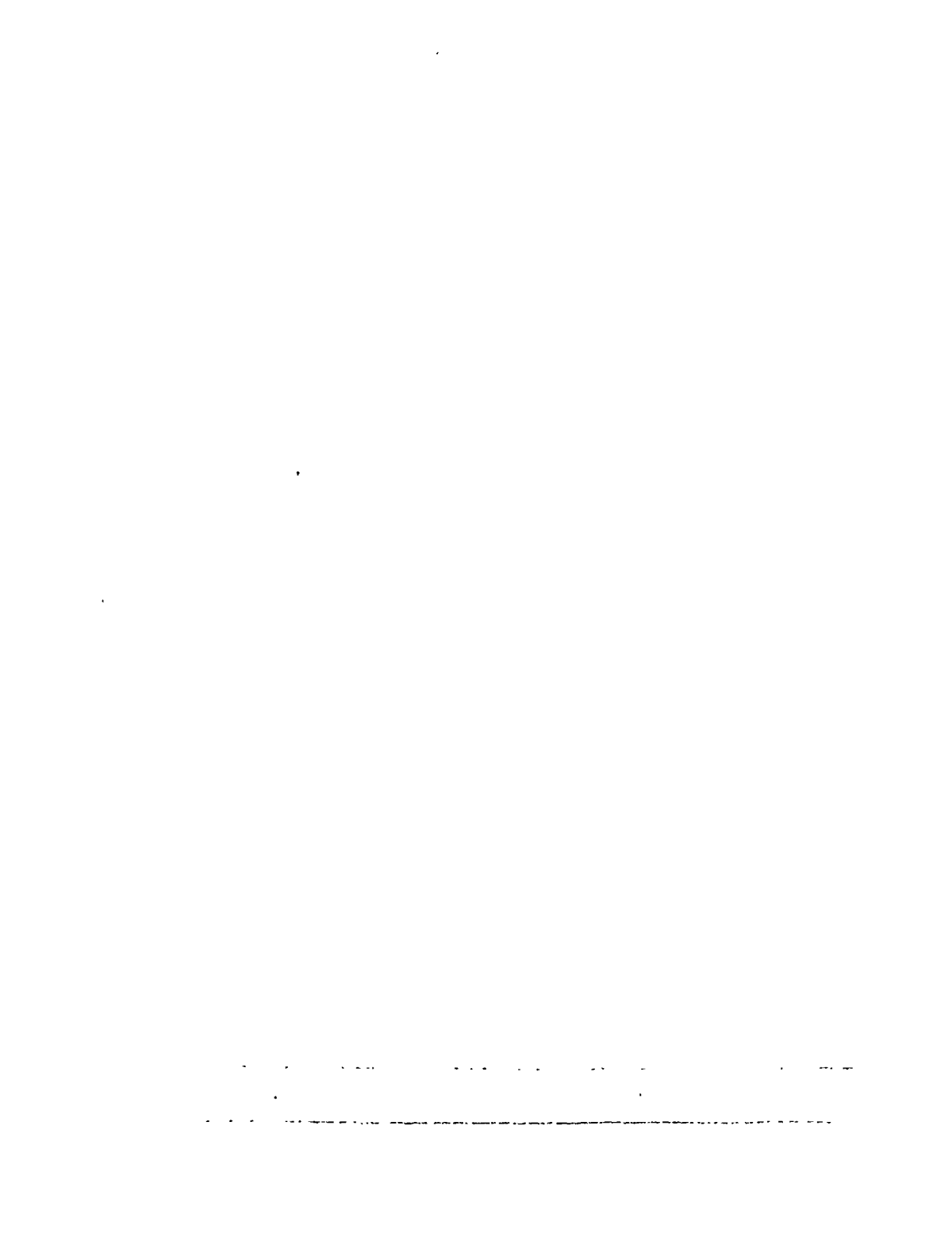
REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLI * Julio-Agosto 1965 * Núms. 446-447



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; y

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

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.

THE PROBLEM

Let $f(x)$ be a function

$$f(x) = \frac{1}{x^2} \quad (1)$$

and let $F(x)$ be a function

$$F(x) = \frac{1}{x}$$

Then $f(x)$ and $F(x)$ are related by

$$f(x) = -F'(x) \quad (2)$$

and $F(x)$ is an antiderivative of $f(x)$.

Let $f(x)$ be a function

$$f(x) = \frac{1}{x^3}$$

and let $F(x)$ be a function
such that $F'(x) = f(x)$.

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

<i>El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma</i> , por Ramón María Roca Sastre	781
<i>La cambial agraria</i> , por Joaquín Sapena	831
<i>Caución y proceso cautelar en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria</i> , por José Luis Ruiz-Sánchez	855

NOTAS:

<i>La Asociación. Su régimen jurídico en Derecho español</i> , por Ramón G. Sánchez de Frutos	883
--	-----

LEGISLACION:

<i>Crónica legislativa</i> , por Francisco de Cossío	903
---	-----

JURISPRUDENCIA:

<i>De la Dirección General de los Registros y del Notariado</i> , por Ginés Cánovas Couñño	915
<i>Civil</i> , por Bartolomé Menchén	933
<i>Arrendamientos</i> , por José María González López	948
<i>Mercantil</i> , por Ramón G. Sánchez de Frutos	956
<i>Contencioso-administrativa</i> , por Jesús González Pérez y Salvador Ortolá Navarro	957
<i>Procesal</i> , por José María González López	969
<i>Fiscal</i> , por José María Rodríguez Villamil	979

LIBROS:

<i>Centenario de la Ley del Notariado.—Sección tercera: Estudios jurídicos varios.—Volumen I: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España</i> , por S. de F.	991
<i>Instituciones de Derecho civil: Derecho de cosas</i> , de Manuel Albaladejo, por Fernando Muñoz Cariñanos	1019
<i>Comentarios a la Ley de Reforma del Sistema Tributario, Inspección General del Ministerio de Hacienda</i> , por S. de F.	1021
<i>El caso fortuito y la fuerza mayor</i> , de Francisco Soto Nieto, por Fernando Muñoz Cariñanos	1023
<i>Apuntes de Derecho inmobiliario registral</i> , de Chico Ortiz, J. M., y Bonilla Encina, J. F., por Eugenio Fernández Cavaleiro	1025

REVISTAS:

<i>Por Valeriano de Castro</i>	1031
---------------------------------------	------

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

Depósito legal: M. 968.—1958

ESTUDIOS

El problema de la relación que respecto del art. 34 de la Ley Hipotecaria guarda el art. 32 de la misma

Impugnada a su tiempo (1) la teoría que pretende distinguir netamente el papel que desempeñan estos dos artículos 34 y 32 de nuestra Ley Hipotecaria, como exponentes de dos sistemas contrapuestos, se ha insistido posteriormente por varios autores acerca de esta diferenciación, hasta el punto de llegar a propugnarse recientemente por el retorno al criterio del Código civil en este aspecto (2). Ante ello (3), consideramos obligado ofrecer este breve estudio, dirigido a mantener nuestro añejo punto de vista sobre el indicado problema.

I

EL PROBLEMA

A través de las sucesivas reformas de la legislación inmobiliaria registral, ésta ha llegado a admitir plenamente, aunque a nuestra manera, el denominado principio de *fe pública registral*, básico del sistema (4).

(1) En la última edición de nuestro *Derecho Hipotecario*.

(2) TIRSO CARRETERO: *Retornos al Código civil*, en esta REVISTA, 1965, págs. 75 y sigs.

(3) Y la natural espera que impone la publicación de una nueva edición, revisada, de nuestro *Derecho Hipotecario*.

(4) NÚÑEZ LAGOS no estima correcta la expresión de *fe pública registral* en

Pues bien, para la doctrina dominante, que impera también en la jurisprudencia, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, al igual que el artículo 34 de la misma, son expresión normativa ambos, aunque en distinto grado, de dicho principio de fe pública del Registro, lo que conduce a la denominada *tesis monista* del tercero hipotecario, que alguien califica de *tercero germánico*.

En cambio, un importante sector doctrinal, encabezado por NÚÑEZ LAGOS, no lo entiende así. Para este jurista el tercero del artículo 34 es distinto del tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, lo que hace pensar en una especie de *tesis dualista* sobre el tercero, por pretender que en nuestro sistema hipotecario conviven dos sistemas diferentes, el de *transcripción*, encarnado en dicho artículo 32, y el de *fe pública*, del que es expresión el artículo 34, con dos terceros distintos, que algunos denominan *latino* uno y *germánico* el otro. Pero los seguidores de dicho autor no se producen muy fielmente, pues se desvían del criterio de dicho jurista, la mayoría en menos, y alguno en más.

II

LA DENOMINADA TESIS DUALISTA

NÚÑEZ LAGOS, máximo exponente de esta tesis dualista, sostiene que el tercero del artículo 34 es distinto del tercero de los artículos 13 y 32 de la Ley. En los artículos 13 y 32 la *relación jurídica determinante* es ajena al Registro: en el 13 es además existente de *hecho*, pero sin forma documental; en el 32, con forma documental (título). En el artículo 34 la relación jurídica determinante está dentro del Registro, en el asiento precedente al del tercero; tiene forma documental, pero de carácter registral. Por la conexión transversal *ob rem*, el tercero del artículo 32 está conectado con la cosa *por un título* inscrito, gratuito u oneroso, y es tercero en tanto no sea parte

nuestro Ordenamiento hipotecario si se tiene en cuenta la historia dogmática, que él expone acerca de esta expresión (*El Registro de la propiedad español*, en esta misma Revista, 1949, págs. 346 y sigs.). Sin embargo, las razones que aporta no son convincentes, aparte de que dicha expresión, tal como es pensada en nuestro Derecho, ha sido consagrada por la jurisprudencia y la doctrina científica, así como por la parte expositiva de la Ley de reforma hipotecaria de 1944.

o heredero de parte. No se puede ser tercero a título hereditario. El tercero del artículo 34 está conectado *ob rem* por la *inscripción*, y sólo por la inscripción, y su conexión es únicamente a título oneroso. Por el sujeto determinado, el tercero del artículo 32 (o del 13) es un tercero civil que inscribe. Como tercero civil es el sujeto pasivo individualmente determinado por su contacto jurídico con la cosa. Sobre dicho sujeto pasivo se hacen efectivas, en ejecución de sentencia, las acciones reales. Las acciones reales perjudican directamente al tercero civil, salvo que inscriba. Para este tercero el Registro es un burladero. El tercero del artículo 34 es un tercero meramente hipotecario, definido con referencia al asiento precedente, del que deriva su titularidad. El tercero del artículo 34 es un sucesor o causahabiente tabular a título singular, al que se protege contra las acciones de nulidad o resolución dirigidas contra su *causante* o *transmitente*. El tercero del artículo 32 es el sujeto pasivo, pero directo e inmediato de una acción confesoria o hipotecaria no inscrita y su cualidad de tercero es una excepción procesal. El tercero del artículo 34 no es sujeto pasivo de la acción, pues la acción de nulidad o resolución va dirigida contra su *causante* y su cualidad de tercero no es propiamente una excepción, sino una objeción. Contra el tercero del artículo 32 hay acción. Es tercero civil, pero no procesal. Procesalmente puede ser parte. Contra el tercero del artículo 34 no hay acción extrarregistral ninguna. La acción tiene que estar basada en causas expresas en el Registro. O, por el contrario, la acción tiene por objeto destruir su cualidad de tercero, discutiendo la naturaleza de su título (oneroso o lucrativo) o su buena fe. Para que el tercero del artículo 34 quede inmune, son precisos estos requisitos: doble inscripción, título oneroso y buena fe. Al tercero de los artículos 13 y 32 le basta la inscripción. La llamada fe pública y la buena fe sólo juegan en el ámbito del artículo 34, y no en el de los artículos 13 y 32 (5).

Insiste dicho autor en esto último porque la buena fe consiste en la ignorancia de la inexactitud del Registro en cuanto a los motivos de nulidad o de resolución no inscritos. El tercero ha de ser *homo ignorans*, contrafigura del *homo sapiens* del siglo XVIII. No se habló de este requisito por la Ley de 1861. JERÓNIMO GONZÁLEZ, ins-

(5) *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1950, I, pág. 611.

pirándose en el B. G. B. y recogiendo fragmentos dispersos de frases en la Ley, en su Exposición de Motivos y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, construyó una teoría hipertrofiada del requisito de la buena fe. La Ley de 1946 no ha seguido exactamente a don JERÓNIMO. La buena fe la incluye la nueva Ley en el artículo 34 únicamente con referencia a la teoría de la inexactitud del Registro en cuanto a las acciones de nulidad o de resolución. Téngase en cuenta que el B. G. B. puede admitir con gran amplitud el concepto de buena fe, porque en él la inexactitud del Registro tiene un ámbito muy restringido, y a la *scientia* del tercero le quedan, por tanto, muy pocas posibilidades. En el sistema español, la inexactitud del Registro (art. 40), por existir derechos reales legalmente válidos fuera del Registro, es de una gran amplitud, y en compensación, para no anular la eficacia del Registro, hay que restringir la aplicación del concepto de buena fe a sus supuestos legales estrictos (6).

Prosigue NÚÑEZ LAGOS en exponer que los autores españoles han ceñido el concepto de fe pública registral a la «integridad» del Registro en beneficio del tercero derivado del artículo 34 de la Ley y han desenfocado el concepto de *exactitud*, reduciéndolo a un sistema de presunciones respecto de la llamada realidad jurídica. Y afirma, asimismo, que en el texto de la Ley Hipotecaria vigente el artículo 32 (redactado conforme al artículo 606 del Código civil) es cabeza de los efectos de los títulos inscritos, seguido de su excepción en el artículo 33 (fiel a la Ley de 1861) y de la excepción de la anterior excepción, que es el artículo 34 (7).

BALLARÍN estima que esta construcción de NÚÑEZ LAGOS es acertada y muy útil para una mejor inteligencia del artículo 32 y de otros de la Ley. El mérito indiscutible de tal construcción dice que es haber iluminado el ámbito de este artículo 32 para hacer ver que no responde al mismo juego del artículo 34, sino que recoge para nuestro sistema, y por ello debemos felicitarnos, las ventajas de los sistemas de prioridad de transcripción. Estamos de acuerdo—dice—en que representa un sistema distinto del artículo 34, y el hecho mismo de figurar antepuesto a este artículo 34 ya pone en guardia

(6) *Fe pública especial*, en «Revista de Derecho Notarial», abril-junio de 1958, página 29.

(7) *Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria*, conferencia publicada en «Revista de Derecho Notarial», julio-diciembre de 1962, página 112.

para presumir que el tercero a que se refiere el artículo 32 responde a otro sistema distinto del artículo 34, pero este nuevo sistema de protección de terceros, puesto de relieve genialmente por NÚÑEZ LAGOS, no creemos que haya de limitarse a las acciones confesorias e hipotecarias, derivadas de títulos o hechos no inscritos, sino que tiene una vigencia general relativa a todo caso de preferencia entre dos títulos, ya sean de constitución de hipoteca o servidumbre o de transmisión de dominio, como ocurrirá en el caso de doble venta. Parece resultar, sin embargo, que la doble venta se incluye en la actuación del principio de prioridad, como es lógico, pero no queda suficientemente claro, y hubiéramos deseado que dicho autor se hubiese planteado francamente el problema de la doble venta en relación con el juego del artículo 32. Así, pues, el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código civil hay que conjugarlo con el artículo 32, tal como ha sido visto por NÚÑEZ LAGOS. Sin embargo, BALLARÍN disiente radicalmente de éste en cuanto al requisito de la buena fe. Dice que el artículo 32 era y sigue siendo «la base del sistema», y que al tercero de este precepto NÚÑEZ LAGOS no exige buena fe, lo cual es una posición que parece muy difícil mantener en nuestro sistema. Aun reconociendo que el tercero del artículo 32 es un tercero distinto del del artículo 34, no cree que se le pueda dispensar de la buena fe en general. En contra, dice, podría citar a toda la doctrina, aunque se le objetaría que ello es consecuencia de la concepción que ésta tiene del artículo 32 como parte del sistema del artículo 34, lo cual obliga a tratar la cuestión en el terreno nuevo que ha descubierto NÚÑEZ LAGOS. Pero después de algunas consideraciones en este aspecto, BALLARÍN concluye en que no hay base alguna para admitir solución tan radical como la de prescindir del requisito de la buena fe en el tercero del artículo 32. El requisito de la buena fe tiene una aplicación general. Con el juego de los principios de legitimación, tracto y fe pública, se produce la necesidad de que actúe aquel requisito para proteger a terceros. Sabido es que la Ley de 1861 no recogió el requisito de la buena fe, ni aun con referencia al artículo 34, pero que fué tenido en cuenta se deduce de la Exposición de Motivos de la misma.

Con las limitaciones que resultan de lo expuesto por BALLARÍN, cree éste que es aceptable la tesis de NÚÑEZ LAGOS. La utilidad del artículo 32 será, a pesar de todo, enorme. Servirá—dice—para deter-

minar preferencias entre causahabientes de la misma persona, preferencias a la que es ajeno el artículo 34, cualquiera que sea la extensión que se dé a sus términos. El supuesto de doble venta mismo no puede explicarse más que por este sistema (8).

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ admite la distinción entre dichos artículos 32 y 34 de la Ley, porque por el primero la inscripción del adquirente se antepone a los títulos anteriores no inscritos, que es la esencia del principio de prioridad, que, como en el sistema francés, es un principio al que las ideas de apariencia registral y de buena fe son completamente extrañas. En el artículo 34—dice—el problema se complica, ya que si a primera vista parece que hay colisión entre un título inscribible y una causa de resolución o anulación, que puede no ser precisamente un título, sino algo embebido o implícito en él, no obstante, la colisión no es respecto a la causa de anulación o resolución, sino respecto de la misma anulación o resolución (9).

ALONSO FERNÁNDEZ, con anterioridad a la publicación de la tesis expuesta de NÚÑEZ LAGOS, sostuvo en materia de inmatriculación registral de fincas, que en ella la sola inscripción surte los efectos propios que el artículo 1.473 del Código civil precisa, sin requerirse, por tanto, previa inscripción alguna (10). DEL HOYO sostiene el mismo criterio (11).

VILLARES PICÓ entiende que el concepto de tercero hipotecario es más amplio que el del tercero que resulta del artículo 34 de la Ley; éste es sólo una modalidad del tercero protegido por la Ley, como consecuencia de la inmunidad que produce el principio de fe pública registral contra la acción de nulidad emanada de causas que no constan en el Registro. El artículo 32 tiene un contenido más genérico para determinar el tercero en su concepto más amplio. Sostiene que la tradición ha sido sustituida por la inscripción y que ésta, en nuestro régimen hipotecario, no sólo tiene valor constitutivo en los derechos de hipoteca, arrendamiento y de opción, sino que lo tiene siempre en cuanto a tercero en la adquisición del dominio y demás

(8) *Vida jurídica*, comentario a la citada conferencia de NÚÑEZ LAGOS, *El Registro de la propiedad español*, en «Anuario de Derecho Civil», 1949, páginas 681 y sigs.

(9) *Sentencias anotadas*, en «Anuario de Derecho Civil», 1949, págs. 1.240 y sigs.

(10) *La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición*, en esta REVISTA, 1945, pág. 315.

(11) *Otra vez el concepto de tercero*, en la misma Revista, 1949, pág. 566.

derechos reales sobre bienes inmuebles. Afirma que el artículo 32 de la Ley está más inspirado en el principio de inoponibilidad y de prioridad, y que se debe establecer en él la inscripción constitutiva, por los motivos que indica (12). HERMIDA entiende también que la inscripción ha venido a sustituir a la tradición, y en este sentido estima que el tercero del artículo 32 sólo necesita haber inscrito su título adquisitivo (13). GÓMEZ GÓMEZ expresa que de los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria se desprende que la frase «no perjudican a tercero» quiere decir que a los derechos no inscritos se les niega protección *erga omnes* y que tratándose de propiedad que ha tenido acceso al Registro la inscripción es constitutiva. Asimismo sostiene que el artículo 32 de la Ley no pertenece al principio de fe pública, sino a principio de inscripción, y que el ámbito del artículo 34, o sea, de la fe pública, se contrae a proporcionar protección a los terceros contra las acciones de nulidad y anulación, rescisorias, resolutorias y revocatorias, y también contra las acciones reales que competen al heredero real no inscrito, y contra la prescripción adquisitiva, siempre que las causas respectivas no consten en el Registro. Las acciones reales no deben caer dentro del ámbito de la fe pública. El artículo 32, precepto fundamentalísimo y básico de nuestra legislación hipotecaria, hace referencia no al principio de fe pública, sino al de inscripción (14).

LACRUZ, al menos en principio, se muestra entusiasmado con la tesis dualista. Dice que la doctrina dominante mantiene que los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria responden *ambos* a la doble idea de que «lo no inscrito no perjudica a tercero» y de que «el derecho del transferente tiene para el tercer adquirente la consistencia y extensión que resulta del Registro». Para este autor, ese punto de vista *puede darse hoy por superado*, gracias, sobre todo, a los trabajos de NÚÑEZ LAGOS, que ha planteado seriamente por primera vez la cuestión de la diversa finalidad y diferente valor de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. El importante punto de vista de NÚÑEZ LAGOS—agrega—ha sido compartido, aunque siempre con divergen-

(12) *La posesión y el Registro*, en esta REVISTA, 1947, págs. 437 y sigs., y *La Ley Hipotecaria de 1861*, en la propia Revista, 1960, págs. 1.947 y sigs.

(13) *El Derecho inmobiliario español*, en esta REVISTA, 1951, pág. 722.

(14) *¿Inscripción declarativa o constitutiva?*, en esta REVISTA, 1949, pág. 788, y *Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral*, en la misma Revista, 1952, págs. 560 y sigs.

cias, por BALLARÍN, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, HERMIDA, NART y otros, quienes aceptan de su tesis lo más fundamental, es decir, la separación de los dos preceptos. Anteriormente habían señalado las posibilidades de esta orientación los autores que defienden el valor ofensivo del asiento de inmatriculación (VILLARES PICÓ, ALONSO FERNÁNDEZ, DEL HOYO, etc.).

Prosigue LACRUZ en querer hacer ver que el artículo 32 limita su acción al conflicto entre un titular inscrito y otro no inscrito, pero no protege contra la nulidad del propio título que se inscribió, ni contra la de los anteriores de que se tomó razón en el Registro. El titular inscrito que se halla a salvo del ataque de los compradores o de los usufructuarios que derivan su derecho de dueños anteriores a él, cede ante la impugnación, por defectos intrínsecos, no ya del propio que él inscribió, sino asimismo de aquellos otros, también inscritos, que le precedieron. La cuestión está clara en los restantes Derechos latinos, en los cuales se protege al adquirente contra los actos no publicados, pero no contra los vicios de los actos transcritos. Así como el artículo 32 atribuye la titularidad al adquirente en el momento de inscribir, el artículo 34 previene contra el evento de que en el título del transmitente exista una causa de nulidad, resolución, etcétera. Mientras el artículo 32, basado en la creación de una apariencia meramente negativa, ampara contra los ataques de los extraños al Registro, los artículos 31, 34, 37, 40 y 220 juegan cuando se trata de amparar al causahabiente tabular que confió en una declaración positiva del Registro sobre la firmeza del derecho de su *auctor*. Consecuente Lacruz con lo expuesto, distingue entre la eficacia ofensiva de la inscripción a base de lo que él llama *sistema latino* de protección del artículo 32, y la eficacia ofensiva de la inscripción a base de lo que denomina *sistema germánico* de protección del artículo 34 y concordantes de la Ley, y, centrando el concepto de tercero en dicho artículo 32, se preocupa al comentarlo de lo que ha de entenderse por *terceros* y afirma que son aquellos adquirentes a título particular de un derecho real, que se oponen a la vigencia de un título contradictorio con el suyo, y a cuya vinculación son del todo ajenos. Desenvuelve este concepto de tercero, que considera un producto de los sistemas hipotecarios latinos y, en consecuencia, dice que no es inexacto llamar a nuestras leyes «leyes de terceros», produciéndose como si no hubiere otro tercero que éste, pues al comen-

tar el artículo 34 procura casi siempre evitar el uso de la palabra «tercero» (15).

Pero LACRUZ, al llegar a la hora de la concreción, se desvía del criterio dualista y da la impresión de adoptar el unitario. Para demostrar este hecho basta con reproducir estas palabras: El sistema español ha llegado, por vía oblicua, a una protección semejante a la que presta el Registro alemán (mayor aún en el aspecto de las inscripciones ilegales); sólo que, por no enunciar directamente y con una fórmula amplia la regla general de la protección a la apariencia creada por la inscripción en el Registro, ha necesitado seis preceptos, que parcialmente se identifican, para, por vía de enumeración, conseguir el mismo resultado. El manto protector del Registro español, tan majestuoso visto a distancia, se nos revela, si lo contemplamos de cerca, como una vieja capa llena de pedazos (16). Tenemos que observar que entre tales seis preceptos figura el artículo 32 juntamente con el artículo 34, ambos de la Ley Hipotecaria (17).

LA RICA expresa que el tercero no perjudicado por títulos de dominio o derechos reales sobre inmuebles no inscritos ni anotados, o sea, el del artículo 32, es un tercero tan fundamental en el sistema de nuestra Ley Hipotecaria, que por él se solió denominar ley de tercero o para terceros. Como dice acertadamente NÚÑEZ LAGOS —agrega—, este tercero no necesita los requisitos de onerosidad ni de buena fe, ni tampoco, puede añadirse, los de inscripción derivada de otra anterior. El tercero favorecido por presunciones *iuris et de iure* frente a la resolución o nulidad del derecho de su transferente, es decir, el del artículo 34, es el tercero registral perfecto por autonomía, una creación genuina de nuestro sistema. Es el tercero especialmente protegido, así como el del artículo 32 es un tercero normalmente protegido (18).

Por último, TIRSO CARRETERO sostiene: que nuestro sistema hipo-

(15) *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 1957, págs. 236, 238, 241 a 243, 245, 250 y 251.

(16) Obra citada, pág. 257

(17) Aún con mayor precisión LACRUZ expresa también que la legislación hipotecaria española sigue un sistema *sui generis*, en el cual, partiendo del principio de inoponibilidad del acto no inscrito, de tipo francés, se llega, mediante sucesivas rectificaciones, a mantener la exactitud del Registro en favor del adquirente protegido, como en el B. G. B. (Obra citada, pág. 235).

(18) *Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario*, discurso de acceso académico, pronunciado el 12 de marzo de 1962, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, págs. 75 y sigs.

tecario es una síntesis de los latinos y germánicos, que se inclina a los latinos en el problema de la inscripción como modo y a los germánicos en el de las presunciones de exactitud derogadoras del *Nemo dat quod non habet*; que tenemos en nuestra Ley Hipotecaria un precepto análogo a todos aquellos que en las legislaciones latinas vienen consagrando el principio de inoponibilidad, por lo que es peligrosa egolatría toda hermenéutica del artículo 32, que se empeñe en desconocer la interpretación que en los países latinos se da a preceptos similares y despreciar toda la doctrina surgida en torno a ellos; que el actual desuso o interpretación restrictiva del artículo 32 es una de las principales causas de la endeblez de la publicidad inmobiliaria en España; que hay que prescindir de la tradición material, de la puesta en poder y posesión y del párrafo primero del artículo 1.462 del Código civil en materia de inmuebles, y centrar el artículo 32 de la Ley Hipotecaria en el principio de inscripción y de inoponibilidad superadores de la *traditio* y el artículo 34 en el capítulo dedicado al principio de fe pública germánico; que convencidos de que hay dos terceros que nada tienen que ver, latino el primero y germánico el segundo, extraer de esta dualidad las consecuencias lógicas; que el vigente artículo 32 sea objeto de una interpretación auténticamente latina, a cuyo efecto hay que llevar a sus últimas consecuencias lógicas las doctrinas dualistas de NÚÑEZ LAGOS, LACRUZ, LA RICA, etc., pues se debe comprender (dirigiéndose a nosotros) que no hay desigualdad inadmisibles en exigir distintos requisitos al tercero del artículo 32 que al tercero del artículo 34, porque es muy diferente su posición en la relación jurídica real; que precisa descansar un poco en el estudio del principio de fe pública germánica y de los cuatro requisitos de su tercero, para profundizar más en las sugestivas construcciones de la doctrina italiana en torno de los artículos 2.644, 2.650, 2.652 y concordantes de su Código civil, y dar el necesario giro doctrinal y jurisprudencial reprimador del originario artículo 32, que, al menos de momento, haga innecesaria la reforma legislativa, que muchos consideran imprescindible para poner nuestro sistema a nivel europeo, etc. (19).

(19) *Retornos al Código civil*, en esta REVISTA, 1965, págs. 75 y sigs.

Este autor critica en este estudio a NÚÑEZ LAGOS por cuanto éste, en su teoría, no ha dejado completamente clara la génesis latina de nuestro artículo 32, y por dejar reducido al tercero protegido por éste a la condición de un tercer poseedor de finca gravada que al inscribir queda inmune de acciones confe-

III

LA IMPUGNACION

La tesis dualista, que pretende encuadrar en dos sistemas dispares los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, con sus respectivos preceptos concordantes, es inadmisibile por carecer de fundamento, debido a múltiples razones, de las cuales, entre las más importantes, exponemos a continuación las siguientes:

A) La *formulación legislativa* del principio de *fe pública* registral, cuyo precepto básico lo constituye la parte inicial del artículo 34, 1, de la Ley Hipotecaria, hace que el artículo 32 (como otros de la misma Ley) *rija en función de aquél*, por significar tan sólo uno de los varios supuestos de posible inexactitud del contenido del Registro, que son objeto de aplicación de aquel precepto fundamental del artículo 34 de la Ley, aparte de los supuestos de carácter claudicante, alguno de los cuales ya señala la parte final del propio artículo 34, 1.

La regulación legal del principio de fe pública en la Ley Hipotecaria vigente ha mejorado mucho en su estructuración normativa, si bien todavía queda bastante por hacer para llegar a la perfección.

La parte primera del artículo 34, 1, de la Ley Hipotecaria dispone que: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultad para transmitirlo, será mantenido en su adquisición cuando haya «inexactitud del Registro».

Estas últimas palabras *cuando haya «inexactitud del Registro»* son extraídas en parte del artículo 34, 2, de la Ley. Pero las otras lo son literalmente de la parte primera o inicial del artículo 34, 1, de la misma. Las restantes palabras de este primer párrafo del artículo 34 se refieren a algunos casos de claudicancia, que ya serán indicados luego.

sorias e hipotecarias no registradas, con olvido de la acción reivindicatoria. También critica a Lacruz, porque luego de plantear acertadamente este autor la distinción entre los artículos 32 y 34 de la Ley, termina por rendirse casi totalmente a las ideas dominantes de la tesis unitarista.

Las aplicaciones concretas que la Ley Hipotecaria hace de la norma central de la fe pública del Registro, esto es, del artículo 34, 1, en su primera parte o inicial, combinado con el párrafo segundo del propio artículo 34, son desenvueltas por el artículo 32 y concordantes, por los artículos 13, 15, 69, 76 y 144 de la misma y, sobre todo, por el artículo 40, todos también de la Ley Hipotecaria. Además, en el aspecto complementario de claudicación, rige el artículo 34, 1, en su parte segunda o final, unido al artículo 37 de la propia Ley.

Todas estas aplicaciones del principio de fe pública registral, plasmado sustancialmente en el artículo 34, 1, en su inicio, prevén los varios supuestos de inexactitud del contenido del Registro objeto de tales aplicaciones, en cada uno de los cuales consta la causa o causas originadoras de tal inexactitud registral. Esto aparte de los supuestos de claudicación.

He ahí un esquema de todos estos distintos supuestos, que clasificamos sistemáticamente en los tres grupos siguientes:

a) El *Registro es inexacto* porque si bien el título inscribible o derecho registrable *existen* en la realidad jurídica extrarregistral al tiempo de adquirir el tercero hipotecario, empero se da alguna de estas circunstancias:

1) *Ha llegado a inscribirse o registrarse* dicho título o derecho, pero se ha incurrido en *error de expresión en el asiento*.

Aquí la inexactitud del Registro proviene de nulidad formal del asiento, pues el título o derecho se ha inscrito o registrado expresando de modo diferente lo que el título narraba.

Regulan este supuesto los artículos 31 y 220 de la Ley Hipotecaria, así como el artículo 40, c), de la misma. Puede, por ejemplo, que un título adquisitivo otorgado a favor de Ticio haya sido inscrito erróneamente a favor de Cayo, o que constituida una hipoteca se haya inscrito ésta por cantidad diferente de la expresada en el título registrado.

Dicho artículo 31 preceptúa que la nulidad por esta causa de las inscripciones «*no perjudicará el derecho anteriormente adquirido por un tercero protegido con arreglo al artículo 34*», y el artículo 220 dispone que «*el concepto rectificado no surtirá efecto... sino desde la fecha de la rectificación*».

También del artículo 40, c) y párrafo último, resulta que «*en ningún caso la rectificación... perjudicará los derechos adquiridos por*

tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto» (20).

2) *No ha llegado a inscribirse o registrarse dicho título o derecho, esto es, no ha tenido acceso registral.*

Esta falta de acceso al Registro del título, derecho o relación jurídica inscribible o registrable provoca, naturalmente, una inexactitud registral, pues los libros hipotecarios dejan de publicar una mutación jurídico-real producida extrarregistralmente.

Aquí tienen aplicación concreta el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, los preceptos concordantes de los artículos 13, 15, 69, 76 y 144, entre otros, y, como casi siempre, también el artículo 40, todos de la misma Ley.

El citado artículo 32 dispone que «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, *no perjudican a tercero*». El artículo 13, 1, preceptúa que los derechos reales limitados, de garantía, cargas o limitaciones, «para que *surtan efectos contra terceros* deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan», lo que *a sensu contrario* significa que si no son inscritos no tienen efecto contra tercero. También el artículo 15, 4, de la Ley Hipotecaria, completado por el artículo 86 de su Reglamento, viene a disponer que «los derechos de los legitimarios *no perjudicarán a terceros* que adquieran a título oneroso los bienes hereditarios, sino cuando tales derechos consten previamente «registrados en cualquiera de las formas que este último precepto indica», y «en los términos resultantes de las mismas».

El expresado artículo 69 de la Ley Hipotecaria niega que *en perjuicio de tercero* que haya inscrito un derecho adquirido de persona que aparezca en el Registro con facultad para transmitirlo, pueda inscribir o anotar a su favor el que pudo pedir con anterioridad la anotación preventiva del mismo derecho y dejó de hacerlo dentro del término señalado al efecto. Y el artículo 76 también preceptúa en el fondo que, extinguido o transmitido un derecho inscrito, éste subsiste vivo en el Registro o a nombre del titular registral «en cuanto *a tercero*» que lo adquiera conforme al artículo 34, si antes no se hubiere registrado su cancelación o transmisión.

(20) El requisito de haber inscrito el tercero su título de adquisición lo presupone este precepto.

Dispone asimismo el artículo 144 de la Ley que «todo hecho o convenio entre partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción, *no surtirá efecto contra tercero* como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial, o de una nota marginal, según los casos». Se trata del mismo supuesto de inexactitud tabular por no haberse inscrito un título.

Por último, el artículo 40, a), de la Ley Hipotecaria prevé el supuesto de inexactitud registral proveniente «de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria», inexactitud ésta que según el propio artículo se rectifica «por la toma de razón del título correspondiente, *si hubiere lugar a ello*», pues el propio artículo, en su último párrafo, dispone que «*en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto*».

3) *Llegó a ser inscrito o registrado* el título o derecho, pero su asiento *ha sido cancelado*.

Se está aquí ante otro supuesto de inexactitud del Registro, pues el título o derecho real subsiste, es existente en la realidad jurídica extrarregistral, pero ha quedado desinscrito, bien por obra de una cancelación indebida, bien por una cancelación querida por el titular registral al amparo del artículo 82, 1, de la Ley Hipotecaria.

Hay que catalogar este caso en el artículo 40, d), *in fine*, de la Ley Hipotecaria, en el que se habla de «cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente» en el mismo artículo. Por consiguiente, cancelado el asiento de un derecho real no extinguido, la persistencia de este derecho en la realidad jurídica extrarregistral «*en ningún caso perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento*» cancelatorio, aunque llegue a declararse nulo o indebido este asiento, por aplicación también del repetido último párrafo del propio artículo 40 de la Ley Hipotecaria, concordante en cierto modo con el artículo 97 de la misma.

b) *El Registro es inexacto*, porque si bien el título, derecho real o titularidad constan inscritos o registrados, *no existían* en la reali-

dad jurídica extrarregistral al tiempo de verificar el tercero hipotecario la adquisición de tal derecho, mas se da alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a *No ha existido nunca dicho título, derecho o titularidad, por falsedad, nulidad u otro defecto del título inscrito.*

Este tipo de inexactitud registral lo prevé expresamente el artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria al hablar de «cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento», y señalar la manera de proceder a la rectificación de esta inexactitud del Registro.

Pero también tiene aplicación a este caso el último párrafo de dicho artículo 40 mismo, tan repetido, que dispone que «*en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto*».

2.^a *Existió, efectivamente, dicho título, derecho o titularidad, pero al tiempo de adquirir el tercero hipotecario ya se habían extinguido por haber quedado anulado, resuelto, rescindido, revocado, caducado, renunciado, prescrito, liberado, expropiado, confiscado, etc.*

Así resulta del artículo 37 y del artículo 40, b) y d) *in fine*, de la Ley Hipotecaria.

Este artículo 37, con su barroquismo producto de la reunión de antiguos preceptos detallistas, dispone que «*no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos*» ciertas acciones, *a excepción* de las rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro, de las revocatorias de donaciones en caso de incumplir el donatario condiciones inscritas, etc.

Y además, el artículo 40, b) y d) de la Ley Hipotecaria alude a casos de inexactitud del Registro que deban «su origen a la extinción de algún derecho inscrito o anotado» o, genéricamente, a «otra causa de las no especificadas anteriormente». También en su último párrafo se establece la consabida norma de que si mientras permanece sin rectificar la inexactitud del Registro hubiera *adquirido un tercero de buena fe y a título oneroso el derecho registrado, esta adquisición no podrá resultar perjudicada* por la rectificación de la inexactitud.

c) *El Registro es exacto* técnicamente y, por tanto, *existe* el título, derecho o titularidad inscrito o registrado al tiempo de adquirir el tercero hipotecario, mas se halla *amenazado de extinción* debido a derrumbamiento por causa de *anulabilidad* o de *resolución*, *rescisión*, *revocación* u *otra análoga*, que llegue a producirse *posteriormente*, pero sin constar sus causas explícitamente en el Registro.

Es el supuesto de constar inscritos títulos o derechos claudicables, al que se refiere la parte final del artículo 34, 1, de la Ley Hipotecaria, o en el artículo 37 de la misma. Dicho artículo 34, 1, en su segunda parte, combinada con la primera, se dispone que «el tercero que... adquiera... algún derecho (en las circunstancias que el mismo precepto determina y que quedan examinadas)..., *será mantenido en su adquisición...*, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no constan en el mismo Registro (21). También sirve en este sentido el artículo 37 de la Ley ya explicado, respecto de los peligros de acciones de anulación, de rescisión, resolución, revocación, etc.

Aquí no se da estrictamente ningún supuesto de inexactitud registral al tiempo de adquirir el tercero hipotecario, pero el artículo 34 de la Ley lo incluye como supuesto concreto, con bien poco acierto verdaderamente desorientador, cuando hubiera sido preferible haberlo silenciado como hace alguna legislación inmobiliaria registral

(21) LACRUZ, por un lado, tiene un concepto minimalista del artículo 34, 1, de la Ley Hipotecaria, pues expresa que frecuentemente se ha desconocido, so pretexto de una interpretación extensiva e integradora, la concreción del significado del artículo 34, que dirigido exclusivamente a prever la solución de continuidad de la cadena de titulares registrales, *sólo defiende contra la nulidad o resolución del derecho del transmitente*, declaradas o acaecidas «después» que el titular haya inscrito su derecho. Se ha pretendido hacer ver que donde la Ley dice «después», debe leerse «antes o después», lo cual supone un injerto en la Ley, improcedente por dos razones. En principio, así como el artículo 32 atribuye la titularidad al adquirente en el momento de inscribir, privando entonces de ella a otro adquirente cuyo título no llegó al Registro, el artículo 34 mantiene al titular que inscribe en su adquisición (*Lecciones*, pág. 250).

Asimismo, el propio autor expresa que el artículo 34, de una parte se refiere a los casos de nulidad y resolución, no mencionando la rescisión y la revocación. Pero termina por afirmar que el artículo 37 abarca todos los supuestos de rescisión y resolución del título del enajenante, anteriores o posteriores a la enajenación, provenientes de un título inscrito o no inscrito y que la opinión dominante entiende que en cada uno de los artículos 34 y 37 entra *cualquier causa* que pudiera hacer claudicante la adquisición del titular inscrito. Y concluye en que en el Derecho español, frente al adquirente de buena fe, vale el tenor literal del asiento de su causante, *cualesquiera que sean los vicios*, no manifestados por el Registro, de que adolezca dicho asiento o el título que dió lugar a él (*Lecciones*, págs. 251 y sigs.).

de desenvolvimiento técnico, debido a que lo dan por sobreentendido, ya que en casos como éstos, en lo más entra lo menos.

Acaso podría sostenerse que, al no constar registralmente tales causas de una posible aniquilación de lo inscrito o registrado, ello provoca también una especie de inexactitud registral; pero no es así, y hay que tener en cuenta que, al menos, por ejemplo, en los casos en que la posibilidad enervadora de lo inscrito obre *ex nunc* o *in personam*, como en los de rescisión, toda idea de inexactitud del Registro debe excluirse.

Esta visión panorámica del ámbito de la inexactitud registral, y su supuesto asimilado, sobre cuya base opera el principio de fe pública del Registro en nuestro sistema, sitúa al artículo 32 de la Ley Hipotecaria en el verdadero lugar que ocupa en todo este dispositivo legal, y puntualiza el exacto papel que este precepto, juntamente con sus concordantes artículos 13, 15, 69, 76 y 144 de esta Ley, desempeña, y que no es otro que el constituir uno de los aspectos en los que actúa dicha fe pública, sentada en el artículo 34, 1, en su parte primera o inicial de la Ley.

Por ello los artículos 32 y 34, 1, primera parte, no son preceptos que puedan colocarse bajo un mismo plano, por cuanto una cosa es una norma que significa la aplicación en un determinado supuesto de un principio y otra bien distinta es la que precisamente proclama este principio. Ello impide comparar ambos preceptos, pues huelga hacerlo, como no sea para reconocer la superior jerarquía que respecto de aquél guarda el artículo 34 de la propia Ley Hipotecaria.

B) Es de toda evidencia la *circunstancialidad* de las diferencias existentes entre los artículos 34 y 32 de la Ley, que NÚÑEZ LAGOS, y con él la denominada teoría dualista, pretende elevar a la categoría de sustanciales, hasta el punto de presentar a cada uno de estos artículos como exponentes, uno del sistema de fe pública registral y el otro del sistema de transcripción inspirado en la prioridad registral más absoluta. Esto incluso en el caso de aceptar íntegramente la existencia de tales diferencias, pues hay preceptos que las desmienten como los artículos 31, 69, 40, 15, todos de la Ley Hipotecaria, desenvuelto este último por el artículo 86 de su Reglamento, entre otros.

Pero aun dadas por existentes estas diferencias, hay que tener presente que es natural que los varios supuestos de aquel cuadro de

aplicación de la fe pública del Registro sean distintos, pero sin que esta variedad tenga suficiente consistencia argumental, pues se ha atribuido a tales diferencias excesiva importancia, producto todo del error de dar a las mismas valor estructural exagerado, cuando ellas no dislocan la unidad sustancial de todo el esquema examinado. Se ha exagerado aquí lo que es mera circunstancia, atribuyendo valor dogmático a lo puramente superficial. Tales diferencias, aunque existan algunas, mas no todas, son sólo expresadas en nuestra legislación hipotecaria a consecuencia de un error originado por el método de fragmentaria formulación legislativa adoptado por la Ley de 1861 y que todavía en parte subsiste actualmente. De ello, juntamente con una visión superficial de la literalidad de algunos de los preceptos legales y del olvido de otros, se ha servido erróneamente la teoría dualista para construir, sobre base tan endeble o superficial, toda una doctrina que persigue desdoblar nuestro sistema de protección de terceros adquirentes en dos grandes instrumentos dispares, uno tomado de los países latinos y el otro de los germánicos.

Esta teoría dualista ha sobrevalorado o ha valorado equivocadamente detalles diferenciales en los varios casos de aplicación de los preceptos que regulan en nuestra Ley Hipotecaria la fe pública registral, olvidando que, por ejemplo, el artículo 32, al hablar de «títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados», no hace otra cosa que precisar uno de los varios supuestos en los que se produce una inexactitud del Registro, conforme se ha visto y se puntualizará más después. Ante ello lo mismo da que la inexactitud registral sea debida al hecho de no haber tenido acceso registral oportuno un título o relación jurídica registrable, como que aquélla se derive de haberse expresado erróneamente en la inscripción de un título el contenido de éste, o que el derecho registrado no haya existido nunca por ser falso o nulo el título inscrito, o que éste o el derecho registrado haya quedado aniquilado por causa de anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, etc., al tiempo de contratar el tercero.

A los que sostienen que el artículo 32 se refiere a *títulos* no inscritos y el artículo 34 a *acciones*, cuyas causas no constan en el Registro con claridad, hay que hacerles observar que ambos preceptos no responden respectivamente a esta distinción, como es fácil demostrar, y ya en la Ley Hipotecaria de 1861 resultaba de su artícu-

lo 38, 4.ª, al establecer que «no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho... por la *doble venta* de una misma cosa cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita».

Todo esto, y lo que se dice después, viene a demostrar que las diferencias que NÚÑEZ LAGOS y sus seguidores destacan entre los artículos 32 y 34 de la Ley, y los demás concordantes de la Ley, vistas en conjunto, bajo la amplia visión resultante del esquema antes expuesto, y con su respectiva función ante los diversos supuestos que pueden hacer inexacto el Registro, quedan reducidos a su estricto valor, y que por responder al criterio básico plasmado en el artículo 34, 1, parte inicial de la Ley, obedecen a un dispositivo unitario de protección del tercer adquirente que reúna las condiciones requeridas para esta protección.

Por consiguiente, esta unidad hace que sean insuficientes las pretendidas diferencias entre ambos preceptos para poder sostener que en nuestro régimen inmobiliario registral conviven el sistema latino de transcripción y el sistema germánico de fe pública del Registro.

Y que no se diga que el artículo 32 de la Ley finaliza con las palabras «*no perjudican a tercero*», concepto éste que es más propio de los sistemas de transcripción, en tanto que el artículo 34, 1, en su parte inicial, diga que «*será mantenido en su adquisición*» el tercero, expresión ésta que cuadra mejor con los sistemas de fe pública registral (22), cuando no con el artículo 973 del Código civil suizo, pues la primera generalmente equivale a la segunda, como lo demuestra

(22) Con ambas expresiones la Ley quiere significar la posible adquisición *a non domino* por parte del tercero hipotecario, a la que generalmente conduce la fe pública registral, aunque también NÚÑEZ LAGOS se muestra opuesto a hablar de tal adquisición en nuestro sistema hipotecario, por ver más bien en ella un efecto de irreivindicabilidad, con acuse de las diferencias entre ambas figuras a través del ejemplo de EWALD.

Si fuese cierta la postura de dicho autor en este punto, el artículo 34 de la Ley sería exponente de una protección de tercero con efecto de *negatio actionis* que es el tipo que la jurisprudencia contempla en nuestro artículo 464, 1, del Código civil. Pero esto no es cierto, por una serie de consideraciones que no es propio aquí explicar.

Pero además NÚÑEZ LAGOS ha llegado a reconocer que el artículo 34 de la Ley, con su legitimación substantiva, consagra la transferencia *a non domino*, así como entiende que cuando actúa este artículo 34 el propietario civil o verdadero *pierde la propiedad* de la cosa correspondiente, que queda *desplazada* al tercer adquirente, constituyendo para ésta la inscripción un verdadero *modo de adquirir la propiedad* (*Variaciones*, obra citada, pág. 109, y *Realidad y Registro*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1945, I, págs. 424 y sigs.).

el propio artículo 40, párrafo último, de la Ley Hipotecaria, así como el artículo 31 de la misma, entre otros, en los que se emplea el concepto de que *no perjudicará* al tercero, con referencia al tercero a título oneroso y de buena fe, etc.

Contra la tesis dualista puede esgrimirse también un argumento extraído del artículo 36, 1, de la Ley Hipotecaria, el cual, al regular la relación de la fe pública con la usucapición *contra tabulas*, expresa que «frente a titulares inscritos que tengan la condición de *terceros con arreglo al artículo 34*, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva...», etc., ante cuyas palabras ocurre preguntar a los que distinguen tan radicalmente entre el tercero de este artículo y el del artículo 32: ¿es que el artículo 36 sólo es aplicable al tercero del artículo 34 y no al del artículo 32? Contestar afirmativamente sería absurdo, pues supondría un tratamiento diferenciado inadmisibles.

Esto viene a confirmar nuestra tesis, la cual tiene en cuenta que el legislador, dada la multiplicidad de preceptos destinados a la fe pública registral, al proclamar ésta en su artículo 34, consideró que estaría falta de elegancia normativa hacer que en los artículos 32, 31, 37 y demás concordantes de la Ley se repitieran los mismos términos de este precepto en cuanto hacen referencia a los requisitos que el artículo 34, 1, exige para que el tercero resulte protegido y, por tanto, por economía legislativa, generalmente se omiten, aunque no siempre todos, omisión que precisamente en el artículo 32 es absoluta, lo que lo convierte en el más inexpressivo de todos en este orden, hasta el extremo de silenciar incluso el requisito de haber *inscrito* el tercero su título o adquisición.

C) Los partidarios de la tesis dualista se producen como si el artículo 32 de la Ley Hipotecaria fuese una norma privativa de los sistemas de transcripción, extraña, por consiguiente, a los sistemas de fe pública registral, cuando es lo cierto que también existe en éstos, si bien dada la alta corrección técnica que alcanzan sus preceptos en la materia, que son pocos y concebidos con amplitud, sus Códigos no descenden al detalle de formar un precepto como el de nuestro artículo 32 de la Ley. Este da la falsa impresión de que en estos sistemas no puede acaecer el supuesto de una inexactitud del Registro por no haberse inscrito o no tener acceso a él un título e relación jurídica inmobiliaria, a lo cual se une la circunstancia de que por imperar en tales ordenamientos legislativos el valor consti-

tutivo de la inscripción, esta circunstancia coadyuva a hacer pensar en la inexistencia del supuesto que aquí contemplamos por razón de imposibilidad.

Sin embargo, las cosas no ocurren así. Estructuralmente nuestro artículo 32 tiene semejanza con el artículo 30, 1, de la Ley francesa de publicidad fundiaria de 4 de enero de 1955 (23), con el artículo 2.644, 1, del Código civil italiano (24), con el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria belga de 16 de diciembre de 1851, modificado en 8 de julio de 1924 (25), y artículo 7.º, 1, del Código del Registro predial de Portugal de 8 de octubre de 1959 (26); pero en nuestra legislación hipotecaria hay muchos más preceptos que este artículo 32, que constituyen el soporte del principio de fe pública registral, del cual aquel artículo 32 es una de las varias piezas del sistema de protección del tercero hipotecario, y que, conforme se ha visto antes, atribuye a este precepto un sentido bastante diferente del que tienen dichos otros artículos de los sistemas de transcripción.

Sin embargo, algunas legislaciones inmobiliarias registrales del tipo de transcripción van progresando, por adoptar preceptos nuevos sobre la materia, además de los citados, que no son propiamente de mera transcripción.

Así, la mencionada Ley francesa de reforma de la publicidad fundiaria dispone, en dicho mismo artículo 30, que la resolución, revocación, anulación o rescisión de un derecho objeto de mutación o constitución de algún acto transcribible, cuando produzcan efecto retroactivo, *no son oponibles* a los causahabientes a título singular

(23) «Los actos y decisiones judiciales sujetos a publicidad son, si no han sido publicados, inoponibles a terceros que sobre el mismo inmueble hayan adquirido, del mismo autor, derechos concurrentes en virtud de actos o decisiones sujetas a la misma obligación de publicidad y publicados, o que hayan hecho inscribir privilegios o hipotecas. Son igualmente inoponibles, si han sido publicados, cuando los actos, decisiones, privilegios o hipotecas, invocados por estos terceros, hayan sido anteriormente publicados».

(24) «Los actos enunciados en el artículo precedente no tienen efecto respecto a terceros que por cualquier título hayan adquirido derechos sobre inmuebles a base de un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción del mismo acto».

(25) Todos los actos entre vivos a título gratuito u oneroso, traslativos o declarativos de derechos reales inmobiliarios, además de los privilegios e hipotecas..., serán inscritos... Mientras tanto, no podrán ellos ser opuestos a terceros que hayan contratado sin fraude».

«Lo mismo será aplicable a las sentencias firmes...»

(26) «Los hechos sujetos a Registro sólo producen efectos contra terceros después de la fecha de su respectivo registro».

del titular del derecho aniquilado, a menos que la cláusula en virtud de la cual se haya operado tal resolución, etc., conste anteriormente publicada o si la causa radica en la Ley.

También el Código civil italiano, en su artículo 2.652, que en los números 6 y 7 del mismo entrañan verdaderas adquisiciones *a non domino*, prevé una serie de casos de posible resolución, etc., denominados por la doctrina como supuestos de *eficacia sanante de la publicidad registral*, si bien no operante de inmediato, sino con efecto retroactivo al terminar plazos que varían entre cinco y diez años, y con la concurrencia de determinadas circunstancias, como son la buena fe y la no transcripción precedente de la correspondiente demanda en general.

Estas son manifestaciones de un proceso evolutivo hacia un progresivo perfeccionamiento de los sistemas de transcripción, que fatalmente culminará en el principio de fe pública registral, con características más o menos nacionales. Y cuando esto ocurra, tales legislaciones podrán mantener la letra del precepto equivalente a nuestro artículo 32 de la Ley Hipotecaria, pero éste habrá cambiado de significación institucional.

Hemos afirmado hace poco que en los sistemas de fe pública registral también los títulos o relaciones jurídicas inmobiliarias que no se hayan inscrito o tenido acceso registral no pueden perjudicar al tercero protegido, si bien este resultado es menos frecuente en tales sistemas debido al carácter constitutivo de la inscripción en materia de adquisiciones inmobiliarias. Mas esta menor frecuencia es sólo una razón meramente *cuantitativa*, pero no de esencia, pues el fenómeno en sí es idéntico.

Así, por ejemplo, en el Derecho alemán, de la fe pública registral solamente se pueden aprovechar las adquisiciones derivadas de negocio jurídico, en general, esto es, lo que propiamente es objeto de tráfico jurídico inmobiliario, y, como precisamente en estas adquisiciones la inscripción tiene valor constitutivo, el supuesto de inexactitud del Registro, por no haber ingresado en él alguna de tales adquisiciones, es menos posible, dado que el título o relación jurídica inmobiliaria de esta clase no inscritos no trascienden al campo de los derechos reales, por tener sólo eficacia obligacional. Pero hay cierto sector de relaciones o negocios jurídicos que por no ser de tráfico existen o se producen independientemente de su constancia registral.

En Alemania figuran en este grupo las adquisiciones inmobiliarias por sucesión hereditaria, por comunidad matrimonial de bienes, por ejecución forzosa o remate de un embargo (27), expropiación y otros análogos.

También en el Código civil suizo su artículo 656, 2, no exige inscripción para las adquisiciones inmobiliarias por ocupación, sucesión, expropiación, ejecución forzosa o sentencia.

Pues bien, en todos los casos en los que en dichas legislaciones inmobiliarias registrales la inscripción no es constitutiva o indispensable, el hecho de no haberse inscrito la adquisición correspondiente origina la consiguiente *inexactitud* del Registro. Por esto HEDEMANN dice que es completamente normal que se produzca esta inexactitud en tales casos y señala que ella puede revestir una de las formas siguientes: se ha inscrito un *derecho no existente*, se ha dejado de inscribir un *derecho existente*, se ha *cancelado* indebidamente un derecho existente inscrito, se ha expresado equivocadamente el *contenido de un derecho*. Asimismo, el propio autor agrega que la adquisición de derechos sobre las fincas en virtud de negocio jurídico está de tal modo organizada que, en principio, no cabe que llegue a perfeccionarse sin la inscripción. Parece, pues, que el contenido del Registro, en cuanto a estas adquisiciones, nunca habría de poder ser «inexacto». Pero entra en lo posible que el *otro momento constitutivo* del proceso de transmisión real, el «acuerdo traslaticio», resulte nulo, y en tal caso la transmisión sustantiva *no* se habrá operado realmente, y la inscripción que entre tanto se haya practicado será inexacta. Y, como ejemplos, señala este autor el acuerdo transmisivo celebrado por un demente o la intervención de un estafador que se hace pasar por el titular (28).

Todo esto demuestra que el supuesto que prevé el artículo 32 y concordantes de la Ley Hipotecaria no es exclusivo de los sistemas de transcripción, sino que también puede integrar uno de los supuestos de inexactitud registral contemplados con amplitud por los sistemas de fe pública del Registro, si bien con signo diferente de aquéllos, aunque, como en nuestra Ley Hipotecaria, se configure en su redactado en forma análoga a la de los regímenes de transcripción.

(27) HEDEMANN habla aquí de adquisición por adjudicación por acto de alguna autoridad estatal (*Derechos reales*, II, pág. 107).

(28) Obra precedentemente citada, II, págs. 107 y sigs.

Evidentemente este caso de inexactitud registral se dará potencialmente con mayor frecuencia en nuestro sistema por efecto de ser sólo excepcionalmente de carácter constitutiva la inscripción; pero ya hemos indicado que esto es una cuestión de cantidad, mas no de esencia. Esto demuestra lo equivocados que están cuantos conectan como algo esencial para la fe pública registral la inscripción constitutiva, pues olvidan que son dos cosas diferentes, aspecto éste muy interesante que no es propio de desarrollar aquí.

D) Conforme antes se ha podido comprobar, el artículo 40 de la Ley Hipotecaria es el precepto clave que desvanece toda duda que pudiera ofrecerse a quienes les impresionare la indefendible teoría dualista en nuestro sistema de Registro.

Parece que el artículo 32 de la Ley es la expresión general del caso particular de la doble compraventa sucesiva de un mismo bien inmueble, efectuada por su dueño a dos o más compradores distintos, previsto en el artículo 1.473, 2, del Código civil, y que ello hace que dicho artículo 32 sea una norma propia de los sistemas de transcripción. Mas ello ya hemos visto que no es exacto; pero aquí creemos que hay que precisar aún más.

Desde luego entendemos que VALLET está en lo cierto cuando sostiene que como el artículo 608 del Código civil establece, «para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación..., y el valor de los asientos de sus libros (del Registro), se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria», y si el Código se remite a esta última Ley en este punto concreto, no hay duda que el artículo 1.473, 2, habrá de ser interpretado de acuerdo con los principios y disposiciones de aquella Ley especial, y nunca en contraposición a los mismos (29).

Por consiguiente, en conformidad con lo expuesto antes, el referido caso de doble venta, precisamente cuando es la segunda enajenación la que ha logrado inscribirse (situación ésta que resulta obsesiva en los sistemas de transcripción), hay que tratarlo como uno de los varios supuestos de actuación del principio de fe pública registral ante la inexactitud que aquel *factum* provoca en el contenido del Registro.

Superado el obstáculo del requisito de la *tradición* con la denominada tradición *instrumental* o con la ayuda de la *presunción pose-*

(29) *Estudios*, pág. 234.

soria del artículo 38, 1, de la Ley Hipotecaria (30), cuyo requisito es una exigencia del Código civil (31), la protección del Registro opera aquí, en general, con el juego propio de las adquisiciones *a non domino*.

No lo entiende así LACRUZ, fuertemente influenciado por la doctrina italiana sobre la materia, al exponer la mecánica de estas adquisiciones *a non domino* aplicada al caso de la doble compraventa. En el terreno de la argumentación literal parece—dice—que el artículo 40 de la Ley, al hablar de «los derechos adquiridos por tercero», presupone que el comprador *a non domino* ha recibido la propiedad. Pero este autor, dentro de sus vacilaciones al respecto, termina por sucumbir al influjo de la tesis de MAIORCA y de otros autores italianos, que después señalaremos, para ver que en el caso de doble venta más bien se produce una adquisición *a domino*, producto del aspecto de situaciones claudicantes del artículo 34, 1, en su parte segunda, y artículo 37, ambos de nuestra Ley Hipotecaria, por entender que lo que en realidad ha tenido lugar es la *resolución* del derecho del *dominus* disponente (32). Es decir, adopta, bajo el indicado influjo, una postura que no encaja en nuestro sistema, por ser propia de los sistemas de transcripción; seguramente bajo la impresión de la tesis de MENGONI, opuesta a ver en el artículo 1.644 del Código civil italiano (que en su redacción recuerda a nuestro artículo 32), adquisición *a non domino* alguna.

Pero el propio LACRUZ, que tan fundamental encuentra la distinción entre los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, al examinar el primero reconoce que en la doble venta el vendedor de la finca ya *no es propietario de ella* cuando posteriormente vuelve a venderla, y admite que el Registro atribuya al *accipiens* el derecho que se adelantó a inscribir, y hace válidas *erga omnes* las adquisiciones *a non*

(30) VALLET tiene en este punto criterio restrictivo porque entiende que sólo hay que mantener la adquisición derivada del titular registral que no posea, si el poseedor en concepto de dueño le ha ocultado dolosamente su posesión contradictoria del derecho inscrito (*Estudios*, pág. 242).

(31) En materia inmobiliaria este requisito de la tradición exigido por el Código civil debiera desaparecer mediante sustituirlo por el *acuerdo de disposición causalizado* por el contrato de finalidad traslativa, y que, por ejemplo, en las escrituras públicas de compraventa de fincas podría estar concebido en estos términos: «En virtud de esta escritura la parte vendedora transmite el dominio de la finca vendida a la parte compradora, cuya adquisición acepta ésta». Esta cláusula ya la empleamos actualmente en las escrituras de compraventa que autorizamos.

(32) *Lecciones*. págs. 291 y sigs.

domino de derechos reales, porque hubo una anterior enajenación, merced a la cual su *auctor se desprendió de la propiedad* del inmueble, porque, inscrito o no un derecho, cuando un titular lo enajena queda enteramente *despojado* de él (33). Sin embargo, el propio autor abandona después las derivaciones de este criterio.

En el caso de la doble venta o enajenación no hay duda que el vendedor en la segunda venta es un *ex dominus*, y que, en consecuencia, la subsistencia de la titularidad registral de este vendedor origina una inexactitud del Registro, que no puede ir en detrimento del segundo comprador que reúna la condición de tercero hipotecario.

TIRSO CARRETERO sostiene que son dos cuestiones diversas, necesitadas de muy distinto tratamiento: la protección al tercero de la doble enajenación, que sólo muy relativamente se puede decir que adquiere de un no dueño, y la protección al tercero subadquirente que adquiere de quien no fué nunca dueño, porque su título era nulo o falso. Pero en realidad el *verus dominus* del artículo 32 y el del artículo 34, lo son con muy diversa intensidad. Es verdad que las personas de quien adquieren ambos terceros parecen ser unos no dueños: una porque no lo ha sido nunca (no llegó a serlo); otra porque ya no lo es (dejó ya de serlo). Pero esta diferencia es fundamental. La argumentación de la doctrina dominante española consiste en que la protección contra un *verus dominus* concedida a quien ha adquirido *a non domino* debe ser igual en ambos casos. De otra manera se produciría una desigualdad inadmisibles. CARRETERO no entiende que la desigualdad consista precisamente en tratar igual a lo que es desigual. En el artículo 34, el tercero no es el dueño, sino que lucha contra el dueño y es natural que se le proteja con ciertos requisitos. En el artículo 32, el tercero no es el dueño para una concepción consensualista, pseudofilosófica y de gabinete de la transmisión inmobiliaria; pero sí lo es en el sistema germánico y casi lo es en todos los sistemas históricos realmente vividos en que la transmisión inmobiliaria se ha rodeado de formas de publicidad, registrales o no. Por eso sólo necesita inscribir su título válido. Los autores de la Ley Hipotecaria fueron completamente conscientes de estas diferencias. Todos los legisladores hipotecarios separaron como dos cosas distintas las facultades de la institución registral para purificar títulos nulos (fe pública registral) de las facultades de la misma para salvar la

(33) *Lecciones*, págs. 232, 233, 240 y 295.

falta de poder dispositivo de un transmitente, consecuencia de una anterior enajenación no publicada aún, al publicarse la posterior (inscripción constitutiva, inoponibilidad del título no transcrito). La identificación entre la carencia de facultad dispositiva que sufre quien nunca llegó a ser dueño porque su título fué nulo o falso y la carencia de facultad dispositiva que sufre quien había dejado de ser dueño ya, por haber transmitido en título aún no inscrito, ha sido algo privativo y exclusivo de la doctrina hipotecaria española que se explica por razones varias y complejas; pero principalmente por una desmesurada preferencia por el estudio del sistema alemán. El tercero subadquirente germánico que alega la protección registral ha de obtenerla contra un verdadero dueño, acaso con abolengo secular, antiguo, que probablemente tenía sus viejos títulos inscritos, que perdió su titularidad registral por un título falsificado, falso o nulo. Este tercero lucha, pues, contra un auténtico *verus dominus* de años o siglos. Es lógico que los sistemas hipotecarios se asusten y los más decididos exijan cuatro requisitos o más. En cambio, el tercero latino del artículo 32 lucha con un endeble *verus dominus*. Suele ser dueño de días o de meses y que desde luego sabe que le falta cumplir un trámite legal para consagrar su dominio. Es un dueño relativo. En Alemania no es dueño en circunstancias similares. Es un dueño que se le considera tal sólo porque a los juristas de gabinete en períodos de crisis de crecimiento de la publicidad inmobiliaria se les ocurrió que la transmisión del dominio es algo que se agota en transmitente y adquirente y se consume con su mero consentimiento, *erga omnes*, sin advertir lo absurdo de esta peregrina idea. Es lógico que ningún sistema exija a este tercero los mismos requisitos y que gran parte de las legislaciones hayan llegado a considerar que este tercero no es tal, sino verdadero dueño (inscripción constitutiva) (34).

Naturalmente no estamos conformes con estas pretensiones diferenciadoras de dicho autor. No vemos que sean tan sustanciales las diferencias que impidan equiparar a los efectos de la fe pública registral y como supuestos de adquisiciones *a non domino*, el caso del titular registral que enajena a tercero hipotecario lo que había sido suyo y ha dispuesto inmediatamente antes, en todo o en parte, así

(34) Obra citada, págs. 90 y sigs.

como el caso del que también enajena a tercero hipotecario lo que no ha sido inmediatamente suyo, ni nunca.

Por consiguiente, hay diferencias. Esto es evidente. Pero también las hay entre los varios supuestos que pueden dar lugar a la inexactitud del Registro, conforme se ha visto antes. Pero ante el mecanismo de la fe pública registral y del fundamento dogmático-jurídico y político de la admisión excepcional de la adquisición *a non domino*, tales diferencias no tienen suficiente consistencia o entidad para justificar la existencia de dos regímenes distintos de protección de terceros adquirentes.

Ante la necesidad de protección del tráfico jurídico inmobiliario, son mantenidas por imperio de la Ley, unida a la buena fe del adquirente, las adquisiciones *a non domino*, y frente esto huelga entretenerse en calibrar tales diferencias, que en este plano resultan por completo accidentales o secundarias, ya que los supuestos posibles de inexactitud del contenido del Registro son varios, y es lógico que entre ellos existan variantes, pero sin que éstas trasciendan a lo fundamental. Lo decisivo es que se produzca tal inexactitud registral; los hechos y circunstancias que la hayan provocado lógicamente son diferentes, mas esto es irrelevante (35).

Por ello el argumento de que no puede tratarse igual lo que es desigual no vale, pues la desigualdad radica en las causas de la inexactitud registral, mas no en lo que respecta a esta inexactitud en sí, de la que debe ser defendido el tercero adquirente que confió en que el contenido del Registro era exacto, sea por la causa que fuere. No es correcto construir dos sistemas dispares sobre la base de diferencias accidentales en el problema de protección del tráfico jurídico inmobiliario, pues este problema de seguridad es uno sólo, y por ello las mismas condiciones han de ser las exigidas al tercer adquirente para que pueda aprovecharse, en todo caso de Registro inexacto, de la protección registral. Esto aparte de lo artificial de las diferenciaciones que TIRSO CARRETERO señala entre el *verus dominus* de años o siglos, por su abolengo secular o antiguo, que tenía sus viejos títulos,

(35) Aquí nos viene al pensamiento la sentencia de 6 de diciembre de 1962, en uno de cuyos considerandos expresa que cuando una persona vendió unos mismos bienes al recurrente ellos *habían salido del patrimonio* de aquella, «sin que sea obstáculo para la doble venta el hecho de que nuestra Ley substantiva autorice la compraventa incluso de cosa ajena, ya que ello originará acciones en el comprador contra el vendedor, pero que no afecten al verdadero titular del dominio ajeno al contrato».

y el endeble *verus dominus*, que suele ser de días o de meses, así como entre la carencia de facultad dispositiva que sufre el uno y el otro disponente (36).

En resumen, a los efectos de la fe pública registral lo mismo da que el titular según el Registro, que aparece como transmitente al tercero hipotecario, no sea dueño por haber dejado de serlo o por no haberlo sido nunca. A nuestros efectos esta diferencia no es fundamental o decisiva, por corresponder esta indiferencia a un estado evolucionado del sistema inmobiliario registral, en contraste con los sistemas de transcripción en los que esta evolución todavía no se ha iniciado o sólo empieza su iniciación. Pero de esto último nos ocupamos seguidamente.

Para quienes duden de esta unicidad—*monismo* también alguna vez se dice—dominante en este punto en nuestro régimen inmobiliario registral, creemos que habrá de decidirles la postura de nuestro legislador hipotecario adoptada claramente en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria vigente, pues ya hemos visto cómo en él es sometido a *igual tratamiento de tercero hipotecario* cuando la inexactitud del Registro «proviniere de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria», que «cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente», protegiendo asimismo «los derechos adquiridos por tercero o título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento» inexacto.

E) Los sistemas de transcripción, como regímenes inmobiliarios no evolucionados, solamente contemplan en su pristina pureza la *pugna entre títulos incompatibles*, principalmente cuando el de *fecha*

(36) Es equivocado hablar en este supuesto de facultad dispositiva del titular registral por el solo hecho de ser tal, pues aquí cabe aplicar lo que afirma MENGONI de la denominada legitimación aparente de disposición, lo cual todo se reduce a una mera posibilidad que resulta del relieve objetivo de una específica posición del enajenante (*L'acquisto «a non domino»*, Milán, 1949, pág. 33), y que JORDANO califica de posibilidad *de facto* de provocar una persona con su actividad, por vía de consecuencia, la adquisición del tercero (*La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, en «Anuario de Derecho Civil», 1950, págs. 693 y sigs.).

Hay que sentar de una vez que la «facultad de disponer» es privativa del *verus dominus*, pero la legitimación registral sitúa al titular según el Registro en la posibilidad de producirse como si fuera dueño o titular verdadero del derecho registrado, pues el artículo 38, 1, de la Ley Hipotecaria lo presume tal *turis tantum* a todos los efectos legales.

más moderna se ha anticipado en la transcripción. En esta pugna suele servir de prototipo el caso de la doble venta por el propietario de un inmueble a favor de dos personas sucesivamente. Para la resolución de tal pugna dichos sistemas adoptan una fórmula simplista: la *prioridad* más absoluta (37).

Prior in tempore potior in iure. Esta es la solución mágica. La conciencia del legislador aquí adopta un argumento que le tranquiliza: es justo que el que fué negligente o remiso en acudir a la transcripción sufra el justo castigo de quedar inoperante su adquisición. Esta transcripción es, pues, *suficiente* para que aquella adquisición transcrita prevalezca, siempre, claro está, que el contrato de compraventa sea *válido*; no se requiere ningún otro requisito, ni siquiera la buena fe. De la validez o vigor de la titularidad del vendedor el sistema para nada se preocupa, por ser un problema ajeno a todo lo que no sea la oportunidad en el logro de la transcripción, pues es lo único de que se trata.

Los sistemas de fe pública del Registro no adoptan esta visión raquítica, sino la más amplia posible. También juega en ellos la prioridad, pero condicionada, no sólo por la validez del negocio adquisitivo del tercero, sino por la *buena fe* de este tercero, sobre todo; y como en ello juega prevalentemente la confianza de éste en la verdad del contenido del Registro, se requiere asimismo la *previa inscripción* del derecho a nombre del transferente, y en algunas legislaciones, además, se brinda sólo la protección a los terceros adquirentes que lo sean a título oneroso.

En estos sistemas no se habla de sanción a la negligencia en inscribir la adquisición, sino de proteger la confianza del tercer adquirente en el contenido del Registro, y la protección de la fe pública registral opera a todo evento jurídico, esto es, *ante cualquier supuesto de*

(37) Esta prioridad, sin operar razón alguna de similitud, parece inspirada en la prioridad de la tradición en el caso de la doble venta, que a base de la Ley *Quotiens* (C. 3, 32, 15) imperó lógicamente en el período del *ius commune* y que tanto preocupó a los juristas de Derecho intermedio, como es de citar aquí, entre otros, nuestro ANTONIO GÓMEZ (en sus *Variae resolutiones*, Lugano, 1756, II, cap. 2, núm. 20). Pero este criterio de prioridad en la tradición, que actúa en el artículo 1.473, 1 y 3, de nuestro Código civil, es absurdo transportarlo a los inmuebles en relación a los Registros de publicidad, por falta de paridad. Seguramente el artículo 1.473, 2, responde más bien a los Códigos civiles que, cual el francés, eliminaron la tradición, criterio que siguió nuestro proyecto de Código civil de 1851, por cuya razón su artículo 982, con referencia a su artículo 1.859, se producía como dicho artículo 1.473, 2, del Código civil vigente, al prescindir de toda idea de toma de posesión.

inexactitud de tal contenido, aunque emane la posible inexactitud del hecho de no haber tenido acceso a los libros algún título o relación jurídica inmobiliaria registral, dentro del alcance que permita la circunstancia de no ser constitutiva la inscripción (38).

Sería interminable profundizar más sobre estas y otras diferencias entre los dos sistemas registrales indicados y por ello nos concretamos principalmente a lo relativo al requisito de la *buena fe* y a la tortura que para la doctrina italiana significa pretender explicar el *papel de la transcripción* en la doble venta y otros casos análogos.

a) Respecto del requisito de la *buena fe*, los sistemas de transcripción *prescinden básicamente de ella* ante la pugna de títulos transcribibles.

En la legislación francesa son conocidas las palabras de PLANIOL cuando explica que en el régimen de transcripción de Francia no se requiere buena fe en el tercero que alega la falta de transcripción de otro título, pues su derecho es el mismo si conoce o ignora la anterior enajenación. Es regla general—dice—que todo sistema de publicidad sea rigurosamente independiente de la buena o mala fe de los terceros adquirentes, y la falta de transcripción no pueda sustituirse ni considerarse subsanada mediante el conocimiento que tengan los terceros acerca de la disposición efectuada anteriormente, pero sin transcripción. No se establece distinción alguna entre el adquirente de buena y de mala fe. Únicamente en el caso en que el segundo adquirente, que ha transcrito antes, se haya *concertado fraudulentamente* con el vendedor para despojar al primer comprador, la fuerza de la transcripción puede no ser aplicada, de acuerdo con el principio *fraus omnia corrumpit*. Si este segundo comprador, cómplice en el fraude, no puede oponer en este caso el defecto de transcripción, no es porque haya cometido un delito y como sanción del mismo, sino porque el fraude hace inaplicable la regla de inoponibilidad de lo no transcrito (39).

FERRI, con apoyo de la doctrina y de la jurisprudencia italianas, ahonda más en este punto en orden a la legislación inmobiliaria registral de Italia. Dice que la transcripción tiene por fin social dar seguridad al tráfico inmobiliario, la cual queda satisfecha mediante

(38) Pero ya tenemos dicho que este dato de la inscripción constitutiva es ajeno a la materia que nos ocupa, conforme demuestra el hecho de que en la legislación italiana la inscripción es constitutiva en materia de hipotecas.

(39) *Tratado práctico de Derecho civil francés*, 1942, III, págs. 565 y sigs.

tutelar la confianza del tercer adquirente, que constituye el fundamento ético de las normas sobre transcripción. El tercero puede encontrar protección en las normas sobre transcripción aunque no haya confiado (tercero de mala fe que ha transcrito antes), y puede, inversamente, ser sacrificado aun cuando hubiese confiado (tercero de buena fe que no ha transcrito debido a impedimento de fuerza mayor). En el sistema de transcripción el estado subjetivo del tercero es un hecho normalmente irrelevante. La tutela del tercero de buena fe es el fundamento del sistema, el cual está de ella empapado, mas no es un instrumento técnico a través del cual opera la ley. La doctrina dominante tiende a introducir la buena y la mala fe y, por ende, la seguridad, procurando hacerla operante a través del concepto de buena fe (o mala fe) presunta *iuris et de iure*. Cuando un acto es hecho público se presume conocido (mala fe) e ignorado (buena fe), en caso contrario. Cuando el legislador conecta ineludiblemente cierta consecuencia jurídica a la transcripción, es problema ocioso querer ver si aquella consecuencia deriva de la transcripción, en cuanto genera una presunción de conocimiento y, por tanto, de mala fe. Pero es más simple limitarse a afirmar que *deriva de la transcripción*. Debe, pues, reconocerse que la tutela de la confianza no ha devenido instrumento técnico, ni siquiera en la forma de un concepto de buena fe presunta, *iuris et de iure*.

Ahora bien—prosigue FERRI—, el instituto de la transcripción protege también al tercero, aunque en concreto sea de mala fe. Pero el instituto de la transcripción no siempre permanece indiferente ante la mala fe, pues cuando ésta adquiere un alto grado de intensidad se transforma *en fraude*. La jurisprudencia francesa ya ha admitido la excepción del *concerto fraudulento*, partiendo de la máxima *fraus omnia corrumpit*, con pleno vigor actual, y que demuestra que el fraude es algo más que el simple conocimiento de la enajenación precedente.

Por último, termina dicho autor: aparte del fundamento técnico-jurídico de la línea seguida por la jurisprudencia francesa, debe observarse en el terreno de la oportunidad política, cómo a través de la relevancia del fraude se viene a abrir una brecha en el sistema de seguridad del tráfico inmobiliario que la transcripción significa. Esta seguridad puede ser alcanzada únicamente a través de la posición de principios perentorios, los cuales determinan netamente los confines

entre los intereses a preservar y aquellos a sacrificar. Cortando por lo sano no se logra, evidentemente, justicia en todos los singulares casos concretos, mas tal injusticia, que será siempre excepcional, vendrá compensada largamente por el gran beneficio que recibirá la circulación de los bienes. Para conseguir esto se requiere adoptar la publicidad en su aspecto positivo (publicidad actuada) y en su aspecto negativo (publicidad ausente), y sobre tales datos basar toda decisión, prescindiendo de elementos de orden psicológico, por sí mismos inciertos y de difícil determinación. Quien haya transcrito su adquisición, la preserva sólo porque ha transcrito y en cuanto ha transcrito; quien no lo haya efectuado se arriesga a perder en juicio, sólo porque no ha transcrito y en cuanto no ha transcrito (40) (41).

Ya hemos visto antes cómo la Ley francesa de 1955 sobre publicidad fundiaria adopta algún temperamento en la materia y, sobre todo, el Código civil italiano adopta en determinados supuestos, denominados de publicidad sanante, una especie de protección del titular según la transcripción, respecto de la endeblez de la titularidad de su transferente, si bien no por la sola fuerza de la transcripción, sino con ayuda del tiempo y de la buena fe del tercer adquirente, con otras circunstancias. Pero todo esto no pasa de ser un inicio de evolución del sistema, apegado radicalmente en la pugna de títulos frente al Registro al criterio rígido de la prioridad, y que con el tiempo y el abandono de este último criterio desembocarán en un sistema de fe pública registral, con más o menos peculiaridades.

En los Códigos civiles alemán y suizo se adopta en materia inmobiliaria registral el requisito de la buena fe en el tercer adquirente para que pueda valerse de la protección de la fe pública del Registro, aunque en Suiza, como en Dinamarca y varios países anglosajones, la buena fe requiere además la ausencia de la culpa lata. Indudablemente esta adopción del requisito de la buena fe, junto con otros factores, hacen que éstos sean sistemas registrales evolucionados.

De la comparación de la postura de los sistemas de transcripción ante el requisito de la buena fe en el tercer adquirente, con la posi-

(40) *Tutela dei diritti*, libro IV, págs. 42 y sigs. (libro que forma parte del *Commentario del Codice civile*, al cuidado de SCIALOJA y BRANCA).

(41) La Ley Hipotecaria belga de 16 de diciembre de 1951, en su artículo 1.º, dispone que los actos no transcritos no podrán ser opuestos a terceros «qui auraient contracté sans fraude».

ción que respecto de ella siguen los sistemas de fe pública del Registro, resulta evidente que la idea matriz de aquéllos, tal como ha quedado explicada, es insostenible, por constituir puro sofisma pretender negar beligerancia a la buena fe del tercer adquirente como elemento ético y de justificación del esfuerzo que para el legislador representa el mantener la adquisición de dicho tercero ante el contenido inexacto del Registro. La posición de los sistemas de transcripción carece en absoluto de consistencia, por ser sólo producto de una aplicación ciega del mecanismo de la prioridad en ocupar el puesto registral entre dos o más títulos incompatibles referidos a una misma finca o derecho real, exagerando la regla *prior tempore potior iure*, sin amansarla por la buena fe.

Como afirma LACRUZ, ciertamente el requisito de la buena fe introduce un elemento subjetivo que compromete el automatismo en el funcionamiento de la protección del Registro, pero nada impone que este automatismo haya de ser considerado (al menos con referencia a nuestro sistema) como un progreso deseable. Al contrario, está en pugna con el fundamento de la tutela del Registro. Esta, según la opinión más razonable, se concede al adquirente como resultado de una *apariencia*. Pero la Ley no puede proteger esta apariencia en su entidad objetiva, sino en su reflejo subjetivo: en el engaño que produce en aquel que confía en ella fundadamente, y a quien impide percatarse de la situación real, pues crear apariencia para proteger a los que no están engañados, a los que conocen la situación real, supone emplear la fuerza del Derecho para premiar a quien, sin beneficio de nadie, sino de él mismo, comete un acto reprobado por la moral: adquirir a sabiendas cosa ajena. Esta es la única consecuencia específica del automatismo, porque, aparte de esto, el Registro que exige la buena fe es—o puede ser—tan seguro como el otro: al ignorante nunca ha de perjudicarle su ignorancia, y al que sabe que una cosa es ajena no debe nunca ayudarle la Ley a quedarse con ella (42).

b) La doctrina italiana, al tratar de explicarse por qué en el caso de doble venta el segundo comprador que transcribe antes su título es preferido en la propiedad de la cosa vendida, dejando perjudicada la adquisición del primero que omitió transcribir su compra o que la

(42) *Lecciones*, pág. 265.

transcribió después de aquél (43), ha producido tal variedad de pareceres que su crecido número de teorías ha conducido a un verdadero *imbroglio* difícil de descifrar.

Tres tendencias principales deben señalarse en este aspecto:

Una, que sostiene que en la doble venta la adquisición posterior transcrita antes prevalece sobre la primera que no se transcribió, porque a pesar de derivar aquélla de un acto ineficaz, por proceder de persona que ya era un *non domino*, la transcripción la trocó en eficaz (MORITTU) (44); o se sostiene como una adquisición *a non domino* protegida (MESSINEO) (45); o porque es una adquisición derivativa justificada por la *apariencia* de la posición de *dominus* que en el Registro hipotecario aún conserva el vendedor respecto a terceros (BETTI) (46), o porque la adquisición del segundo adquirente la justifica la tutela legal de la confianza en la *apariencia del derecho* a consecuencia de la transcripción omitida (47). Pero aunque estas opiniones se acercan a la verdad, empero, en Italia no han tenido gran éxito y han encontrado como gran debelador a MENGONI.

En relación al artículo 2.644 del Código civil italiano, que estatuye que los actos transcribibles «no producen efecto respecto a terceros que por cualquier título hayan adquirido derechos sobre inmuebles a base de un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción del acto mismo», MENGONI niega que este precepto pueda servir de base a ninguna adquisición *a non domino* en sentido técnico protegida por la Ley, porque cualquiera que sea la reconstrucción dogmática de la función fundamental de la transcripción, como criterio de preferencia entre dos o más adquirentes de un mismo autor (precedente propietario de la cosa inmueble registrada), el segundo adquirente que ha transcrito antes su acto adquisitivo es adquirente *a domino*, y esto explica precisamente la irrelevancia, en esta hipótesis, de su buena o mala fe. En dicho artículo 2.644 el problema de

(43) Téngase en cuenta que en los regímenes de transcripción es posible que ambas compraventas se transcriban, pues no conocen norma alguna de cierre registral como la de nuestro artículo 17, 1, de la Ley Hipotecaria.

(44) *La trascrizione dei contratti traslativi della proprietà immobiliare*, Milán, 1936, págs. 59 y sigs.

(45) *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 7.ª edición, VII, págs. 538.

(46) *Teoria general del negocio jurídico*, 1959, pág. 25.

(47) *La teorie sull'apparenza giuridica*, en «Rivista di Diritto Commerciale», 1934, I, pág. 137.

la adquisición *a non domino* no tanto es resuelto, cuanto es superado por la particular eficacia atribuida a la transcripción (48).

Otra tendencia funda el derecho preferente del segundo comprador, que transcribe oportunamente su adquisición, en la virtud de la transcripción debido a su carácter de *elemento constitutivo* de la adquisición, pues ésta no tiene lugar hasta que interviene la transcripción (CARNELUTTI) (49), (GIORGIANI) (50) y otros.

La *tercera tendencia*, que es la dominante, rechaza las otras dos, pero se diversifica en gran número de subtendencias, aunque siempre a base de atribuir importancia decisiva a la prioridad registral. Un gran sector doctrinal zanja la cuestión a favor del segundo comprador que transcribe el primero, a base de producirse en dos direcciones:

Una que se apoya en la teoría de la denominada *propiedad relativa* en el caso de doble venta y análogos, por considerar que frente a la transcripción en perspectiva los dos (o más) compradores son todos de igual condición, e inclusive son propietarios por igual de la cosa vendida, y se estima que aun transcrita la segunda venta queda ésta simplemente perfeccionada en su eficacia, sin entrañar la nulidad o resolución de la otra (u otras), sino su ineficacia (FUNAOLI) (51), o que la transcripción de una de las ventas la hace idónea como título adquisitivo y provoca a la vez la resolución de la otra (u otras), pues todas ellas estaban sujetas por igual a dicho mismo peligro resolutorio en tanto dicha venta no quedó transcrita (MAIORCA) (52), (CORRADO) (53). Pero, por otro lado, se impugna por contradictoria la idea de propiedad relativa y se estima que mientras no hay transcripción de venta alguna, el vendedor conserva su derecho de disposición respecto de la cosa vendida (CARIOTA-FERRARA) (54), o no se había desplazado aún del vendedor el derecho de propiedad, aunque subsista únicamente con carácter temporal y condicionado

(48) *L'acquisto «a non domino»*, Milán, 1949, págs. 131 y sigs., y *Acquisto «a non domino»*, en «Novissimo Digesto Italiano», I, 1.º, pág. 244, nota 2.

(49) *Processo di esecuzione*, 1931, II, págs. 339 y sigs.

(50) *Diritti di godimento su cosa altrui*, I, pág. 167.

(51) *La cosiddetta proprietà relativa*, en «Studi in onore di Antonio Cicu», 1951, I, pág. 390.

(52) *Della trascrizione*, en «Commentario D'Amelio-Finzi», «Tutela dei Diritti», 1943, pág. 139.

(53) *La pubblicità nel Diritto privato*, parte general, Turín, 1947, pág. 321.

(54) *Il negozi sul patrimonio altrui*, Padua, 1936 pág. 92.

y, por tanto, el vendedor se halla legitimado para disponer de él (GENTILE) (55).

Pero, debido a la insatisfacción ante estas teorías, varios autores buscan por otros derroteros la solución, bien sea por transportar el problema al terreno procesal, por pretender ver que la Ley con dicha preferencia impone al Juez a dar por inexistente la adquisición no transcrita (FERRI) (56), bien por considerar impotente la venta *solo consensu* para producir el efecto traslativo de la posesión formal del derecho, con la legitimación dispositiva del mismo, y entender en consecuencia que es esencial para ello la tradición, integrada por el acto de documentación y la transcripción, que sirve de causa eficiente de la transferencia y de la legitimación (RAVÀ) (57).

De estas tres grandes tendencias doctrinales la primera, conforme hemos indicado, no es la más seguida; la segunda, PUGLIATTI la considera abandonada (58), y la tercera es la imperante.

Nosotros creemos que se halla en lo cierto la primera, pero la oposición de MENGONI le ha hecho grave daño; la segunda confunde la protección registral con el problema de si la inscripción constituye un modo de adquirir la propiedad, que es cosa muy diferente, y la tercera, su propia multiformidad es indicio de que no acierta a encontrar la verdad en la materia, todo por el prurito de no querer ver la bondad de la primera, fuera de la cual todo es confusión (59), confusión que desaparecerá cuando prosiguiendo su evolución legislativa el sistema inmobiliario registral italiano desemboque de lleno en el camino de la fe pública del Registro, por abandono del criterio de ciega prioridad registral, que lo desvia.

En los sistemas de transcripción la sola registración a tiempo es el todo, por estar dispuestas las cosas para bastarse a sí misma, sin requerirse, por tanto, en ellos otras circunstancias, como son la buena fe del tercer adquirente y el adquirir de un titular según el Registro, si no quiere darse beligerancia a la onerosidad como mani-

(55) *Il nuovo Codice civile commentato*, de STOLFI, Nápoles, 1958, VI, página 6.

(56) *Trascrizione immobiliare*, obra citada, pág. 15.

(57) *Legittimazione e rappresentanza indiretta nell'alienazione Banca, borsa e titolo de credito*, 1953, págs. 161 y sigs.

(58) *La trascrizione*, obra citada, I, 1.º, pág. 434.

(59) Nuestro LACRUZ se ha dejado arrastrar por esta confusión al tratar de descifrar la mecánica de la adquisición registral *a non domino*, en sus *Lecciones*, págs. 289 y sigs.

festación estricta del tráfico jurídico. Y tanto se prescinde incluso de la buena fe, que un sector doctrinal considera que la no protección registral del adquirente, que obró con fraudulencia por su complicidad con el enajenante, desentona de la técnica propia de los sistemas de transcripción, por cuya razón hay que tratarlo como algo excepcional. Así quedó explicado antes.

Los sistemas de transcripción se apoyan decisivamente en la más pura *prioridad registral* en el acceso de los títulos, válidos como tales, o sea, abstracción hecha del derecho del transferente. En consecuencia, concentran la energía protectora de los terceros adquirentes en el mero hecho de ser el primero que acude a registrar su título o relación jurídica frente a otros de anterior fecha no transcritos.

De ahí que la sola transcripción tenga el valor, si no de un modo de adquirir, sí de un dispositivo protector que vale por su propia esencia. De esta manera entiende el legislador asegurar el tráfico jurídico inmobiliario, pues se dice que ello permite evitar cuestiones, pleitos y dudas acerca de la calidad de los títulos y del estado psíquico de los terceros adquirentes que pugnan por prevalecer cuando se trata de actos incompatibles, pues para resolver el conflicto entre ellos es suficiente tomar en consideración el dato simple de cuál de los varios títulos opuestos *tuvo primeramente acceso al Registro*. De este modo la transcripción pasa a ser dispositivo puesto al alcance de todos los terceros en pugna, en plan igualitario de oportunidades, por cuanto todos ellos se encuentran, en principio, en idénticas condiciones para cumplir fácilmente el trámite de la transcripción.

Ante este criterio adoptado por tales sistemas, es ocioso, naturalmente, tomar en consideración para dilucidar el conflicto a toda circunstancia ajena al mero hecho de transcribir oportunamente el título adquisitivo. Y así, quien no haya utilizado a tiempo el medio de la registración, allá él con su descuido, sin que pueda quejarse, por más que fuese un adquirente a título oneroso y de buena fe el que quedase postergado a favor de quien acaso no sea más que un mero donatario carente de buena fe, no degenerada en fraudulencia, pero que cumplió oportunamente con el requisito de la transcripción.

Esta mecánica protectora de terceros adquirentes, característica de los regímenes de transcripción, podrá ser criticada a fondo, pero responde a la lógica del sistema. Como si obedeciera a una anticuada

versión de un ańejo indiferentismo estatal, se la podrá tachar de exageradamente simplista por su cómoda inhibición respecto a circunstancias que, como la buena fe del adquirente, no debe pasar por alto al legislador. Pero el sistema, con su primitivismo, es así.

El contraste de este sistema con el de fe pública registral es, pues, evidente, y por ello es innecesario emplear más palabras para demostrarlo.

Frente a estas dos características diferenciales especialmente contempladas no sabemos ver cómo sea posible actualmente pretender que el artículo 32 de nuestra Ley Hipotecaria responde al criterio básico de los sistemas de transcripción, por demostrar todo lo contrario cuanto llevamos expuesto en el presente estudio, y el sentido evolutivo de nuestra legislación inmobiliaria registral, hasta llegar a desembocar señaladamente en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria vigente, y, además, por desmentirlo nuestra jurisprudencia, así como la doctrina científica dominante, y sin que pueda hablarse aquí de ningún legislar inconsciente.

Que nuestro sistema inmobiliario registral ha llegado a un estado ya evolucionado en la materia no nos cabe duda, aunque se requiera algún retoque en orden a la fe pública del Registro, que será más bien de puro tipo perfeccionador de su formulación normativa. Esta evolución se ha producido paulatinamente desde la Ley Hipotecaria de 1861, en la cual ya se había superado el simplismo de los sistemas de transcripción. Si esto constituye un progreso, es algo que nos reservamos para examinarlo al final de este estudio.

De momento baste afirmar que en la historia evolutiva de nuestra legislación inmobiliaria registral respecto de la protección del tercer adquirente, nuestra primera Ley Hipotecaria, esto es, la del año 1861, no estaba inspirada en los sistemas de transcripción inaugurados propiamente en Francia (60), sino más bien en legislaciones de algunos Estados alemanes (61), sin negar que algún influjo pudo

(60) En el Código civil francés de 1904, y principalmente en la Ley de 23 de marzo de 1855 sobre transcripción en materia hipotecaria, y más bien a través de la Ley Hipotecaria belga de 1851, que se aprovechó de la discusión y anteproyecto de dicha Ley francesa.

(61) La legislación prusiana a la sazón vigente, compuesta por la Ley u Ordenanza hipotecaria de 20 de diciembre de 1783 y el Código civil común de Prusia de 5 de enero de 1794, que constituía un ejemplo de armonización con elementos del Derecho romano, en su expresión de *ius commune* europeo. También hay que contar con la Ley de Baviera y de otros Estados alemanes que no seguían el criterio de sustantivación tabular.

tener en otros aspectos al que aquí interesa la legislación inmobiliaria registral francesa, así como la belga, y más aún la del cantón de Ginebra del año 1827 (62).

La fe pública del Registro no había alcanzado pleno predicamento, pues éste no se logró hasta el Código civil alemán de 1896, mas nuestra Ley Hipotecaria alcanzaba un grado evolutivo que fatalmente había de conducir a él a través de sus posteriores reformas, hasta llegar a la última de 1944-46.

El artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria de 1861 ya significaba un atisbo de aquél y su artículo 32 (entonces art. 23) parecía ser una concesión a los sistemas de transcripción, en rigor no lo era.

BIENVENIDO OLIVER nos recuerda que el Real Decreto de 8 de agosto de 1855, que mandó formar nuestra Ley Hipotecaria, dispuso que la Comisión encargada al efecto debía comparar los trabajos anteriores sobre la materia «con las leyes de las demás naciones», las cuales, para dicho autor, no eran otras que las de los Estados alemanes inspiradas en los principios constituidos por el sistema llamado germánico (63). Lo mismo vino a afirmar GARCÍA GOYENA (64), y en esta línea hay que situar a JERÓNIMO GONZÁLEZ (65), SANZ (66), LACRUZ (67), y tantos otros.

Mas aquí, como dato importante demostrativo del carácter bastante evolucionado de nuestra Ley Hipotecaria de 1861, de lo que es exponente su artículo 34, y, por tanto, que ella siguió por otros derroteros divergentes de los adoptados por los sistemas de transcripción, hay que aportar el hecho de la honda discusión originada al discutirse la Ley francesa de transcripciones del año 1855, y que tuvo presente la Ley belga de 1851. Esta discusión, que se produjo el año 1841, es muy interesante, pues versaba sobre si debía o no mantenerse respecto de terceros subadquirentes con título transcrito el principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

(62) NÚÑEZ LAGOS sostiene que fué la Ley belga la que influyó poderosamente en nuestra Ley Hipotecaria de 1861. por haber aquélla penetrado fuertemente en la persona de GÓMEZ DE LA SERNA, uno de los autores de nuestra referida Ley (*El Registro de la propiedad español*, lugar citado, pág. 140). Pero creemos que se exagera bastante en este punto

(63) *Derecho inmobiliario español*, Madrid, 1892, I. pág. 82.

(64) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, IV, pág. 183.

(65) *Estudios*, I. pág. 201.

(66) *Instituciones*, I, pág. 81.

(67) *Lecciones*, pág. 47.

Se proponía que las acciones de resolución, anulación, etc., no tendrían efecto contra tercero con título transcripto, sino sólo a partir de la fecha en que la acción se hubiere anotado al margen del asiento correspondiente, de suerte que todos los títulos publicados con anterioridad escaparían al efecto retroactivo de la sentencia. Pero este criterio no prosperó, por estimar que no encajaba con el sistema del *Code*, y, además, porque los Registros de transcripciones no debían tener fuerza probante, y esto fué lo que en definitiva prevaleció (68).

Efectivamente, ello estaba en oposición a lo que es fundamental, en principio, en los sistemas de transcripción, con su prevalente criterio de prioridad registral. Pero nuestra Ley Hipotecaria de 1861 optó por la postura contraria al adoptar el contenido del artículo 34 de la misma, lo que es constitutivo de un hecho de gran importancia en la cuestión que examinamos, pues la orientaba hacia el principio de fe pública del Registro, a pesar de contener el artículo 32 (entonces art. 23), que hacía pensar en un precepto adscrito a los sistemas de transcripción.

Pero en rigor no era así, aunque la primera Ley Hipotecaria mantuviese la dualidad de preceptos, silenciase el requisito de la buena fe en el tercer adquirente, diese su Exposición de Motivos una aparente impresión vacilante sobre el problema (69), y se exaltare, en general, en aquellos tiempos, el referido artículo 32 (a la sazón artículo 23) de la Ley (70).

(68) Puede verse sobre esta discusión la conocida obra de Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, 1891. págs. 116 y sigs.

Ver asimismo, el artículo 4.º de la Ley Hipotecaria belga de 16 de diciembre de 1851.

(69) Sin embargo, predomina el criterio favorable a la buena fe o, mejor dicho, de la confianza en el contenido del Registro, cuando expresa que «quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique, por una falta a él solo imputable, al que, sin haberla cometido, *ni podido conocer* (por el Registro, es lógico pensar), adquiriera»; y también cuando al tratar de si la propiedad ha de transmitirse por el mero consentimiento, habla de la injusticia de poder oponer «al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que *no ha podido tener conocimiento*», etc.

(70) Llegóse a exagerar de tal modo la importancia del artículo 32 (entonces 23) de la Ley Hipotecaria, que se afirmó oficialmente que en este precepto se condensaba toda la Ley. Ya GARCÍA GÓYENA al comentar el proyecto de Código civil de 1851, y concretamente su artículo 1859, semejante al artículo 1.473, 2.º del Código civil vigente, expresó que todo el espíritu de dicho Código estaba contenido en dicho artículo (obra citada, IV, pág. 224). Pero el Ministro que presentó a las Cortes el proyecto de lo que había de ser Ley Hipotecaria de 1861 dijo que la Ley no tenía nada de francesa y que, si bien en aquella había mucho del sistema alemán, acaso con el tiempo habría más todavía.

De ahí que, algo después, GALINDO y ESCOSURA expresasen, al comentar el

Esta prevalencia del principio de fe pública registral, de inspiración alemana, y, por tanto, del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, fué acentuándose con las sucesivas reformas de la misma en los años 1909 y 1944-1946. URIARTE BERASATEGUI, bajo el epígrafe de *Desvirtuación germánica del sistema español*, destaca el posterior influjo del Derecho germánico sobre la materia en las reformas hipotecarias ulteriores (71).

Esto es de una evidencia tan indiscutible que nos dispensa mayores demostraciones, pues es suficiente destacar el nuevo redactado de la parte primera del artículo 34, 1, de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, que ha pasado a la actual, unido al hecho de silenciar aquélla, por el motivo que fuere, el contenido del artículo 32 (antes artículo 23) de las Leyes Hipotecarias anteriores y, sobre todo, la inclusión del artículo 40 de la Ley Hipotecaria actual (art. 33 en la de reforma de 1944).

No cabe, pues, duda que la reforma hipotecaria de 1944 intensificó en alto grado, en materia como la que ahora interesa, la influencia del Derecho inmobiliario registral alemán, que ya inspiró a nuestra primera Ley Hipotecaria. En esto nos hallamos casi todos conformes, por lo que consideramos inútil pretender que con la reforma última nuestra legislación responde sustancialmente a un tipo legislativo de creación autóctona, salvo en ciertas modalidades que han sido tomadas de la legislación alemana y suiza. Por esto creemos no pueden ser tomadas completamente en serio las palabras de NÚÑEZ LAGOS cuando afirma que nuestro sistema, si un día fué un inmigrante alemán, hoy es ya completamente español, y que las hojas de morera germánicas son ya rica seda española (72). Esto al menos que signifique su impronta alemana actual.

Ante esta pretensión ocurre preguntar si constituye algún mal que la legislación inmobiliaria registral española pertenezca al grupo germánico. En el fondo preferimos reservarnos expresar nuestro pensamiento para el final de este estudio; pero ateniéndonos a la rea-

artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1869, que «lo que por algunos se dijo que el artículo 23 (hoy art. 32) era la Ley, lo aplican otros al artículo 34, y esto es suficiente para comprender su importancia» (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1899, II, pág. 480)

(71) *Revisión de ideas*, en esta REVISTA, 1950, pág. 321.

(72) *El Registro de la Propiedad español*, obra ya citada, en esta REVISTA, 1949, pág. 141.

lidad, no creemos que pueda sostenerse que la evolución legislativa de nuestro sistema lo haya separado, sino todo lo contrario, del tipo alemán.

Claro que ello quita alguna originalidad a nuestro sistema, pero los tipos básicos o institucionales son naturalmente limitados en su número, pues el Derecho no da para que cada legislación responda, en todos sus aspectos, a un tipo de invención o creación propia o autóctona. En alguna materia o aspecto podrá suceder así (73), pero en otras se inspirará nuestro Ordenamiento jurídico civil, con mayor o menor amplitud, en sistemas preexistentes en otros países. El prototipo será el de la legislación más caracterizada al efecto o en donde el régimen específico de creación propia se haya originado o consolidado, sin que ello pueda significar en todo caso una posición extranjerizante, sino simple elección de un tipo institucional entre los varios existentes o posibles, y contemplados independientemente de la nación que los originó y les dió nombre. Al fin y al cabo, la mayoría de legislaciones viven en gran medida de las creaciones del Derecho romano. Lo que ocurre es que cada legislación, al inspirarse en una figura jurídica de creación o perfeccionamiento ajeno, no la adopta en bloque, sino que la subsume en su Ordenamiento jurídico, adaptándola a sus tradiciones y necesidades autóctonas, comunicándole fisonomía peculiar y características propias, las cuales en nuestro actual sistema hipotecario dan lugar a una enorme lista de particularidades, que no es propio de aquí enumerar siquiera.

Pues bien, todo ello refuerza el papel radical que desempeña el artículo 32 de nuestra Ley Hipotecaria vigente, en relación al precepto que consagra el principio de fe pública registral, nuestro artículo 34, 1, en su parte primera, conforme lo demuestra hasta la saciedad el tan repetido artículo 40 de la Ley Hipotecaria, especialmente en su párrafo último, en relación con el apartado letra a) del mismo.

Por esto cuando TIRSO CARRETERO propugna como primer punto del resumen de su estudio *Retornos al Código civil* (74), la conveniencia de acercarse al Derecho Hipotecario comparado, nosotros agregamos que esto es muy conveniente, pero que también lo es, con

(73) Por ejemplo, en España existen varias figuras, como la mejora en el régimen legitimario, entre muchas más, que tipifican nuestro sistema.

(74) En la página 135 de esta REVISTA, 1965.

preferencia, el estudio a fondo de nuestras propias normas legislativas.

F) Para acabar de perfilar mejor la cuestión base de este estudio no queremos dejar de tratar que el tercero hipotecario, único existente en nuestro sistema, y, por tanto, incluso el que indica el artículo 32 de la Ley Hipotecaria vigente, debe reunir todos, absolutamente todos, los requisitos o circunstancias exigidas por el artículo 34, 1, de la misma, pues el tercero hipotecario, a pesar de sostener algunos que son varios, recibe en este aspecto el mismo e idéntico tratamiento en punto a las condiciones complementarias que ha de reunir para ser tal y recibir, en consecuencia, la protección de la fe pública del Registro. Ningún tercero en nuestro sistema puede ser protegido con sólo inscribir el acto adquisitivo.

Legislativamente así lo demuestran en forma explícita el artículo 40, párrafo último, de la Ley Hipotecaria, como también el artículo 15, 4 (interpretado por el artículo 86 de su Reglamento), el artículo 36, 1, el artículo 69 y otros de la propia Ley. Pero vayamos por partes:

1. En cuanto al requisito de que el tercer adquirente haya *inscrito* su título, no existe problema.

2. Respecto del requisito de la *buena fe* en este tercer adquirente, hay que destacar que incluso los seguidores de la tesis diferencial de NÚÑEZ LAGOS no resisten en considerarlo indispensable. Ya se ha comprobado esto antes.

El Tribunal Supremo bien pronto generalizó a todo tercer adquirente le necesidad de haber adquirido de buena fe como requisito ineludible para poder beneficiarse de la protección del Registro, con plena aplicación de este criterio al caso tipo de la doble venta, hasta que tal generalización tomó cuerpo en el artículo 34, 1, por obra de la Ley de reforma hipotecaria de 1944.

Sería interminable insistir en este aspecto y reseñar las numerosas sentencias que sientan este criterio. Por esto nos limitamos a citar las más recientes referentes al caso de doble venta y análogos, como son las de 28 de junio de 1941, 22 de abril de 1952, 11 de junio de 1954, 30 de enero de 1960, 28 de marzo de 1961, 11 de mayo de 1962 y 19 de diciembre de 1964 (75).

(75) En esta última sentencia se trataba de un caso equivalente al de la doble venta, pues el propietario que había vendido una finca, cuyo comprador

Esta doctrina jurisprudencial, al imponer en los casos del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que generalmente son de doble venta, la necesidad de llenar el requisito de la buena fe al adquirente, constituye una de las varias demostraciones de que dicho precepto no concuerda con la tónica de los sistemas de transcripción, por ser la buena fe un elemento ajeno a los mismos, conforme se ha visto antes, ya que en ellos incluso se sostiene que el darle excepcional beligerancia en los casos de *concert frauduleux* desentona de las esencias puras del sistema.

Ahora bien, si la necesidad de la buena fe en el tercer adquirente es indispensable para que en la doble venta el segundo comprador que inscribió a tiempo sea protegido por el Registro, con mayor razón imperará en los demás supuestos (76).

3. En cuanto al requisito de la *onerosidad* exigido por el artículo 34, 1, de la Ley, no existe razón alguna para no ser aplicado a todo tercer adquirente, sobre todo si se tiene en cuenta que el ar-

no inscribió la adquisición, a pesar de ello la hipotecó, hipoteca que inscribióse.

En ella el Tribunal Supremo hace las siguientes consideraciones: que dicho titular registral no era en la realidad jurídica el verdadero titular del dominio que pretendió gravar; que si bien el tracto sucesivo quedó cumplido al tiempo de inscribirse el acto constitutivo de la hipoteca, y la adquisición del derecho real se produjo de un titular puramente formal, el acreedor hipotecario pudiera ser tercero frente a un determinado contenido registral, y en tal sentido podría estimarse amparado por el principio de la fe pública registral que se traduce en la presunción de exactitud del Registro; que, empero, para que la protección de dicho principio le alcance es indispensable que haya adquirido de buena fe, cual formalmente exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la que, en sentido amplio, es la ignorancia de la inexactitud registral, concretada en este caso a que el Registro da como existente una titularidad que en la realidad jurídica es inexistente; y que al evidenciar los hechos que al formalizar el contrato de hipoteca conocía el acreedor la realidad extrahipotecaria, ello le impide acogerse a la protección del principio de fe pública registral, por no tener la buena fe exigida por el citado artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

(76) Es de destacar que la jurisprudencia, al exigir el requisito de la buena fe en el tercer adquirente para que éste pueda pretender la protección del Registro, no hizo más que proclamar algo que los legisladores hipotecarios del año 1861 adoptaron, sin reflejarlo, empero, en la Ley Hipotecaria, salvo las referencias esporádicas del artículo 107, 9.º (entonces artículo 107, 10), así como en el artículo 37, al precisar el alcance de la acción pauliana respecto del subadquirente. Pero, además, en su Exposición de Motivos latía la necesidad de tal requisito.

El propio GÓMEZ DE LA SERNA, uno de los conspicuos autores de la primera Ley Hipotecaria, se muestra significativo cuando en relación al caso de doble compraventa expresa que, al no inscribirse la primera venta otorgada, este hecho pudo hacer que el segundo comprador que inscribió su título se engañase *creyendo* que no había habido enajenación alguna efectuada por el vendedor y *confiado* que el dominio de la cosa comprada existía aún en éste (obra citada, I, páginas 567 y 568).

tículo 32 de la Ley tiene mayor aplicación al supuesto de la doble venta y casos análogos que sean de carácter oneroso. El artículo 15, 4, de la propia Ley, interpretado por el artículo 86 de su Reglamento, ya hemos visto que alude a este requisito, y, sobre todo, lo mismo resulta del último párrafo del artículo 40 de la Ley, que es aquí fundamental.

El mismo LACRUZ, tan entusiasmado, en una primera fase, con la tesis dualista, sostiene que la onerosidad es circunstancia también exigible cuando el adquirente resulta protegido en virtud del artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

En suma, es una línea general de nuestro sistema de fe pública registral esta de limitar su protección al tercer adquirente por negocio jurídico a título oneroso. Y no creemos sea fundada cualquier oposición a este respecto.

4. Y, por último, en lo que atañe al requisito de que el tercero *adquiera del titular registral del derecho* correspondiente, según se ha visto, ello resulta del artículo 69 de la propia Ley Hipotecaria y de la propia lógica del requisito de la buena fe del tercero, en cuanto éste ha de adquirir, para ello, *confiado* en el contenido del Registro, de suerte que cuando este contenido sea negativo no podrá en rigor actuar la fe pública registral.

Algunas sentencias dan pie para lo que aquí sostenemos. Tales son, entre otras, las de 10 de diciembre de 1951, 6 de diciembre de 1962 y 12 de diciembre de 1963. Podrá oponerse a ello que algunas de tales sentencias se limitan a negar la condición de tercero hipotecario al que adquirió del inmatriculante en tanto no hayan transcurrido, en su caso, los dos años que señala el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, pero sin que ello presuponga la necesidad de que la finca se halle inmatriculada; pero esto no es cierto, pues ello podría alegarse en cuanto a los adquirentes del inmatriculante, mas este último, es decir, el propio inmatriculante, nunca podrá valerse de su condición de tercero hipotecario, porque al ser un inmatriculante le falta el requisito que consideramos aquí indispensable para ser protegido.

Por esto JERÓNIMO GONZÁLEZ, que no distingue entre los artículos 32 y 34 de la Ley a los efectos de la fe pública del Registro, afirma que para concretar tales efectos precisa examinar separadamente las inscripciones primeras de dominio, de títulos en sentido tradi-

cional, y las *segundas* que colocan al *tercero* bajo la protección del sistema (77).

* * *

Y damos fin a este estudio, no sin dejar de referirnos a lo antes enunciado, esto es: ¿ha sido acertado que nuestra legislación hipotecaria se inspirase más bien en los sistemas germánicos de Registro, y evolucionase hasta adoptar plenamente el principio de fe pública registral de tipo alemán, en lo sustancial? ¿Constituye verdaderamente el sistema alemán un progreso sobre la materia?

Si hacemos caso de FERRI la contestación ha de ser negativa. Según este autor, son muchos los que contemplan los sistemas de tipo germánico como modelo a imitar y ejemplo a seguir. Pero creemos —dice— que muchos no se dan cuenta de que tales sistemas, aunque adoptados en países progresivos y experimentados en colonias y nuevos continentes, corresponden a un estadio histórico más atrasado, respecto de los cuales el sistema de transcripción representa una superación. Desde un amplio punto de vista dicho autor dice que aquellos países germánicos todavía se hallan anclados en la distinción entre *titulus* y *modus acquirendi*. El contrato no produce efectos reales. La máxima de libertad y simplicidad en la circulación jurídica de la riqueza inmobiliaria, que Francia ha conseguido por el poderoso impulso de la revolución, es todavía una meta que en aquellos otros países aún no ha sido lograda. Sea porque es poco sentida y no responde a las costumbres de aquellos pueblos, en los cuales el comercio inmobiliario se halla encadenado a una disciplina que, si da seguridad, no contribuye ciertamente a la rapidez y celeridad de la contratación, la registración es el último anillo de una cadena que debe seguirse para conseguir el resultado de la transferencia de la propiedad, que en los Ordenamientos fundados en la transcripción se consigue con el simple acuerdo de las partes.

En los sistemas de tipo latino—prosigue dicho autor—se ha preocupado de no turbar esta celeridad y rapidez de contratación para el logro de efectos jurídicos. La transcripción no estorba, no retarda... Sólo interviene para hacer oponible un negocio a terceros. No impide su falta la transferencia; sólo confiere al tercero el poder de

(77) *Estudios*, I, pág. 375.

excepcionar el defecto de transcripción. Donde no se hallan en juego intereses de terceros a tutelar, la transcripción se retira y deja el campo libre. En los sistemas de tipo germánico, el objetivo que el legislador se propone... no es, por lo menos principalmente, la tutela de terceros, pues predispone de medios que van más allá de dicho mismo fin... En tales países parece que el legislador no se halla preocupado en facilitar el comercio inmobiliario, sino más bien de frenarlo. Todo ello es producto de una mentalidad conservadora, paternalista, que no parece que pueda implicar un progreso respecto del sistema franco-italiano, por lo menos si se entiende por progreso lo que persigue la adopción de formas siempre más libres.

Por último, el mismo autor destaca que para darse cuenta de la pesadez del sistema alemán, basta tener presente la serie de negocios y actos jurídicos que precisa cumplir en él para lograr la transferencia de la propiedad inmueble. Por eso en Alemania—dice—no todos están convencidos de la superioridad de su sistema respecto del franco-italiano, como lo demuestra el hecho de que la Comisión para la reforma del libro fundiario alemán haya tenido de tomar posiciones frente una corriente que propugna la mitigación del principio que atribuye carácter constitutivo a la inscripción, en el sentido de hacer de ella, no un requisito absoluto de eficacia (incluso en las relaciones entre partes) del acto de disposición, sino un simple presupuesto de eficacia ante terceros, etc. (78).

Pero estas palabras de FERRI, por significativas que sean, no siempre penetran en lo que en este estudio es fundamental: la protección de terceros adquirentes mediante la fe pública del Registro. No cabe duda que el sistema alemán inmobiliario ofrece aspectos complejos y adolece de puntos vulnerables, de los que hasta el presente nos hemos librado en España, a pesar, por ejemplo, de cierta corriente doctrinal que ve una panacea en la inscripción constitutiva. Pero en cuanto a lo que ha sido objeto básico de este estudio, estamos convencidos de la bondad de nuestro sistema de fe pública registral, aunque deba perfeccionarse su formulación legislativa, y, en general, de nuestra legislación inmobiliaria, por bien que ésta requiera serias reformas para perfeccionarla aún más y, sobre todo, en la legislación restante íntimamente relacionada con ella.

Por esto hay que reconocer que nuestro sistema inmobiliario de

(78) Obra citada, págs. 6 y sigs

Registro adolece de defectos. Los hay de varias clases: algunos corregibles legislativamente de un modo directo y otros más bien son de *modus operandi* (79). Pero todos estos defectos no tienen por causa decisiva el principio de fe pública registral.

* * *

Y con esto damos por concluso el estudio del problema de la relación que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria guarda con el artículo 34 de la misma.

RAMÓN M.^a ROCA SASTRE.

Notario de Barcelona y
Registrador de la Propiedad.

(79) Sea por la fuerte interferencia fiscal, que retrasa el despacho de los documentos que contienen actos inscribibles sujetos a los impuestos de transmisiones y de sucesiones (principalmente debido a no atenerse a valores oficialmente preestablecidos y, sobre todo, en las capitales de provincia), sea por otras causas distintas a ésta, la excesiva lentitud en dicho despacho es evidente desde que los títulos se otorgaron hasta que los mismos puedan ser entregados a los interesados, conclusos de tales impuesto y de inscripción. Indiscutiblemente esto no redundará en prestigio de nuestra institución, y quienes como los extranjeros (cuya contratación inmobiliaria se ha intensificado tanto estos tiempos), pueden comparar con la rapidez de tal despacho en sus países, sean de sistema de transcripción o de fe pública registral, o como los españoles conocedores de ello, no pueden menos que extrañar tal diferencia.

La cambial agraria ⁽¹⁾

Conferencia pronunciada el 4 de mayo de 1965 en el acto de clausura del curso sobre cuestiones agrarias organizado por el Centro de Estudios Hipotecarios y la Asociación Española de Derecho Agrario en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

SUMARIO: El descrédito del crédito territorial. La banca y la agricultura. El crédito agrícola. La letra de cambio. Privilegios y ventajas de la cambial agraria. Hipoteca cambiaria. La cédula hipotecaria y el *warrant* agrícola. La cambial agraria italiana. Normas para una regulación de la cambial agraria en España: 1.º Carácter. 2.º Titular cambiario. 3.º Librado. 4.º Privilegios anejos. 5.º Garantías reales. 6.º Renovación de la letra. 7.º Forma. Medidas de fomento.

EL DESCREDITO DEL CREDITO TERRITORIAL

Vamos a tratar de una figura nueva en nuestro Derecho, tanto que ni siquiera ha nacido. Incluso es dudoso que esté concebida. Y para llegar a ella nada mejor que remontarnos a su progenie: el crédito agrícola, la cambial ordinaria, hasta alcanzar, más allá del siglo de antigüedad, a un abuelo que dió mucho que hablar en sus años mozos: el crédito territorial. Aunque en realidad no sea su juventud lo que se desarrolla en el mil ochocientos y pico, sino una de sus reencarnaciones: la última hasta la hora presente.

El pobre crédito territorial estaba desacreditado. Pues la titularidad de la tierra carecía de seguridad jurídica para aceptarla como garantía bastante; el propietario tenía siempre las espaldas en pe-

(1) Esta REVISTA agradece mucho al C. E. H. y a la A. E. D. A. las facilidades que han dado para que esta conferencia pueda ser publicada.

ligro de descubierto, de ahí que el acreedor no confiara en un respaldo, en un apoyo, en una garantía que en cualquier momento podía desaparecer. Había que conseguir esa seguridad para que se desarrollara limpio y sano, libre de trabas y llagas, de simulaciones y usura. A ello acudió la reforma inmobiliaria, la fundamental Ley de 1861, uno de cuyos motores, el principal, era esta revalorización del crédito territorial.

El crédito estaba acreditado. Para el acreedor, sí, pero pronto dejó de estarlo para el deudor. Pues el cúmulo de gastos que sobre él recaían iba haciendo cada día más gravosa la consecución del préstamo. Honorarios de Notario y de Registrador por partida doble: constituir y cancelar; el interés a pagar que evoluciona en cuantía ascendente; el impuesto de derechos reales y el del timbre, hoy refundidos y también crecientes; el impuesto de utilidades, hoy rentas del capital, del que el legislador quiso salvarlo con una disposición tan ingenua como la de prohibir que se hiciera cargo de él; en ciertas zonas y en muchos casos la intervención de los corredores de fincas, titulares o aficionados, pero cobrando y bien... No quiero dar cifras, en la experiencia y el conocimiento de todos está lo gravosos que resultan para el labrador estos préstamos, siempre además con la amenaza del desastre, de la mala cosecha, o simplemente de la enfermedad o de las complicaciones familiares que desnivelen el presupuesto hogareño. Si el crédito territorial se acreditó por su garantía, se desacredita por su coste. Y la situación es, como antes, aunque no tan extrema y por causas inversas, la de desamparo del deudor.

LA BANCA Y LA AGRICULTURA

Al tiempo que se perfecciona el sistema inmobiliario, una institución crece y se desarrolla de tal forma que trastoca por completo al mundo del crédito: la Banca privada. La Banca parece que debiera mimar y atender al cliente seguro, al que le ofrece garantías firmes, inmutables, aquel que en sus operaciones sólo corre unos riesgos siempre previsibles para determinados periodos. El Banco debe confiar en el propietario agrícola. Y confía, sí, pero no le ayuda; ¿por qué? Porque el Banco quiere ganar dinero y lo gana

con el propio movimiento de éste. El agricultor deja muertos sus ahorros o inmóvil su deuda hasta que la salda. El industrial mueve cuentas, divisas, pólizas, letras...; multiplica operaciones que dejan siempre un porcentaje de ganancias para el banquero. De ahí que obtenga más fácilmente crédito el creador de una nueva fábrica de tachuelas con cabeza romboidal que el transformador de un barranco zarzal en rentable chopera. La solución es lógica, tan lógica y aplastante que por este camino no puede el labrador superar la desventaja en que le coloca el planteamiento bancario de la economía.

EL CREDITO AGRICOLA

Todo esto lleva al legislador a buscar un nuevo camino. La tierra continúa siendo la madre nutricia de los pueblos, pero su explotación es una actividad que se desprestigia frente a las demás actividades económicas y en proporción al desarrollo de la economía nacional. Así es de curioso y paradójico: a más desarrollo, más desvalorización de la agricultura.

Entonces el Estado se encuentra con la misión de salvarla y se preocupa del crédito agrícola. Ya no estamos ante el crédito calificado por su garantía: inmueble, territorial, sino por su finalidad: agrícola. La agricultura precisa crédito, y como en libre competencia con el comercio y la industria, es *desbancada*, el legislador asume la misión de fomentar aquél, llevándolo a cabo por diversos medios:

- a) Desde el campo del Derecho público, creando instituciones con tal dedicación.
- b) En el Derecho privado, regulando nuevas figuras o desarrollando en régimen protector las ya existentes.
- c) En ambos, híbrida o conjuntamente, fomentando, premiando, imponiendo, beneficiando y, en suma, protegiendo toda persona, institución o figura que al desarrollo del crédito agrícola contribuya.

LA LETRA DE CAMBIO

Una de las instituciones jurídicas que de más arraigo goza en el campo financiero es la letra de cambio. Medio el más idóneo para la operación pronta y sencilla, rápida y transitoria. Tanto por las seguridades y facilidades que su ordenamiento proporciona, como por las que psicológicamente brotan de su solera en el campo mercantil.

Quizá este mercantilismo congénito de la cambial ha hecho recusar su empleo en las operaciones financieras agrarias. Pues la rapidez del tráfico mercantil, al configurarla como de vencimiento pronto, como crédito a corto plazo, no armoniza con las necesidades económicas del agricultor, que, cuando menos, van de cosecha a cosecha. Además, su movilidad tampoco es muy acorde con el estatismo de la economía agrícola.

Pero estas contraposiciones no son suficientes para, sin más, rechazar el empleo de la cambial en el crédito agrario. Por una parte, el concepto de la explotación agrícola, como consecuencia de los medios empleados y de la lucha por el mercado para sus productos, va cada día tomando un matiz empresarial que la aproxima a la explotación industrial o comercial. Y por otra, la comunicación entre las puras figuras civiles y las mercantiles, muchas veces por obra de una ósmosis administrativa, al intensificarse aproxima campos y borra lindes, extendiendo de uno a otro lo que ya está experimentado como bueno. Si una figura, una institución cualquiera ha prestado y presta innegables servicios a un cierto sector económico habiendo contrastado en él su eficacia, el interés del jurista en aplicarla a otros no es sólo lógico, sino incluso obligado por su propia misión.

Y este es nuestro caso: de la eficacia de la letra de cambio en la industria y en el comercio, de su contribución al desarrollo de estos sectores de la economía, nadie puede dudar; pensar en hacerle cumplir una misión similar en la agricultura es la natural consecuencia.

PRIVILEGIOS Y VENTAJAS DE LA CAMBIAL AGRARIA

En dos puntos motores se centra la fuerza expansiva de la cambial mercantil, motivo del uso y abuso de la misma: la incorporación del crédito a un documento de transmisión supersencilla y la abstracción del negocio que motiva su libramiento, de la causa que puede producir excepciones y dilaciones a la pretensión de cobro. De ellos brota la fuerza y el auge de la figura.

A lo que se une otra característica fundamental: la equiparación de la letra en materia de ejecución al documento público, aunque no reúna las características del mismo ni conceptualmente pueda equipararse a él. Así, la letra es título de ejecución privilegiada (artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que permite a su titular acudir directamente al proceso ejecutivo; si bien esta equiparación no se produzca al regular la prelación civil de créditos en el concurso de acreedores y sólo en la quiebra cuando hubiere intervenido Agente o Corredor.

Pero un privilegio real sobre los bienes del librado no se deriva nunca de la letra de cambio. Puede haberlo por razón del negocio causal que motivó su libramiento, ya sea por la finalidad del mismo—créditos refaccionarios, por ejemplo—, por concesión del legislador—determinadas operaciones de organismos oficiales de crédito—o por convenio de las partes—derechos reales de garantía—, pero viven con independencia de la cambial, tanto que para hacerlos valer habrá que apoyarse en el negocio causal con olvido de la letra, que, por sí sola, nunca puede conferir otras ventajas o privilegios que los que la Ley le reconoce por ese su especial carácter.

HIPOTECA CAMBIARIA

La cambial cuya admisión propugno debe ser eso, una simple letra de cambio, con la especialidad de gozar de determinados privilegios y ventajas en fomento de su finalidad institucional: robustecer el crédito agrícola. Pero sin desvirtuar por ello su naturaleza propia y, por tanto, sin que por su propia esencia lleve anejo o incor-

porado derecho real de garantía alguno o se la configure como título legitimador de su ejercicio.

La letra es tal letra y no cédula hipotecaria o resguardo prendario.

Sin embargo, en bien de su aceptabilidad en el mercado de dinero, es conveniente permitir e incluso facilitar que por la misma letra y no por el crédito incorporado a ella se puedan constituir garantías reales. Singularmente hipoteca inmobiliaria, ya que es el derecho de este tipo que goza de más buena fama. Pero en nuestro ordenamiento actual, ¿cabe la hipoteca cambiaria? En otro lugar hemos estudiado la cuestión y a lo entonces dicho me remito, pudiendo sintetizarlo hoy así:

Del texto de la Ley Hipotecaria se deducía por la doctrina la imposibilidad de la hipoteca cambiaria, pues ésta presupone una indeterminación registral del acreedor, ya que si bien constará en su asiento el primer tomador, los endosatarios quedan fuera, incorporándose el crédito a un documento de simplificada y extrarregistral transmisión. Lo que supone una excepción a las normas de la hipoteca ordinaria, hipoteca que requiere la existencia de tres elementos determinados: el titular, el crédito y la finca. Y la excepción sólo se admite cuando la Ley la reconoce, reconocimiento que en nuestro caso se concreta a un supuesto único y especial: emisión masiva de títulos valores, garantizables por la hipoteca regulada en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria.

Pero este silencio del legislador, que por omisión parece recusar la hipoteca cambiaria, se rompe con la Ley de 16 de diciembre de 1954, permitiendo en su artículo 7.º la constitución de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento en garantía de letras de cambio, remitiéndose luego a los requisitos que establece dicho artículo 154 sobre la hipoteca inmobiliaria. No estamos ante una hipoteca de máximo, sino ante un tipo especial: hipoteca en garantía de títulos valores, cuyas disposiciones son aplicables a la hipoteca por un título endosable singular, por la letra de cambio. Y si este subtipo de hipoteca se admite para formas de garantía más inseguras, como son la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento; no debe negarse a la garantía real más perfecta, la hipoteca inmobiliaria, más cuando es un precepto de ésta el que por aquéllos se invoca para su regulación.

Afirmaba entonces que la hipoteca debía constituirse en escritura pública, con inscripción en el Registro de la Propiedad, a favor de quien fuere en su día el tenedor legítimo de la cambial, testimoniada en la situación en que se hallare al otorgarse aquélla. Sin que presentara ningún problema grave, salvo si por garantizarse también la renovación se ejecutare la hipoteca con la nueva letra, ya que en tal caso se está ante un título que no consta en el Registro. Y con apoyo de lo que la Dirección General ha dicho en algún caso (resolución de 16 de junio de 1936), admitiendo la certificación bancaria para acreditar el saldo de una hipoteca de máximo, y hoy por analogía con lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria sobre la justificación del saldo en la hipoteca por cuentas corrientes, decía y digo, que esta certificación debe reputarse bastante para probar que la letra nueva es renovación de aquella por la que se constituyó la garantía y, por tanto, acompañadas ambas—letra y certificación—por la escritura constitutiva, título bastante para la ejecución. Quedando en alto el problema cuando no se aportare certificación probatoria bancaria.

LA CEDULA HIPOTECARIA Y EL «WARRANT» AGRICOLA

En busca de medios para fomentar el crédito agrícola, cabría estudiar la cédula hipotecaria, título legitimador de un crédito hipotecariamente garantizado, transmisible por simple endoso. Esto es, no se incorpora la hipoteca al título, pues tal derecho nace y existe en el Registro, sino que se facilita enormemente la transmisión del crédito y su realización, al quedar legitimado el titular por el endoso a su favor. Cédula—más técnicamente hipoteca de cédula—distinta de las cédulas hipotecarias emitidas por Bancos y organismos de crédito territorial, lejanas del supuesto que nos ocupa y que en España son monopolio del Banco Hipotecario.

Pero este problema no es de crédito agrícola, sino de crédito territorial. Que si por un lado exigiría una importante alteración en nuestro sistema inmobiliario (aunque con la hipoteca en garantía de obligaciones estamos ya ante una forma especial de cédula hipotecaria), por otro se quedaría corto ante nuestras pretensiones, que

son las de facilitar el crédito por la cambial agraria sin necesidad de hipoteca, pero sin cerrar tampoco el paso a la misma por su vía normal, en su faceta de hipoteca cambiaria.

En cuanto a los *warrants*, introducidos en España por el Real Decreto de 22 de septiembre de 1917, al referirse a bienes depositados en Cajas rurales y Sindicatos agrícolas, aparte de sus aplicaciones industriales, tienen mayor conexión con nuestro tema. Pero se trata también de unas «cédulas prendarias» representativas de un crédito garantizado con un *pignus* sin desplazamiento, que para nuestra finalidad presenta interés como un posible derecho más de garantía por la cambial. Con la peculiaridad de que se trata de asegurar con bienes que han salido del predio productor, por lo que no puede surgir colisión entre el privilegio de la cambial y el derecho real del *warrant*.

LA CAMBIAL AGRARIA ITALIANA

Donde hay buena solera cabe fermentar buenos caldos. Y esto sucede en el Derecho privado italiano, campo perenne de experiencias, con injertos y brotes que la técnica de sus cultivadores impulsa y desarrolla en continuo magisterio. Que ahora, para nuestro caso, nos puede servir de espejo y contraste. Sucintamente vamos a exponer lo que sobre la cambial agraria nos enseña, cambial creada por el Real Decreto-Ley de 29 de julio de 1927, modificado y convertido en la Ley de 5 de julio de 1928, y cuyo Reglamento continúa siendo el precedente de 23 de enero de este mismo año.

El artículo 6.º de dicha Ley dispone que el préstamo para operaciones de crédito agrario de ejercicio se efectuará mediante descuento de la cambial agraria y que los referentes a operaciones de mejora podrán serlo también, en determinadas condiciones, en uso de este título. Por operaciones de ejercicio se entienden aquellas cuya finalidad es atender a la explotación ordinaria del fundo, incluso compra de aperos, máquinas y animales, considerándose como de mejora las que tienen por objeto un cambio fundamental en dicha explotación o en el inmueble, tales como plantaciones, construcciones, regulación de terrenos, electrificación, transformaciones en regadío, etcétera, hasta, en ciertos casos, compra de terrenos y montaje de fábricas.

Como requisitos especiales, el artículo 7.º dispone que la cambial agraria debe expresar la causa del préstamo, la finca para la cual se concede o el lugar en que se encuentran los productos a utilizar, transformar o conservar o en que se custodien los animales, máquinas y aperos, y la garantía que asiste al préstamo, con indicación de los extremos relativos al acto de constitución de privilegios convencionales o prenda, disponiendo el Reglamento que debe indicarse la especie y cantidad de los productos pignorados. Y se permite la aceptación por analfabetos de letras inferiores a 100.000 liras, con intervención de dos testigos y autenticación pública de la firma de éstos.

Pues bien, esta regulación ha motivado dudas y controversias en puntos fundamentales, que nos pueden servir como ejemplo y medida en nuestro futuro hacer. Puntos que principalmente son tres: naturaleza causal o abstracta del negocio cambiario, posibilidad de plena renovación de la cambial y transmisión con la letra de los privilegios inherentes al crédito que contiene.

En cuanto al primero de ellos, ciertos aspectos de la reglamentación legal parecen alterar el reconocido carácter abstracto de la letra de cambio ordinaria o mercantil, dándole naturaleza causal cuando de la cambial agraria se trata. Así, fundamentalmente, la necesidad de expresar en ella la causa del crédito, unido a la íntima conexión que en los textos se establece entre la letra y el negocio causal, incluso regulando en ciertos casos la disponibilidad de los fondos obtenidos en una cuenta corriente y en función del cumplimiento de los planes técnicos y financieros en base de los cuales se concedió el crédito (art. 15 del Reglamento).

Prima facie parece que tal constancia impide que el negocio cambiario devenga abstracto, ya que la abstracción no se puede producir frente a una expresión de la causa. En este sentido se han pronunciado los tribunales en muchos casos. Pero las opiniones contrarias son también convincentes. CARRARA, por citar una figura señera, estima que la indicación del negocio fundamental o causal en la cambial agraria no surte el efecto de vincular el negocio cambiario al cumplimiento de la obligación resultante de aquel convenio y, por tanto, no se altera la abstracción del negocio cambiario. No se subordina—insiste—el cumplimiento de la obligación cambiaria a la observancia de los pactos del negocio fundamental, sino que se trata de una mera indicación de causa y de la garantía: el negocio cambiario

continúa igual, abstracto; la cambial agraria es una verdadera cambial.

La cuestión, en verdad, es difícil. Por ello, *lege ferenda*, lo mejor será orillarla desde el propio texto legal, de forma que la letra de cambio agraria goce de las ventajas mismas de la común y ordinaria, para lo que precisa del reconocimiento indubitado de su carácter abstracto.

En cuanto a la renovación de la letra tampoco las aguas están claras sobre si la nueva cambial ocupa el lugar de la antigua, con sus privilegios y garantías, o es una letra nueva que no goza de las ventajas de aquélla. En pro de la tesis negativa se aduce que la cambial agraria se libra por una causa contemporánea a su nacimiento, la de proporcionar dinero para la explotación o mejora de la finca o empresa, mientras que su renovación tiende a poder atender al pago de lo que por aquella causa se debe, no a la inversión directa que la letra inicial renovó; luego su naturaleza no es la misma. Discutible la interpretación de los textos vigentes, no lo es la conveniencia de equiparar la letra nueva a la renovada en todas sus consecuencias, y en este sentido se ha pronunciado el Consejo de la Asociación Nacional de Institutos de Crédito Agrario, proponiendo la pertinente reforma legal.

Y por lo que respecta al endoso de la letra, con referencia a los privilegios inherentes a ella, la solución sobre si se produce o no la transmisión de éstos al nuevo poseedor, viene determinada también por su carácter. Pues de aceptar el negocio cambiario como abstracto, la letra se transmite tal como está configurada con los privilegios y garantías en ella determinados o que la Ley le atribuya. Pero si la mantenemos siempre en dependencia del negocio fundamental, los privilegios pueden considerarse unidos a éste y, por tanto, no transmisibles con la simple cesión del crédito por el endoso de aquélla.

Finalmente, quiero hacer observar que la cambial agraria está concebida en Italia como un título para operaciones con o entre Institutos de crédito agrario y no como un subtipo de la cambial ordinaria con pleno desenvolvimiento en el campo bancario y mercantil. Y que por razón de su nacimiento—crédito del Instituto contra el agricultor por el préstamo que éste reconoce por la cambial—se estima que la forma que debe adoptar no es la de la propia letra de cambio, sino la del pagaré o vale cambiario. La letra se caracteriza

por ser una orden de pago con triple referencia personal: librador, tomador y librado, en la cual el reconocimiento de la deuda por éste sólo se produce por su aceptación, que une a la orden de pago del librador una promesa de pago, la del librado; mientras que el pagaré o vale cambiario nace con sólo una doble referencia personal: el propio creador del mismo que con su firma se obliga al pago y el destinatario de su promesa, a quien o a cuya orden se abonará el importe de esta cambial.

NORMAS PARA UNA REGULACION DE LA CAMBIAL AGRARIA EN ESPAÑA

Que sepamos, nada se ha intentado hasta ahora en nuestra patria para implantar una letra de cambio agraria. Pues si me he enterado de la existencia de un proyecto de anteproyecto, se lleva con tanto sigilo y secreto que a los de provincias nos llega la noticia tan, tan calladita, que ni a oír la alcanzamos. Por fuerza, pues—por ignorancia, claro—, habré de omitir toda referencia a él y sentar, como en tierra virgen, ideas propias sobre la posible regulación de esta cambial:

1.º *Carácter.*

Como norma fundamental la cambial agraria no debe ser considerada como una figura nueva, como un nuevo título valor distinto de la letra de cambio corriente, sino simplemente como un subtipo de ésta caracterizado por una protección especial que no altera su naturaleza en lo más mínimo.

En consecuencia, el negocio cambiario debe reputarse abstracto del mismo modo que lo fuere en la cambial ordinaria, por lo que a la pretensión de pago del tenedor de la letra, extraño al negocio causal, no se podrán oponer otras excepciones que las derivadas del propio título y nunca las que provengan de este negocio. No entramos en el problema de si esta salvaguarda debe conferirse a todo titular cambiario y, por tanto, también a aquel que lo es por ser parte en el negocio causal o por sucederle por título extracambiario, o bien si fren-

te a éstos podrá el aceptante oponerse a su acción amparándose en el negocio causal que les afecta. Pues se trata de una cuestión propia de la naturaleza específica—la que tenga o la que en el futuro se le confiera—de la letra de cambio en general y no del tipo especial que contemplamos, que por tener la misma que la letra madre le serán aplicables idénticas soluciones. La cambial agraria es letra de cambio: lo que en el futuro se resuelva, interprete o legisle respecto a ésta, a aquélla afectará.

La especialidad estriba en que en ella consta la finalidad del crédito que motivó su emisión, la causa del negocio en sentido subjetivo, mención necesaria para que la letra goce de los privilegios pertinentes que a su vez motivan y justifican la regulación legal que de este tipo propugnamos.

No creo que por tal expresión se altere el carácter abstracto de la letra y haya posibilidad de oponer excepciones extracambiarias a su tenedor, que es el punto clave en la problemática de su efectividad. Si la letra canta el destino que a la cantidad que representa debe dar el aceptante, no por ello se le incorpora el negocio causal, ni siquiera refleja con exactitud la causa y tipo del contrato: así, en caso de letra girada para la adquisición de determinados bienes, no se sabe si se hizo por el préstamo concedido a tal fin o como precio aplazado de la venta. Pero aunque por tales expresiones se deduzca cuál es el contrato causal, ni está reflejado por completo ni la referencia de destino del capital quiera hacerse en regresión, como reflejo del negocio precedente, sino en avance, como base del privilegio en que apoyarse. Y esto tanto con relación al librador como a los sucesivos tenedores: entre los ligados por el negocio causal, que no pueden alegar nunca desconocimiento del mismo, su expresión en la letra no alterará sus relaciones por consecuencia de una ni de otro; y respecto a los tenedores extraños a aquél, esta referencia no puede nunca entenderse como sucesión en el negocio causal ni como conocimiento del mismo que impida la abstracción de la letra. Pues en toda cambial se sabe que hubo algo que motivó su libramiento, mas como no se intervino en él, lo que se adquiere es la letra y no los derechos y obligaciones, derivadas del negocio que causó la emisión; en la agraria se conoce algo más: el destino que motivó el crédito del aceptante, fuente de privilegios, pero sin que por esto pueda tampoco justificarse una casualidad perenne en el título.

Ahora bien, acabamos de ver que en Italia tal referencia produce sus dudas, incluso la desnaturalización de la letra por la jurisprudencia al negarle carácter abstracto. Luego lo procedente sería que el legislador español aclarara que por la constancia en la cambial del destino de su importe no se alteraba en lo más mínimo su naturaleza y carácter de propia letra de cambio.

Por último, cabe decir que no existiendo en España otro tipo de cambial que la letra regulada por el Código de Comercio y pudiendo servir ésta mejor que otro título nuevo al fin de facilitar el crédito agrícola, motivo de la admisión que de la cambial agraria proponemos, siquiera sea tan sólo por su arraigo en la práctica mercantil, no tenemos por qué acudir a crear ninguna forma o subtipo especial, como el vale o pagaré cambiario italiano, que ante la mentalidad práctica de los destinatarios de esta disposición sería tanto como reconocer que la cambial agraria naciente no es letra de cambio.

2.º *Titular cambiario.*

Pueden adoptarse dos posturas extremas: que la cambial agraria sólo es título apropiado para el crédito agrícola oficial y que, por tanto, sólo podrá librarse por los organismos dedicados a ello y sólo a éstos podrá transmitirse; o bien que como toda letra de cambio cualquier persona puede librarla y devenir su titular.

No estimo procedente la restricción a los organismos oficiales. Por la propia conveniencia de éstos debe permitirse su transmisión a la Banca privada, en negociación de efectivo para no dejar capitales muertos; y por la protección del agricultor, también debiera admitirse que éste pueda acudir a cualquier establecimiento en demanda de crédito por la vía de la cambial. Pero no puede decirse lo mismo respecto a las personas naturales: los privilegios reconocidos a este título pudieran convertirlo en el camino más apropiado no ya para la perduración de la usura, sino incluso para una revitalización de tal lacra.

En resumen, debiera disponerse que de la cambial sólo puedan ser titulares, esto es, librador o tenedores, institutos u organismos oficiales de crédito, Bancos, Cajas de Ahorros y cualesquiera establecimientos de crédito o ahorro legalmente reconocidos. De este

modo se evitaría que la letra fuera un burladero para el contrato usurario, negocio causal en tal caso, y también que por el endoso pasara a manos de quien tenga interés particular en disponer de armas crediticias frente a un deudor agobiado.

3.º *Librado.*

El librado, que aceptante siempre será, pues sin su conformidad reflejada en la propia letra no nacerían los privilegios que refuerzan la posición del tenedor, puede ser quien en definitiva precise del crédito para las finalidades que esta cambial tiende a cubrir, con derecho, con titularidad suficiente para basar y apoyar en ellas dichas garantías.

En suma, puede serlo tanto el propietario como el que explote la finca o el ganado en arrendamiento o aparcería. No diría yo que sólo el empresario agrícola o ganadero, esto es, el cultivador directo, pueda librarla, pues el propietario no cultivador cabe que precise de crédito para mejoras y no debe negársele esta vía. Lo que sucederá es que la repercusión objetiva de los privilegios estará siempre en función de la titularidad del deudor, como seguidamente veremos.

4.º *Privilegios anejos.*

Tomando a la Ley italiana como ejemplo a examinar, pero no a seguir por completo, estimo que a tres tipos o finalidades pueden reducirse los motivos del crédito a reflejar en la letra y que justificarán los pertinentes privilegios:

- a) Crédito para la explotación.
- b) Crédito para la adquisición de aperos, máquinas o animales.
- c) Crédito para mejoras.

Y todos y cada uno de ellos referidos siempre a la finca agrícola o ganadera, base objetiva del privilegio. Por lo que recuso la referencia a la empresa como término último, pues lo que interesa es la constancia del sustentáculo inmobiliario, seguro e inamovible.

Cada uno de estos tres tipos tiene una preferencia especial con

relación a los bienes o beneficios logrados por el correspondiente crédito: el de explotación, a los frutos; el de mejora, sobre lo mejorado; el de compras, por lo adquirido. Pero como las mejoras y adquisiciones para la mejor explotación del fundo se realizan, también sobre los productos de éste deben tener derecho de cobro preferente. En suma, la prelación de créditos puede sintetizarse así:

1.º Sobre los frutos y cosechas pendientes o almacenados en el propio fundo o en sus dependencias al tiempo de la ejecución de la letra tiene preferencia, frente a cualquier otro crédito, el de la cambial para la explotación y después de ésta, en paridad, los de las cambiales para mejoras y adquisición de bienes.

2.º Sobre las mejoras efectuadas tiene preferencia la cambial librada por ellas frente a cualquier otro crédito, excepto el hipotecario posterior a su realización y los refaccionarios directos, esto es, no por préstamos para tales mejoras, sino por el trabajo o bienes invertidos en ellas.

3.º Y sobre los bienes adquiridos, la cambial girada para su adquisición, frente a cualquier otro crédito, salvo el de los vendedores por el precio de venta de tales bienes.

En el caso de concurrencia de dos o más cambiales del mismo tipo, su preferencia se determinaría por el orden de fechas de su emisión. Y sólo podrá atribuirse a la letra privilegio sobre los bienes de los que el librado pueda disponer; esto es, sobre las mejoras, la cambial débito del propietario de la finca, aunque también cabe la del aparcerero y arrendatario restringiendo el privilegio a su crédito por las mismas contra el propietario; sobre los frutos, la cambial del colono, sea aparcerero o arrendatario, y la del propietario cuando tuviere derecho a parte de ellos, y en todo caso tan sólo por la parte que a cada uno corresponda; y sobre los bienes adquiridos para la explotación, la letra librada por su adquirente para comprarlos.

Con estos criterios no se producirá alteración grave en la prelación ordinaria de créditos civil o mercantil, no debiendo entenderse afectados en ningún caso los créditos privilegiados de tipo social, como es el de los trabajadores por su salario. Sólo en un punto se producirá un importante cambio: en los créditos hipotecarios en cuanto la respectiva cambial agraria gozaría de preferencia con relación a los frutos y cosechas pendientes y a las mejoras efectuadas

con posterioridad a la constitución de la hipoteca. Lo que es justo, pues el acreedor hipotecario, al conceder el crédito, sólo contempla el inmueble en su estatismo y no bienes aleatorios como son los frutos y cosechas y las mejoras futuras. Razón de equidad que impide, en sentido contrario y en cuanto a las mejoras realizadas antes de la constitución de la hipoteca, posponer el crédito que ésta garantiza al de la cambial por razón de aquéllos, pues el hipotecante contempló el fundo en su estado actual, esto es integrado ya por las mejoras, y tal como estaba, en esta totalidad, lo hipotecó.

En materia de cambial por crédito para mejoras la dificultad estriba en que éstas no se pueden separar normalmente del fundo como las cosechas, los animales y las máquinas. Pero sí que cabe la separación económica, es decir, por cuotas de valor, para, en trámite de ejecución, fijar las respectivas preferencias en cada uno. Lo que requeriría una especial disposición al efecto.

El problema grave surgiría cuando sobre los frutos y cosechas pendientes o almacenadas o sobre los animales, máquinas o aperos, se hubiere constituido prenda sin desplazamiento. La mayor publicidad de esta figura, sujeta necesariamente a registro y su específico carácter de derecho real de garantía conduce a darle preferencia frente al crédito representado por la cambial agraria, con un fallo grave en el sistema.

La verdad es que la prenda agrícola sin desplazamiento poco auge ha tenido. Una sencilla estadística nos llevaría a la conclusión de que en la práctica no sólo no ha arraigado, sino que casi ni se la conoce. Luego mantener una institución muerta para que pueda entorpecer el desarrollo de la que naciera con una mayor amplitud de miras, dando lugar a que cobre vida por el tortuoso camino del fraude y la añaqaza lo que no prosperó en la recta vía para la que fué creada, es absurdo, y en una política y un sentido claro de lo que el Derecho debe ser, antijurídico. Por ello, regulándose la cambial agraria y concediéndose al crédito plasmado en ella un privilegio real sobre frutos, cosechas, máquinas y animales, lo procedente es suprimir la prenda sin desplazamiento en esta materia, ya que la cambial viene a sustituirla en un trastrueque que mejora la figura, por simplificarla y ampliarla.

De este modo, por preferencia a la extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria y por supresión de la prenda sin desplazamiento,

la posible colisión con otros derechos reales de garantía queda reducida a la prenda ordinaria y a la hipoteca mobiliaria.

La prenda ordinaria ni debe impedirse ni puede evitarse. Pues al igual que el deudor de la cambial resta su crédito desprendiéndose de los bienes por venta, podrá también minorarlo, transmitiendo su posesión en garantía. Prohibirlo sería tanto como compeler a la venta fiduciaria. Y además, seamos realistas, esta prenda poco o nada vive, y menos es de esperar que viva aún: no hay peligro por su lado.

En cuanto a la hipoteca mobiliaria, la colisión puede surgir entre el crédito de la cambial y el mejor derecho del acreedor hipotecario extraño a ella. De los diversos tipos legales de esta hipoteca—de establecimientos mercantiles, de aeronaves, de maquinaria industrial, de propiedad intelectual e industrial—ninguno puede afectar a bienes—digo—objeto de la cambial, a excepción de uno—la de automóviles y otros vehículos de motor—, y aun sólo a parte de él, pues en otra—tranvías y vagones de ferrocarril—tampoco es posible la colisión. El deudor de la cambial puede haber hipotecado aquellos bienes—camionetas, tractores, etc.—, para cuya adquisición se libró y aceptó la letra, objeto de su especial privilegio. ¿Cuál será el derecho preferente? Hemos de distinguir dos casos.

Si la letra se giró para cubrir precisamente el precio no pagado por la adquisición, la hipoteca no pudo constituirse (art. 2.º de la Ley Hipotecaria Mobiliaria), es nula, luego el privilegio vence por desaparición de su rival. Pero si el giro fué para obtener dinero con el cual comprar el vehículo, pagando por completo el precio, brota la colisión, aunque desde un punto de vista puramente económico, coincidente con una visión de estricta equidad, la solución debiera ser la misma: el crédito cambiario para comprar el vehículo, al igual que el crédito por el precio de adquisición derivado de la cambial, han de ser preferentes a la hipoteca mobiliaria posterior. Y para adecuar la Ley a tan justo resultado bastaría agregar a la lista de los bienes que no pueden ser hipotecados—que son hoy los que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados, o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho—, agregar, repito, aquellos para cuya adquisición se hubiere girado una cambial agraria aún impagada.

5.º *Garantías reales.*

Descartada la prenda sin desplazamiento de tipo agrícola por la derogación de sus preceptos reguladores que el nacimiento de la cambial agraria aconseja, nos quedan como posibles garantías convencionales de carácter real la prenda sin desplazamiento sobre otros bienes no afectos a explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias, a la que se refieren los artículos 53 y 54 de su Ley reguladora, la hipoteca mobiliaria sobre bienes destinados a aquella explotación—concretamente automóviles y vehículos de motor—o sobre cualesquiera otros de los permitidos en dicha Ley, y la hipoteca inmobiliaria. Creo que no hace falta insistir poco ni mucho para convencernos de que si alguna garantía real llega a usarse en aseguramiento de la cambial agraria, lo será, salvo algún caso raro de hipoteca sobre vehículos destinados a la explotación, la inmobiliaria constituida precisamente sobre las fincas en cuyo beneficio se gira la letra.

La vía legal, como ya hemos visto, está abierta. Algún simple retoque nos dejaría el camino expedito orillando dudas. Bastaría completar los textos fundamentales expresando que puede constituirse hipoteca en garantía de letras de cambio y de sus renovaciones, quedando acreditada como cambial agraria que sustituye a la precedente garantizada con la hipoteca por el cumplimiento en su renovación de lo determinado por el legislador para este caso. Y sería muy conveniente, por lo que debiera imponerse, la constancia en la propia letra de la garantía real que llevara aneja.

El problema práctico surge en este punto por la falta de inscripción registral de las fincas, tan frecuente aún en grandes zonas de nuestra patria, que impide, en el ordenamiento vigente, constituir hipoteca sobre ellas. Dos soluciones se nos ofrecen:

a) Una, antirregistral, que sería dar carácter de hipoteca al derecho así constituido en garantía de una cambial agraria y sobre finca no matriculada en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de conferir efectos inmatriculadores tanto a la escritura de constitución de la misma como a la de cancelación y al título de adjudicación de la finca en caso de ejecutarse la hipoteca.

b) Otra, un paso más en la corriente favorecedora de la inscripción, reconociendo como título inmatriculador a la escritura de constitución de hipoteca en garantía de una cambial agraria.

Nos inclinamos, y no por presión del auditorio, a la segunda solución apuntada. Tanto se ha facilitado ya la inscripción, en técnica jurídica digna de aplauso, que permitirle por un título que no sea de transmisión de dominio no es ningún paso grave: el escollo teórico que plantea—por la transmisión nace el título del adquirente mientras que en la hipoteca sólo se menciona el del hipotecante—en la práctica y realidad cotidianas es irrisorio. De «antiguos veintes» y hoy «doscientos cincos», todos sabemos mucho. Dar cabida a otra posibilidad de ingreso en el Registro, cuando como en este caso lo es para atender a una finalidad principal que se estima loable, será siempre bueno. Si bien los efectos de esta matrícula deben ser los normales, es decir, el acreedor no tendrá la condición de tercero hipotecario, con lo cual lo que se garantiza es la prelación y efectividad de su crédito frente al futuro y no al pasado. Otra cosa sería exagerar injustamente el resultado de una regla de «facilidad».

Finalmente diré, aunque esté ya sobreentendido, que estas garantías reales de la letra serán constituibles tanto por el librado como por cualquier otro interviniente en ella o incluso extraño a la misma, pues el hipotecante puede ser el deudor o cualquier otra persona.

6.º *Renovación de la letra.*

La letra que sustituye a la antigua no es la misma, sino un título distinto. La renovación implica un nuevo negocio causal, a su vez también distinto de aquel que motivó la emisión de la primera cambial. Luego si por razón del primigenio negocio causal se atribuyeron a la letra determinados privilegios o se constituyeron en su garantía ciertos derechos, ni unos ni otros debieran acompañar a la nueva letra, pues jurídicamente se trata de una novación completa, de una renovación plena. Luego en teoría está en lo cierto aquel sector de la doctrina italiana que estima que los privilegios de la cambial agraria se extinguen por su renovación, no acompañando a la nueva letra.

Pero si lo que se quiere es proteger a este subtipo de título-valor y fomentar su desarrollo, uno de los puntos a cuidar será que el tenedor de la cambial no vea desaparecidos los privilegios de la misma por su renovación, pues se condenaría *ab initio* esta posibilidad.

Se puede alegar que esto no interesa, ya que si por consecuencia de las disposiciones vigentes se fuerza la emisión de la letra, por lo que podríamos llamar coacción del legislador, si igualmente no se compele su renovación, la misma no se producirá. Pero con ello se olvidan dos caras importantes de la cuestión: primera, que por tal *coacción* el título forzado deviene normal y psicológicamente se produce su aceptación en el mercado en equiparación, más o menos completa, a la letra de cambio ordinaria, con todas sus consecuencias, la renovación entre ellas; segunda, que las circunstancias pueden llevar al tenedor a optar por la renovación de la letra, aunque su tenencia sea para él una obligación impuesta por la política financiera estatal. Así, dictada una moratoria temporal por circunstancias excepcionales, al Banco tenedor puede no interesarle tener muerto el crédito cambiario hasta que aquélla termine y al librado preferir la renovación por mayor plazo que la duración de su salvaguarda transitoria, compeliéndoles conjuntamente su particular conveniencia a renovar la cambial.

Una disposición expresa sobre este punto dejaría clara la cuestión: al crédito de la nueva letra se le reconocerían los mismos privilegios que acompañaban a la renovada, así como también la subsistencia de los derechos que en garantía de ésta se constituyeron, siempre, claro es, que en este último caso no se hubieren extinguido por transcurso del plazo de duración prefijado.

Respecto a los privilegios no surge problema alguno: bastaría con probar conforme a las Leyes y usos mercantiles que la letra es renovación de otra que gozaba de aquéllos para reconocérselos a la nueva. Mas en cuanto a la hipoteca cambiaria, como apuntaba en mi citado trabajo, en defecto de la certificación bancaria por no ser un Banco el tenedor de la nueva letra se precisará siempre para su ejecución que la misma esté reflejada en documento público, por imposición de los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento, lo que obligaría a que la renovación constara, cuando menos, en acta notarial.

Esta posición derivaba de considerar la hipoteca por la letra y sus renovaciones como de un especial tipo alternativo: por deuda actual—la de la letra inicial—y por obligación futura—la de pagar sus renovaciones—, pues aun cuando la obligación de pago del deudor por la cambial y sus renovaciones es una y única, la íntima conexión

del crédito y de la obligación con el título, que trae como consecuencia la de éste con la hipoteca, nos fuerza a calificar como garantía por obligación futura la constituida por una letra—la nueva nacida de la renovación—no existente al tiempo de aquella constitución.

En este punto también cabría optar entre dos caminos: 1.º Mantener la actual situación, requiriéndose para que subsista la garantía hipotecaria en las renovaciones de la letra que así se haya previsto en la escritura de constitución y que fehacientemente, por título que tenga acceso al Registro—acto notarial como más sencillo—, conste la renovación. 2.º O bien estimar el legislador que la hipoteca por la cambial agraria mientras esté vigente es derecho accesorio tanto de la letra inicial como de sus renovaciones, bastando para probar éstas un medio que ofrezca garantía sin salir del campo mercantil que le es propio. Para lo cual propugnamos que en la nueva letra se extienda la oportuna nota de referencia a la antigua, con expresión de su renovación, por el Instituto Oficial de crédito o el establecimiento tenedor legítimo de la letra renovada. Pues por la suficiente garantía económica que uno y otro ofrecen, dada la regulación actual de tales institutos y establecimientos—Bancos y Cajas de Ahorro—, con su intervención responsable debiera bastar.

7.º *Forma.*

De todo lo antedicho se desprende cuáles debieran ser los requisitos formales de este tipo de letra, consecuencia necesaria de los presupuestos sentados:

a) Es una verdadera letra de cambio, luego su formato ha de ser el mismo general, con igual redacción e indicaciones.

b) Pero la finalidad que atiende la reviste de ventajas y privilegios, determinados éstos en función de aquélla, por lo cual deberá expresarse su especial categoría de «letra de cambio agraria», la finalidad—explotación, mejora o adquisición de bienes—que su emisión tienda a cumplir y el fundo en la que se objetiviza. Todo lo cual puede plasmarse en un corto inciso en la redacción ordinaria.

c) La constitución de un derecho real en su garantía debería constar al dorso por una nota de referencia extendida por el Notario autorizante de la pertinente escritura, a la que puede acompañar otra

del Registro, reseñando su inscripción. Para el tráfico mercantil es conveniente que sea el Notario quien ponga la nota, pues la letra se emitirá normalmente al tiempo que la hipoteca se constituye en la escritura, sin perjuicio de que el tenedor recabe luego la nota registral que pruebe el buen término del proceso constitutivo.

d) En caso de renovación, la nueva letra no ha de ser una reproducción aplazada de la antigua, si bien ciertos datos han de continuar igual. Así, subsiste su carácter de cambial agraria y, por tanto, también su nomenclatura como tal y la finalidad que atiende, que es la misma que motivó su emisión, pues prolongar el plazo de vigencia de aquel crédito es lo que por la renovación se pretende. El librado aceptante es el mismo y no debe alterarse la indicación de su domicilio en caso de haber constituido garantía real por la letra para que no haya colisión entre ésta y el título constitutivo de aquélla.

Su fecha necesariamente será otra, la de la renovación, y por fuerza otro también su vencimiento. Puede ser distinto el librador, ya que la renovación la llevará a cabo como acreedor el que fuere en tal momento tenedor legítimo de la cambial renovada. Y, finalmente, el importe de la nueva cambial será igual o menor que el de la antigua, pues en ambos casos es aquél o parte de aquél, pero nunca mayor, ya que excedería del límite cuantitativamente fijado para subvenir a la finalidad que motivó su nacimiento.

Y la letra nueva deberá llevar al dorso lo que podríamos llamar cajetín de renovación, extendido por el Instituto de crédito o Banco que fuere el tenedor legítimo de la letra renovada y con relación suficiente de la misma, bastando expresar de aquélla su librador, fecha y vencimiento e importe. Si se hubiere producido más de una renovación, esta relación deberá hacerse en cadena respecto a todas las letras que desde la primera conduzcan a la última emitida.

MEDIDAS DE FOMENTO

Pero si asentamos los pies en tierra con firmeza, sin sueños ni espejismos, forzosamente habremos de concluir diciendo que si a esta aceptación de la cambial agraria por el legislador no la acompañan normas que la fomenten, una vez más el texto oficial quedará en papel mojado, siquiera sea por la tinta de imprenta de la

madrileña Gaceta. Si se estima que la letra de cambio puede jugar una baza favorable al crédito agrícola, su viabilidad ha de ser cuidada por la propia Administración, mediante normas y disposiciones que faciliten su nacimiento y desarrollo, cual podrían ser las siguientes:

a) Permitir, e incluso imponer respecto a algún tipo, que los préstamos del Banco de Crédito Agrícola, Cajas Rurales y demás entidades que por su propio fin o por delegación de los organismos oficiales actúen en este sector, se concedan por descuento de cambiales agrarias a tal fin emitidas. Con lo que se evita que para el acreedor quede muerto el capital prestado, pues por el endoso de la letra se reintegraría del mismo antes del vencimiento.

b) Reducir, hasta la exención total si así estima conveniente, los impuestos que graven la operación de crédito formalizada por cambial agraria, incluso los de los derechos reales que la garanticen.

c) Obligar a la Banca oficial, a la privada y a las Cajas de Ahorros que inviertan en cambiales agrarias parte de los capitales destinados a operaciones crediticias en la proporción y forma que aconsejen por una parte las circunstancias del momento y por otra el distinto carácter y fines de los organismos prestamistas.

d) Y, por último, dictar normas adecuadas sobre el descuento de estas letras de cambio, confiriéndoles un plazo mayor para su vencimiento que el corriente de los noventa días, a fin de disminuir el número de renovaciones. Lo que, por otra parte, exige y requiere que para estos efectos se ordene una línea especial de redescuento en el Banco de España, de modo similar a las ya creadas para otros tipos de crédito.

JOAQUÍN SAPENA,
Notario de Valencia.

Caución y proceso cautelar en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria (*)

A María Jesús y nuestras hijas.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN (Importancia del artículo 41. Su alcance y eficacia). II. «CAUCIÓN» Y «PROCESO CAUTELAR»: A) *Protección del Ordenamiento jurídico*: a) Medidas de garantía y conservativas extraprocesales. b) Medidas de garantía y conservativas procesales: «Cauciones procesales»: 1. Concepto. 2. Clases: a') substantivas. b') Adjetivas. B) *Naturaleza jurídica de la «caución procesal»*: a) Su función. b) Posiciones doctrinales: 1. Identificativas. 2. De separación: Concreción definitiva. «Proceso cautelar» y «caución procesal» como entidades independientes. C) *Diferenciación entre «proceso cautelar» y «caución procesal»*: 1. Por su naturaleza. 2. Por su función. 3. Por sus fines. III. EFICACIA DE LA «CAUCIÓN PROCESAL» EN ORDEN AL SUJETO PASIVO DE LA RELACIÓN: A) *Diferencias entre «caución» y «proceso cautelar» de tipo formal*: 1. Por su actualización: a) Acción cautelar. b) Simple petición. 2. Por su materialización: a) En orden a la forma. b) En orden a su formulación. 3. Por la intervención del demandado. 4. Por su eficacia. B) *Exigibilidad de la caución: Consecuencias*. C) *Construcción conclusiva*: a) Interpretación de la norma sexta del artículo 137 del Reglamento: Noción del «arbitrio judicial». b) Conclusión.

I

La armónica conjugación de los principios de legitimación y publicidad registral han tenido su plasmación más genuina en el procedimiento regulado por los artículos 41 de la Ley Hipotecaria y 137

(*) Examinamos un aspecto parcial de los problemas jurídico-procesales que se derivan de la «caución» regulada por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, dejando para otra oportunidad el estudio de otra serie de cuestiones que se suscitan.

de su Reglamento. La efectividad de los derechos reales alcanza su más fecunda realidad a través de ese procedimiento, tendente a la eficaz reintegración posesoria del titular inscrito.

La importancia alcanzada por el proceso regulado en el artículo 41 ha sido extraordinaria (1), abundando la literatura jurídica elaborada, en torno al mismo, por hipotecaristas y procesalistas (2), que se han proyectado en diversos aspectos y tratado distintos problemas planteados por dicho artículo (3). Pero si ha proliferado de modo exorbitante los comentarios y estudios realizados en casi to-

(1) R. DE LA RICA, en *Comentario al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I. año 1948, pág. 91, dice que «... raro es el Juzgado de Primera Instancia en que no se tramitan asuntos de esta índole». La experiencia nos ha demostrado la realidad de tal aserto. Vid., asimismo, ENRIQUEZ LÓPEZ: *El proceso de ejecución de las acciones reales*, en esta REVISTA, 1946, págs. 244 a 253.

(2) RODRÍGUEZ-SOLANO: *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*. Bosch, 1953, Barcelona; SALAMERO CARDO: *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Nereo-Barcelona, 1963; DE LA CONCHA: *Cuestiones procesales que plantea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en «Rev. Gra. D.^{ca}», 1949, págs. 469 a 473; LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 2.^a edición, Zaragoza, 1957, páginas 216 y sigs.; HERCE QUEMADA: *Naturaleza jurídica del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en «Rev. Temis» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. I, 1957, págs. 39 a 65; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Bosch, 1948, Barcelona, tomo I. págs. 288 y sigs.; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Reus, 1947, Madrid, tomo I, págs. 322 y sigs.; R. DE LA RICA: *Las anotaciones de demanda y el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Privado», 1949, págs. 89 y sigs.; GONZÁLEZ ALEGRE: *Los procedimientos judiciales de la Ley Hipotecaria*, Bosch-Barcelona, 1958, págs. 36 y sigs.; SUREDA: *Derecho procesal hipotecario*, Tipografía J. Bernes, Valencia, 1947, páginas 82 y sigs.; PRIETO-CASTRO: *El procedimiento provocatorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, sección resoluciones Audiencias, en «Revista de Derecho Procesal», 1948, año IV, núm. 1, págs. 159 a 172; mismo autor: *Dispensa de la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en caso de pobreza legal*, comentario sentencia Audiencia Territorial de Madrid, en «Revista de Derecho Procesal», 1948, año IV, núm. 2, págs. 361 a 365; CHICO Y ORTIZ-BONILLA ENCINA: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, Gráficas Faro, Madrid, 1963, páginas 170 y sigs.; MARTÍNEZ CALCERRADA: *Eficacia del artículo 207 en el procedimiento de la Ley Hipotecaria*, en «Revista de Derecho Jurídico», año V, número 20, 1964, págs. 87 a 129; CIMIANO: *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria: carácter en que puede aparecer colocado el contradictor respecto del propietario inscrito*, en esta REVISTA, año XXV, núm. 258, 1949, págs. 705 a 719; GONZÁLEZ PÉREZ: *Los problemas de admisibilidad en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en esta REVISTA, año XXVII, núm. 272, 1951, págs. 119 a 133; NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, en esta REVISTA, 1949, pág. 216 y sigs.; AZPIAZU: *Criterios de autoridad (notas sobre un tema manido)*, en esta REVISTA, 1948, págs. 711 y sigs.; etc.

(3) LOTS ESTEVE, en *Una reaparición del proceso provocatorio*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 185, 1949, pág. 57, dice sobre dicho artículo que «... acaso ningún otro precepto jurídico plantea problemas tan relevantes para la dogmática procesal como lo hace el artículo 41 de la Ley Hipotecaria; ni tampoco sería fácil encontrar otra figura tan singularmente privilegiada en ofrecer a la problemática cuestiones tan diversas».

dos los aspectos de este proceso, nos causa extrañeza lo limitado de los estudios referidos a las medidas asegurativas que se prevén en el mismo.

Prescindiendo de los diversos estudios realizados para determinar la naturaleza jurídica del proceso regulado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria (4), no puede dudarse que su proyección en el ámbito del Derecho procesal constituye el aspecto más trascendente del mismo, ya que por su mediación se alcanza el objetivo que el «proceso» persigue: concretar la voluntad abstracta y genérica de la Ley y la voluntad individual y específica del sujeto titular del derecho (5) inscrito.

El titular del dominio sobre inmuebles, o derecho real impuestos sobre los mismos, inscritos en el Registro de la Propiedad, goza, a través de este procedimiento, de una eficaz reintegración posesoria. Para su accionabilidad se exige no sólo la constatación registral, sin contradicción, sino que los derechos reales cuya efectividad se pretenden «implique posesión, uso o servicio» (6). Pero aun cuando se trata de un procedimiento abreviado, con una finalidad específica—inmediata reintegración posesoria—caracterizado, tanto por la simplificación de formas como por la sumariedad en el conocimiento no se elimina el riesgo que puede afectar al bien o derecho real durante su sustanciación. El titular inscrito goza de la fuerza legitimadora que le proporciona su constatación libraria. Ahora bien, la actualización normal de ese derecho, cuando su posesión, uso o disfrute es ostentado por otro, ha de ser alcanzada a través de la actividad trifásica del proceso: declaración, aseguramiento y ejecución.

La novedad que encierra el artículo 41 radica en presuponer la efectividad de la primera fase—declaración—. Es decir, se crea la ficción—*praesumptio iuris tantum*—, amparada en el artículo 38, en relación con el 1.º, 17, 20, 32, 34 y 40, de legitimidad del derecho inscrito, atribuyéndose un resultado análogo al que se obtendría con la ejecución de la sentencia estimativa en el ejercicio de una acción reivindicatoria, confesoria, negatoria u otra de naturaleza real.

(4) Vid. los trabajos y obras citadas en la nota núm. 2, especialmente el realizado por el profesor HERCE QUEMADA.

(5) Vid. mi trabajo *Proceso cautelar: El artículo 1419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, publicado en la «Revista de Derecho Procesal», 1964, núm. 4, páginas 47 a 77.

(6) ROCA SASTRE, obra citada, tomo I pág. 288; LACRUZ BERDEJO, obra citada, págs. 218; SANZ FERNÁNDEZ, obra citada, tomo I, págs. 337 y sigs.

II

CAUCION Y PROCESO CAUTELAR

A) *Protección del Ordenamiento jurídico.*

Entre el acto perturbador y la plena efectividad del derecho inscrito puede mediar un período de tiempo, más o menos prolongado, en el que está en peligro la integridad del bien o derecho cuestionado. En ese interregno, bien por omisión, bien por comisión del sujeto imputado—demandado—el bien jurídico controvertido puede menoscabarse sensiblemente.

Mientras el orden jurídico es observado y la presunción posesoria que atribuye el artículo 38 coincide con la realidad extrarregistral, al no ser detenida por otro, no existe problema. Ahora bien, ante la probabilidad de que tal conducta o modo de proceder se manifieste, el Ordenamiento jurídico general admite la posibilidad de adoptar medidas precautorias que aseguren el cumplimiento de la prestación y la integridad del bien reclamado. El procedimiento regulado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria no podía constituir excepción. Esas medidas precautorias—*tertium genus* del proceso (7)—tienen su reflejo en el párrafo 2.º del artículo 41 y número 3.º del 137 del Reglamento, constituyendo figura autónoma y perfectamente diferenciada de la «caución» que se regula en el párrafo 4.º y número 5.º de uno y otro artículo respectivamente.

El proceso del artículo 41 representa un símbolo patente de la perfecta coordinación entre la función normativa—legislativa—y jurisdiccional, de modo que los titulares inscritos pueden acudir a los órganos establecidos—jurisdiccionales—al objeto de que sean protegidos en un caso concreto, obteniendo la efectiva reintegración posesoria, basada en la fuerza legitimadora que la inscripción proporciona.

La necesidad de establecer una frontera entre lo que constituye

(7) Vid. mi trabajo antes citado y bibliografía que en el mismo se hace constar para el estudio del «proceso cautelar».

el «proceso cautelar» y la «caución» que se exige en el párrafo 4.º del artículo 41 y número 2 del 137 del Reglamento nos obliga a fijar la naturaleza de esta última figura jurídica. Para la perfecta comprensión del problema y las consecuencias que del mismo se derivan, hemos de tener en cuenta los medios que integran la protección de un derecho.

Ya hemos afirmado que mientras el orden jurídico es observado o la idea de conculcación o controversia no es exteriorizada, no existe problema. Ello porque *cogitationis poenam nemo patitur*. Ante la posibilidad de conducta contraria, el Ordenamiento admite la adopción de medidas precautorias que garanticen la efectividad de un derecho (8). De este modo surgen medidas que tienden a reforzar el vínculo obligacional. Unas pueden tener naturaleza real—como la hipoteca, la prenda, la anticresis, las arras o señal y los depósitos constituidos como caución de determinadas obligaciones—, otras personal. Estas últimas pueden nacer de la propia persona—cláusula penal (9)—o de la intervención de un tercero—fianza—. Otras veces esas garantías se derivan de la naturaleza misma del crédito, atribuyendo a su titular un orden preferente o privilegiado (10), o bien un *ius retentionis* como medio para la efectividad del derecho (11), o bien puede provocarse la pérdida de la libre disponibilidad del patrimonio, a pesar de que la vinculación del mismo, según los términos del artículo 1.911 del Código civil, se proyecta *in futuris*, en virtud del concurso de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 1.129 del mismo Cuerpo legal o por insolvencia.

Existen otras medidas cuya finalidad específica radica en la efec-

(8) Vid. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, Edit. «Rev. D Priv.», Madrid, 1946, tomo IV, págs. 254 y sigs.; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, Bosch, 1959, tomo I, vol. II, págs. 467 y sigs.; RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, traducción española, 1929-1931, Edit. Reus, tomo II, páginas 148 y sigs.; CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, 6.ª edición, págs. 538 y sigs.; SÁNCHEZ ROMÁN: *Derecho civil*, tomo IV, págs. 249 y sigs.; VALVERDE: *Tratado de Derecho civil*, 4.ª edición, tomo III, págs. 84 y sigs.; CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, tomo II, págs. 21 y sigs.; RUIZ GALLARDÓN: *Derecho civil. Obligaciones*, Madrid, 1957; etc.

(9) No se admite la garantía constituida sobre la dignidad y honor de una persona a través del juramento: «No se admitirá; juramento en los contratos. Si se hiciere se tendrá por no puesto». Artículo 1.260 del Código civil. Obligaciones con cláusula penal, artículos 1.152 a 1.155 del Código civil.

(10) Normas contenidas en el capítulo II y III del título XVII del libro IV del Código civil.

(11) Así: artículo 453: 502 en relación con el 522; 1.600; 1.730: 1.780 y 1.866, todos del Código civil.

tiva determinación del patrimonio del deudor. Es lo que llama GARRIGUES «patrimonio de afectación» (12). Son medidas de naturaleza conservativa y reintegrativa. Entre las primeras se encuentran las que facultan al acreedor para exigir poner sellos a los bienes, papeles, etcétera, en el acto de apertura de la sucesión del deudor; participar en la separación del patrimonio del deudor difunto del heredero; intervenir en la división y partición hereditaria; la de intervenir en el juicio de caducidad entablado por el nudo propietario por abuso imputado al usufructuario; la de interrumpir la prescripción; las protestas y reservas de derechos, etc.; el mismo *solve et repete*. Como manifestación peculiar de las segundas: las acciones subrogatorias y revocatorias (13).

En el ámbito del Derecho procesal existen medidas que tienden a «impedir una actuación procesal dolosa» (14). Esas medidas reciben la denominación de «cauciones procesales». Para PRIETO-CASTRO «puede tener por objeto garantizar el pago de las costas y de los daños y perjuicios, dificultar una actuación procesal costosa para el Estado (por ejemplo, casación), o bien evitar que la concesión de alguna ventaja a una de las partes pueda redundar en beneficio de aquélla a que en el fondo del negocio la contraria tenga derecho (por ejemplo, desaparición de lo recibido en virtud de ejecución provisional)» (15).

Si examinamos los antecedentes de la «caución» en el Derecho Romano, nos confirma su origen en función del proceso (16). Hay que situar ese origen en las *sponsiones*. La necesidad de comparecer en juicio, en toda instancia judicial, llevó a los romanos a la forma simplista de las *sponsiones*. Estas eran compromisos verbales de compa-

(12) Autor citado: *Curso de Derecho mercantil*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1940, tomo II, pág. 482.

(13) Artículos 973 en relación con los 959 y sigs.; 1.002, 1.038, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1.014 y sigs del Código civil en relación con el 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1.051 y sigs. del Código civil en relación con los 1.001, 1.038 y sigs de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 520 del Código civil, ya que tiene interés legítimo el acreedor; etc., y artículo 1.111 del Código civil.

(14) PRIETO CASTRO, obra citada.

(15) Autor citado: *Dispensa de la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en caso de pobreza legal*, en la «Revista de Derecho Procesal», año IV, número 2, 1948, págs. 362 (Comentario a la resolución de la Audiencia Territorial de Madrid, Sala 2.ª, auto de 30 de junio de 1948).

(16) Vid. SUREDA, obra citada, págs. 21 y sigs.; RAMOS FOLQUÉS: *La caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en esta REVISTA, año XXII, núm. 212, 1946, páginas 170 a 175.

recer, garantizados por un ciudadano solvente—*vas, vades, vadimonia*—. Más tarde—en el derecho nuevo—se extendió como medio de garantía de todas las obligaciones, ya fueren de comparecer en juicio o de otra clase. Aun así, en el Derecho romano postjustiniano la idea dominante es de garantía procesal (17), ya que en el proceso tuvo su origen (18). En el derecho vigente y en la orientación doctrinal moderna la idea predominante se manifiesta en el sentido de asignar a la voz «caución» un contenido anfibológico, siguiendo los precedentes patrios, y de acuerdo con su acepción etimológica de «caveo», recelar, y «cautio», asegurarse de lo que se recela. No obstante, cuando los civilistas (19) desarrollan la teoría del «incumplimiento temido», la doctrina sobre su prevención se desenvuelve bajo la aplicación de las «medidas de garantía y conservativas», lo cual nos in-

(17) Como modalidades fundamentales de «cauciones procesales» se distinguían:

Cautio iudicatum solvi, que debía prestar el demandado a su mandatario.

Cautio ratam rem dominium habiturum, que debía prestar el representante del demandante ausente, cuando aquél no tuviera un mandato regular.

Cautio iudicio sisti, que tenía lugar cuando el reo o demandante contra quien se dirigía el libelo debía entregar al alguacil recibo del acto de citación y prestar caución de comparecer ante el Tribunal, y si no podía prestar dicha caución, quedaba puesto en custodia del alguacil, o tenido en prisión hasta el día de la comparecencia.

Cautio de non amplius turbando, que podía imponer el Juez al demandado cuando era condenado y se había ejercitado acción negatoria o confesoria.

Como garantía de otras obligaciones:

Cautio damni infecti, que podía reclamar el vecino del dueño del edificio que amenazase ruina.

Cautio rem pupilli salvam fore, que debían prestar los tutores legítimos y dativos nombrados sin información previa.

Cautio Muciana, que debía prestar el heredero o legatario instituido bajo condición potestativa negativa.

Cautio legatorum servandorum causa, que en favor del legatario viene obligado a prestar el gravado con un legado, cuando éste se ha hecho a condición o a término o se cuestiona sobre él.

Cautio usufructuaria, que venía obligado a prestar el usufructuario en garantía de sus obligaciones.

(18) SERAFINI, en *Instituciones de Derecho romano*, tomo II, págs. 114 y sigs., dice: «Existieron además de las estipulaciones contenidas por acuerdo espontáneo de las partes, estipulaciones contenidas por orden del pretor o un Juez: de aquí la división en estipulaciones convencionales y estipulaciones necesarias, llamadas también estas últimas *cautiones*, por el fin que se proponían de garantizar contra las perturbaciones del estado de hecho o de derecho y sus consiguientes daños. Vid. RODRÍGUEZ-SOLANO, obra citada, págs. 228 y sigs.

(19) Vid. CASTÁN, obra citada, tomo III, págs. 538 y sigs.; CLEMENTE DE DIEGO, obra citada, tomo II, págs. 33 y sigs.; RÜGGIERO, obra citada, tomo II, págs. 148 y sigs.; PUIG BRUTAU, obra citada, tomo I, vol. II, págs. 467 y sigs.; LARENZ: *Derecho de obligaciones*, tomo I, Madrid, 1958, págs. 369 y sigs.; ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, tomo III, págs. 277 y sigs.; PUIG PEÑA, obra citada, tomo IV, vol. I, págs. 225 y sigs.; etc

duce a pensar en el retorno a la aplicación del término «caución» (20) en su sentido procesal ancestral. Sin embargo, la falta de precisión terminológica se proyecta en nuestras normas: así, en el artículo 495 del Código civil, en el número 4 del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y en el artículo 44 del Código penal, se habla de caución en sentido amplio. Ello nos obliga al empleo del calificativo «procesal» para distinguir las cauciones reguladas en el derecho substantivo frente a las que se desenvuelven en el ámbito del Derecho procesal. Por otro lado, bajo la voz «fianza» (21) se comprenden dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil diversos supuestos de «cauciones procesales» (22).

Hemos visto cómo la «caución procesal» responde a la idea que preside las medidas de garantía en el ámbito del derecho privado, pero referidas al proceso. Y si analizamos el concepto de «caución procesal», ya expuesto, formulado por el profesor PRIETO-CASTRO, nos encontramos con dos matices o facetas perfectamente diferenciadas; una de naturaleza «substantiva» y otra «adjetiva». La primera así calificada, por la relación colateral con el derecho cuestionado —«... responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios», dice el artículo 41 en su párrafo 4.º—, mientras que a la segunda le asignamos ese carácter, porque se adopta o acuerda en función directa del proceso—pago de costas, depósito para recurrir en casación, etc.—.

El citado profesor (23), claramente confirma esa distinción al hacer constar que «no cabe duda de que las cauciones del segundo grupo (las orientadas a dificultar una actuación costosa para el Es-

(20) CARNELUTTI, obra citada. tomo II, págs. 137-38, dice: «La acción moderadora de la responsabilidad procesal puede ser acentuada mediante la carga de la constitución de una garantía de las obligaciones que deriven de la responsabilidad misma, puesta como condición de la demanda o de otro acto procesal. Y dada su finalidad cautelar en cuanto al cumplimiento de las obligaciones frente a la contraparte o frente al Estado dicho depósito recibe el nombre de *caución*».

(21) Las palabras caución y fianza no significan lo mismo, porque, como acertadamente sostiene el auto de la Audiencia de Valencia de 11 de febrero de 1949 («Revista General de Derecho», 1949, 258), ni en el lenguaje usual ni en el jurídico existen palabras absolutamente sinónimas.

(22) Vid. artículos 33, 385, 534, 787, 1.402, 1.405, 1.423, 1.428, 1.446, 1.467, 1.672, 1.698, 1.699, 1.796, 1.799 y 1.803, y artículo 31 de la Ley de 22 de diciembre de 1953; todos ellos responden al concepto formulado por el profesor PRIETO-CASTRO; vid. CARNELUTTI: *Sistema de Derecho procesal civil*, tomo II, págs. 572 y sigs., número 177, notas de Alcalá Zamora, núm. 177.

(23) PRIETO-CASTRO, en el artículo citado en la nota 15, págs. 362-63.

tado) son las únicas que pueden ser calificadas de procesales, en el sentido de que afecten tan sólo a la relación jurídico procesal como instrumento de carácter público necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional», mientras que «las cauciones del primer grupo afectan al particular litigante, tiene que ver con su patrimonio, y no pueden ser dispensadas por la Ley, a menos de incurrir en una forma de expropiación».

Ahora bien, tanto las unas como las otras no participan de la calificación de «proceso cautelar» por carecer de las notas que tipifican a este proceso (24) de: jurisdiccionalidad, *periculum in mora*, provisoriedad, sumariedad, instrumentalidad y discrecionalidad.

B) *Naturaleza jurídica de la «caución procesal».*

Nuestro afán de profundizar en la naturaleza jurídica de la «caución» se justifica por las consecuencias trascendentes que de su calificación pueden deducirse en relación con el «proceso cautelar», y que a su vez afectarían a las medidas asegurativas que en el mismo se comprenden. Buena prueba de esta afirmación y sus consecuencias se reflejan en un sector doctrinal que identifican las medidas asegurativas integrantes del «proceso cautelar» y las «cauciones procesales».

Así, ROCA SASTRE (25) dice que «los conceptos de caución y de medidas precautorias o de seguridad antes indicadas parecen términos incompatibles, debido a que si la caución cubre todas las responsabilidades posibles parece que huelgan aquellas medidas cautelares, salvo que entre en juego un interés de afección que las haga preferibles en algún caso u objeto», y, expresa a continuación: «Nosotros creemos que dada la insuficiencia de la Ley en este punto, debe procederse aquí con un criterio de gran elasticidad, siempre que quede cumplido el fin de seguridad que ambos conceptos persiguen, debiéndose al efecto conceder cierta facultad de elección al emplazado y pudiendo variarse la medida adoptada sustituyendo la caución por aquellas medidas cautelares y viceversa. Obliga a ello el criterio a que responden los artículos 1.419 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento

(24) Vid. mi trabajo citado en la «Revista de Derecho Procesal».

(25) Autor y obra citada, tomo I, pág. 322.

Civil, que permite alzar la intervención acordada si el sujeto a ella presta fianza bastante». Para Casso (26) estas medidas son las mismas o constituyen un anticipo de las de ejecución propiamente dicha, señaladas en el párrafo 5.º del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y regla 5.ª del 137 del Reglamento.

ENRIQUEZ LÓPEZ (27) dice: «El Juzgado, a instancia del titular; adoptará las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia. No están limitadas las atribuciones del Juzgado en este aspecto, y la duda ha de surgir sobre si esas medidas han de inspirarse en las que regula la sección 2.ª del título XIV del libro II de la Ley, o en las establecidas en los artículos 1.408 a 1.410 de la misma para los embargos preventivos. Nosotros—continúa—nos inclinamos sin reservas por la última solución, ya que el artículo 1.400 de la Ley del rito regula supuestos paralelos a los que nos ocupan. Después de todo, la cuestión no ofrece demasiado interés desde el momento en que, si comparece el opositor, prestando la caución adecuada, se le respeta en su posición y se anulan las medidas preventivas del Juzgado».

SANZ FERNÁNDEZ (28) hace constar respecto de la caución: «¿Pondrá término a las medidas precautorias que inicialmente haya adoptado el Juez? Parece indudable que la contestación depende del alcance que haya de tener la caución. En cuanto haya de asegurar el pago de costas jugará con absoluta independencia de aquellas medidas. En cuanto haya de referirse a devolución de frutos deberá entenderse lo mismo, ya que los artículos 1.419 y siguientes de la Ley procesal establecen sólo una intervención en la administración, pero ni la atribuyen al titular ni le conceden los frutos de la finca. Si su fin es asegurar una indemnización de daños y perjuicios por actos anteriores a la adopción de aquellas medidas o por causa distinta de la administración deberá entenderse lo mismo que en los casos precedentes; pero si la indemnización ha de fundarse en la administración del contradictor a partir de la adopción de las medidas precautorias, es incompatible con éstas y el Juez podrá decretar o la cesación de las mismas o la reducción de la caución pedida».

(26) Autor citado: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 3.ª edición, Madrid, 1946, págs. 620 y sigs., especialmente en la nota 8.

(27) Autor citado: *El proceso de ejecución de las acciones reales*, publicado en esta REVISTA, tomo XIX, 1946, págs. 244 a 253. concretamente 247 *in fine* y 248.

(28) Autor y obra citada, tomo I, págs. 357 y sigs.

Para aclarar conceptos y precisar las figuras jurídicas en juego hemos de tener en cuenta que uno de los fines del proceso es dar, en cuanto sea posible, a quien tiene un derecho, todo aquello y precisamente aquello a que tiene derecho. Para que ese efecto no resulte utópico, el Ordenamiento jurídico procesal permite la adopción de medidas asegurativas que eliminan la conducta del obligado que, de modo activo o pasivo, trate de eludir las consecuencias del proceso contra el iniciado. El objetivo de esas medidas es la conservación de un estado de hecho, sin prejuzgar el resultado definitivo de la litis y asegurar, en consecuencia, el fin del proceso.

Desenvolviéndonos en el ámbito del Derecho inmobiliario, no podemos olvidar que el Registro de la Propiedad garantiza, dentro de nuestro Ordenamiento, la existencia jurídica de un derecho real sobre un inmueble, pero no su realidad física (29). Este motivo justifica plenamente que en el procedimiento del artículo 41 se admita la adopción de medidas preventivas en su doble manifestación: como integradoras del *tertium genus* del proceso, y como sustanciales al proceso entablado. Es decir, aquellas medidas asegurativas que se agrupan dentro del género «proceso cautelar», y aquellas otras de garantía que se comprenden dentro del concepto de «cauciones procesales».

Unas y otras constituyen entidades jurídicas perfectamente diferenciadas. Así dice CHIOVENDA (30) que: no entran en la categoría de medidas provisionales de cautela: 1.ª Todas las maneras de asegurar previamente (cautelar) el derecho, en los cuales no participa el Magistrado con una resolución suya, sino que se remite a la contratación de los particulares, como las hipotecas y las prendas. 2.ª Las que, si bien pueden requerir la intervención del Magistrado, son concedidas sólo en el presupuesto de la efectiva existencia del derecho y son verdaderos accesorios del mismo derecho, obligaciones accesorias

(29) La entidad física «finca» integra un ente variable y contingente, que en el actual sistema registral no puede ser protegido, en el sentido de presuponer su existencia material. Vid. LACRUZ BERDEJO, obra citada, pág. 91. que dice: «Los procedimientos de inmatriculación son inseguros: en alguno de ellos el Registrador ha de confiar en las manifestaciones de los interesados, de modo que no es imposible inmatricular una finca imaginaria o volver a inmatricular en folio diferente, desfigurando sus características, una finca que ya estuviese registrada, puesto que tales procesos, dirigidos a acreditar la propiedad del inmueble, dan por supuestas su existencia y descuidan la fijación de sus caracteres de hecho».

(30) Autor citado: *Principios de Derecho procesal civil*. Trad. Casals Santaló, Reus, 1922-1925, tomo I, pág. 261, nota 1.

del obligado que pueden hacerse valer también mediante una acción ordinaria de condena, pero que no son puras acciones y no tienen carácter provisional. Tales son las obligaciones de dar caución, del usufructuario que abusa de su derecho, del heredero y legatario para el cumplimiento de la voluntad del testador, del marido para la seguridad de la dote, del arrendatario para la seguridad de los alquileres, etc.».

Como consecuencia, llegamos a sentar la conclusión (31) de que la existencia de medidas cautelares que se caracterizan por su simplificación (32) no autoriza, a nuestro juicio, a conceptualizar toda actividad cautelar bajo el denominador común de «providencias cautelares» (33); pero tampoco debe incidirse en el supuesto contrario, calificando como «procesos cautelares» providencias de naturaleza preventiva, íntimamente ligadas al proceso de cognición o ejecución del que no pueden escindirse.

C) *Diferenciación entre «proceso cautelar» y «caución procesal».*

En el procedimiento del artículo 41 aparecen perfectamente definidas aquellas medidas asegurativas que integran el «proceso cautelar» y aquellas otras que se agrupan bajo la denominación de «cauciones procesales». Dentro de éstas se regulan tanto las de naturaleza «substantiva» como «adjetiva». Claramente se reflejan en el párrafo 4 del citado artículo al decir que «... prestarán caución para responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios y pago de costas...»

La praxis jurídica ha asignado a la caución—regulada en el artículo 41—, basada en su eficacia ambivalente—substantiva y adjetiva—, un efecto preventivo y disuasivo, respecto del mero tenedor o detentador del derecho, susceptible de posesión, inscrito en el Registro. Ese efecto ha operado con tal intensidad, hasta el punto de haber constituido letra muerta el párrafo 2 del artículo 41 (34), con

(31) Vid. mi trabajo citado en «Revista de Derecho Procesal».

(32) Anotaciones preventivas de demanda: artículo 42, núm. 1, en relación con el 43 de la Ley Hipotecaria y 27, 28, 139, 165 y 200 del Reglamento.

(33) CALAMANDREI: *Providencias cautelares*, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945, págs. 31 y sigs.

(34) En nuestra práctica y experiencia no conocemos ningún supuesto de ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos reales inscritos que se

olvido de la función específica asignada a las «cauciones procesales» y al «proceso cautelar».

Independientemente de las diferencias sustanciales señaladas entre «proceso cautelar» y «cauciones procesales», éstas quedan nitidamente establecidas, en cuanto que el primero integra un instituto jurídico y las segundas son simple efecto reflejo del proceso. Por otro lado, mientras la medida asegurativa interesada, en un supuesto concreto, adaptada al bien cuestionado, ha de tener efectividad, como especie dentro del género proceso cautelar, mediante una verdadera acción—en sentido procesal—(35), la caución procesal, en razón a su condición, constituye un accesorio dentro del procedimiento de cognición o ejecución correspondiente.

La «caución» tiende, por consiguiente, a la efectividad misma del proceso. Su función específica no está subordinada a garantizar de modo directo e inmediato el bien cuestionado. El procedimiento del artículo 41 no se sustrae a este principio general. Los efectos previsibles que pueden afectar a la integridad o sustancia del dominio o derecho real, cuya reintegración posesoria se pretende, no se cubren con la caución. Este efecto se logra a través del proceso cautelar.

La fuerza presuntiva de legitimación de titularidad que impregna la inscripción se actualiza mediante el proceso regulado en dicho artículo. Al proceso no basta concretar la voluntad abstracta y genérica de la Ley—causa determinante y directa—, sino satisfacer, también, con una sentencia la voluntad concreta y específica de una persona, fin mediato o indirecto. Es decir, para el proceso no es suficiente conocer la voluntad de la Ley, sino que, además, se requiere que el Estado, ejercitando su poder jurisdiccional, y a través de los órganos de expresión de su voluntad, imponga lo resuelto. De esta

haya acompañado o solicitado la adopción de medidas asegurativas en forma. GONZÁLEZ DELEITO Y DOMINGO, en su trabajo *El proceso monitorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en la «Revista de Derecho Procesal», año VI, núm. 3, 1950, página 417, hace una afirmación gratuita al decir: «En la práctica suelen pedir los sujetos activos del proceso del artículo 41 la intervención judicial de la administración de la finca o fincas litigiosas, la reposición posesoria del actor, el apercibimiento al demandado de no inquietar o perturbar al actor, etc. Por lo general, el precepto sobre medidas cautelares es letra muerta. Los Jueces no acceden, comúnmente, a la adopción de las mismas».

(35) CHIOVENDA da un concepto del proceso civil diciendo que es el «conjunto de actos dirigidos al fin de la actuación de la Ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por éste en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria» (*Principios de Derecho procesal civil*, tomo I, página 86).

forma se cumple, como ha destacado GOLDSCHMID, una función lógico-jurídica—la de determinar en cada caso lo que es justo—y de otra práctica la de ejecutar lo que como justo se ha reconocido (36). Esa materialización se logra con la actividad trifásica del proceso: declaración, aseguramiento y ejecución (37).

A través del proceso cautelar se protege directa e inmediatamente el bien cuestionado. Este bien, en el procedimiento del artículo 41, será el dominio o derecho real susceptible de posesión, uso o servicio, sobre una cosa inmueble. Es decir, se protege su integridad física, su sustancia íntima. No hay que olvidar que constituyen entidades distintas, cosa, frutos, indemnización y costas. Fruto es toda ventaja económica obtenida de una cosa según su destino, por ello no se considera fruto todos los productos, sino solamente aquellos que al desprenderse no destrozan la unidad integral de la cosa, esto es, que no disminuyen paulatina y sensiblemente la sustancia de la cosa de que proceden (38). La medida asegurativa interesada, bien sea la regulada en el artículo 1.419, 1.428, 1.663 u otras procedentes según los casos, se alcanzará a través del «proceso cautelar» y mediante el ejercicio de la acción—en sentido procesal—(39) correspondiente. La razón o fin de este proceso es, ya lo hemos expuesto, proteger el bien

(36) M. DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil español*, Edit. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1942, tomo I, pág. 9.

(37) GÓMEZ-ORBANEJA Y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, 5.ª edición, Madrid, 1962, págs. 1 y sigs.; PRIETO-CASTRO: *Manual de Derecho procesal civil*, Madrid, 1959-1961, tomo I, págs. 2 y sigs.; CARNELUTTI: *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. Alcalá Zamora y Sentis Melendo, Buenos Aires, 1944, tomo I, páginas 155, dice «... que el examen de la finalidad del proceso se desenvolverá, ante todo, en tres títulos dedicados respectivamente a la jurisdicción, a la ejecución y a la prevención»; KISCH: *Elementos de Derecho procesal civil*, Edit. «Revista de Derecho Privado», trad. Prieto-Castro, 1.ª edición, 1932, págs. 12 y sigs.

(38) Vid. artículos 353 y siguientes del Código civil y para el estudio de cosa y frutos, RUGGIERO, obra citada, tomo I, págs. 474 y sigs.; CASTÁN: obra citada, tomo I, págs. 254 y sigs., y tomo II, págs. 158 y sigs.; ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil*, Bosch-Barcelona, 1947, tomo I, vol. I, págs. 547 y sigs.; CERTMANN: *Introducción al Derecho civil*, págs. 138 y sigs.; VALVERDE: *Tratado de Derecho civil*, 4.ª edición, tomo I, págs. 428 y sigs.; DE DIEGO, obra citada, tomo I, páginas 211 y sigs.; COLIN Y CAPITANT: *Curso de Derecho civil*, traducción española, tomo II, vol. II, págs. 461 y sigs.; THUR: *Derecho civil, parte general*, páginas 91 y sigs.; PUIG PEÑA, obra citada, tomo I, vol. I, págs. 283 y sigs.

(39) Sobre el concepto de la acción, pueden examinarse los autores citados en la nota 37, y CHIOVENDA: *La acción en el sistema de los derechos*, 1903 Ensayos, I, págs. 3 y sigs.; CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, trad. Enciso, edit. «Revista de Derecho Privado», págs. 266 y sigs.; Miguel y Romero: *Antiguo y moderno concepto de la acción procesal*, en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», julio 1928.

jurídico cuestionado. Se trata de salvaguardar el valor inicial de la cosa: *salva rerum substantia*. Es decir, se protege el patrimonio como tal: el dominio o derecho real cuya reintegración posesoria se pretende a través del procedimiento abreviado del artículo 41. Esos bienes constituyen el objeto del proceso (40).

El derecho a los frutos no es sino una consecuencia y derivación de la propiedad de la cosa que los produce, con la restricción del artículo 451 del Código civil, a favor del poseedor de buena fe (41). La indemnización de daños y perjuicios se deriva del actuar directo del demandado respecto de la cosa que se reclama, que puede afectar a su productividad o su contenido económico, cuya apreciación, en su doble modalidad de *damnum emergens* y *lucrum cessant*, corresponde libremente a los Tribunales. La condena en costas se determina en razón a un proceder temerario en el procedimiento cuya fijación y subsiguiente imposición corresponde a la libre valoración del Tribunal. Son, pues, efectos reflejos del derecho cuestionado y del procedimiento entablado. La forma adecuada de garantizar unos y otros es mediante la «caución procesal».

Si por la naturaleza, función y fines asignados al «proceso cautelar» (42) y a la «caución procesal» ambas figuras son diferentes, la posibilidad de sustituir la medida asegurativa decretada—por ejemplo, en el supuesto de la intervención en la Administración—por una fianza (43) no autoriza a mantener identidad de objeto y causa entre una y otra. Su autonomía no se quiebra por la aplicación de una norma que autoriza la subrogación real. Por ello, con todo acierto señala RODRÍGUEZ-SOLANO (44) la función asignada a cada figura: Así, «las medidas del párrafo 2 del artículo 41 y regla 3.ª del 137 del Reglamento se encaminan a garantizar el cumplimiento de dicha resolución en lo que se refiere a la propia finca o derecho real inscrito, o sea, *el verdadero objeto de la pretensión litigiosa...*», y la que es objeto de regulación en el párrafo 4 y 5 del artículo 41 y regla 5.ª y 6.ª

(40) Sobre el objeto del proceso, véase CARNELUTTI: *Sistema...*, tomo II. páginas 572 y sigs.; y autores ya citados.

(41) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1903; «Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide» (art. 433 del Código civil), y «la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba» (art. 434 del Código civil).

(42) Vid. mi trabajo ya citado.

(43) Vid. artículo 1.423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(44) Obra citada., pág. 205, núm. 177.

del Reglamento «... va dirigida a garantizar la devolución de los frutos, indemnización de daños y perjuicios y pago de costas, es decir, a asegurar *el resultado económico del juicio...*» Gráficamente REDENTI (45) expresa esa idea al decir que «... los efectos de las providencias finales se hacen remontar en lo posible al momento de la demanda judicial (curso de los intereses, resarcimiento de los daños sobrevenidos en pendencia de litis, efectos de la transcripción de la citación, etc.). Pero todo eso no sirve ya de nada si entre tanto... se han escapado los bueyes».

Sintetizando. El proceso cautelar tiende a asegurar la restitución de la cosa o derecho poseído, mientras que la caución tiende a remediar la lesión derivada de esa pretensión.

III

EFICACIA DE LA CAUCION EN ORDEN AL SUJETO PASIVO DE LA RELACION

A) *Diferencias entre «caución» y «proceso cautelar de tipo formal».*

La diferente naturaleza, función y fines a cumplir, tanto por las medidas objeto del proceso cautelar como las que se agrupan bajo la denominación de cauciones procesales, eliminan la posibilidad de elección por el demandado. La actualización de unas y otras es facultativa del actor o provocador del procedimiento previsto en el artículo 41. Esa actualización tendrá lugar: a) Mediante el ejercicio de la acción cautelar cuando se pretende la adopción de las medidas asegurativas a que se refiere la regla 3.^a del artículo 137 del Reglamento. Esa acción puede ejercitarse en cualquier fase del proceso. Ello no sólo como consecuencia del reenvío que a la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace por la norma citada, sino por expresa disposición de la misma regla, en la que de modo explícito se dispone que:

(45) Autor citado: *Derecho procesal civil*, trad. Sentís Melendo y Avena Redín. Buenos Aires. 1957, tomo II, parte 4.^a. *Procedimientos especiales de cognición y procedimientos cautelares*.

«Las medidas precautorias o de seguridad (que) pueden adoptarse en cualquier momento...» En otro lugar (46) hemos mantenido la posibilidad de su aplicación en grado de apelación. La razón es obvia: ni el artículo 1.419 y siguientes, reguladores de la «intervención en la Administración», ni respecto de las medidas que de forma genérica se pueden adoptar—según los términos del artículo 1.428, también de la Ley de Enjuiciamiento Civil—para las obligaciones de hacer o de no hacer y obligaciones de dar cosa específica, limita el momento de su accionabilidad. Su justificación se basa en los principios teológicos que inspiran al proceso cautelar. b) A través de petición—formulación—, cuando de la caución se trate, llevada a efecto en el escrito inicial.

De lo expuesto se deducen dos consecuencias lógicas: una que hace referencia a la forma *strictu sensu*, y otra, que se refiere a la formulación.

Respecto de la primera cuestión las medidas asegurativas (47), *ad hoc* al derecho real cuya reintegración posesoria se solicita, pueden interesarse, bien en el escrito inicial—regla 2.ª del artículo 137 del Reglamento—, bien en escrito independiente, no sólo por lo que hemos expuesto, sino porque en otro caso carecería de razón la facultad atribuida por la misma norma—regla 3.ª del citado precepto—al disponer «que pueden adoptarse en cualquier momento...» Mientras que la caución necesariamente debe hacerse constar en el escrito inicial, desde luego antes de la citación de la otra parte. En otro caso no podría llevarse a efecto el trámite prevenido en la regla 6.ª, párrafo 1 del artículo 137 del Reglamento, es decir, el requerimiento para que preste la caución.

En estrecha conexión con lo anterior está la cuestión de «formulación». La omisión de la acción cautelar no implica defecto alguno de que pueda adolecer el escrito inicial, ni tampoco impide su ulterior petición. Cuando la omisión afecta a la formulación de la caución, constituye, a nuestro juicio, un defecto subsanable que obliga a una actividad jurisdiccional—providencia—al objeto de que se indique por

(46) Vid. mi trabajo ya citado publicado en la «Revista de Derecho Procesal».

(47) Para claridad lexicológica y subsiguiente fijación terminológica, cuando hacemos referencia al «proceso cautelar», respecto a las medidas susceptibles de encuadramiento en el mismo, empleamos el adjetivo «asegurativas», como género que agrupa las diversas especies. Cuando hacemos referencia a «cauciones procesales», preside la misma idea con los adjetivos de «garantía» y «conservativas». Vid. mi trabajo citado en «Revista de Derecho Procesal».

el actor o bien renuncie a ella expresamente. Por consiguiente, esa omisión no puede interpretarse como renuncia tácita. El párrafo 2 de la regla 6.ª del artículo 137 del Reglamento establece que «el plazo para constituir la nunca podrá exceder de quince días y no se exigirá cuando el titular renunciara a ella expresamente».

Su renunciabilidad es perfectamente factible al amparo del artículo 4.º del Código civil. La caución como «accesorio» del proceso principal, cuando de éste se renuncia o se desiste por el actor, se provoca o arrastra la del derecho accesorio. Este rasgo es común al «proceso cautelar». Es una consecuencia de su naturaleza. El proceso, a través de su triple actividad—declaración, aseguramiento y ejecución—tiende a concretar la voluntad abstracta y genérica de la Ley—como fin directo e inmediato—y la voluntad individual y específica de un sujeto titular de un derecho, o pretendiente al mismo—como fin indirecto o mediato—. El proceso es, pues, instrumento para el «imperio de la Ley». El «proceso cautelar» no tiende a la actualización del Derecho, sino simplemente a que no resulte utópico la realización de ese derecho, por ello el proceso cautelar es «instrumento del instrumento» (48), y como tal sigue la suerte del proceso principal.

Como consecuencia de lo expuesto se deducen otras dos diferencias de indole formal entre «caución procesal» y «proceso cautelar». Una en razón a la intervención que se concede al demandado y otra en función de su eficacia.

El demandado carece de facultad optativa entre una y otras medidas, no sólo por razón de la heterogeneidad de las mismas, sino porque la facultad—potestad—de su formulación o renuncia se atribuye al actor. La intervención del demandado en la adopción de unas y otras vendrá determinada, cuando del proceso cautelar se trate, por los límites mismos del proceso (49). Incluso puede provocarse una obligación «cautoria» respecto de aquel que solicitó la medida asegurativa. Así lo establece, por ejemplo, el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer que, «si el que solicitare estas medidas no tuviese solvencia notoria y suficiente, el Juez deberá exigirle

(48) CALAMANDREI: *Providencias cautelares*, trad. Sentís Melendo. Buenos Aires. 1945. págs. 45.

(49) Por ejemplo, vid. artículos 1.420, 1.899 y 1.900, 1.173 a 1.175 en relación con el 1.179 y siguientes; 1.442 y siguientes; 2.119 a 2.130: todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

previo y bastante afianzamiento para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse» (50). Esa circunstancia es ajena a la «caución procesal».

La caución supone la carga de constituir una garantía que sirva para responder de las consecuencias de una pretensión deducida que, cuando es elevada a la cualidad de *conditio* del proceso, su cumplimiento es ineludible. Hay que tener presente que la especificación de la parte que haya de soportar esa carga se determina en la misma Ley. Unas veces recaerá en quien lo solicita—por ejemplo, artículos 1.402, 1.428, etc.—, otras se impone a la parte contra quien se dirige la pretensión. Este es el supuesto del procedimiento del artículo 41. Su justificación se encuentra en la presunción posesoria que al titular inscrito atribuye el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Por ello no puede pensarse que la caución exigida—*adecuadamente*—constituya un obstáculo al desenvolvimiento del proceso en perjuicio de la justicia. Esa circunstancia cabría si la resolución final gozara de la santidad de cosa juzgada. Se trata de proteger al titular librario de la posible lesión que se cauce en su derecho por quien, *prima facie*, no debe ostentar la posesión, ya que se presume coincide con la titularidad registral. Lo expuesto no tiene lugar respecto del «proceso cautelar» que se da siempre contra aquel que se dirige la acción.

Siguiendo ese razonamiento cabe atribuir al proceso del artículo 41 dos consecuencias en orden a su eficacia procesal: una «directa y mediata», que está representada por la fase de cognición—*summaria cognitio*—, regulada en dicho artículo; y otra de naturaleza «indirecta e inmediata», representada por la caución procesal exigible. Uno y otro efecto tienden al mismo fin reintegrativo. La caución es llave que abre y da acceso al poseedor para formular la demanda de contradicción. La Ley ha querido y de hecho ha establecido esa distinción: reintegración posesoria caracterizada por su «inmediatividad»—caso no prestar la caución—y otra fase de contradicción, caracterizada por su «perentoriedad». De ese efecto se desprende otra nota de diferenciación con el proceso cautelar, ya que éste no provoca tal resultado (51).

(50) Vid. artículo 1.402 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.

(51) Los otros supuestos regulados en el número 5 del artículo 137 del Reglamento—no comparecencia del demandado y allanamiento expreso o tácito—(no contestación a la demanda—no formulación de la demanda de contradicción—) en realidad implican una conformidad con la *praesumptio iuris seu legis* de ca-

La determinación del *quantum* exigible, unilateralmente señalado por el actor, corresponde al Juez. Es el órgano jurisdiccional quien establecerá la adecuación—el párrafo 4 del artículo 41 habla de «... caución adecuada...»—correspondiente entre la cuantía de la solicitada por el titular del derecho inscrito y la que resulte justa, según la pretensión cuya reintegración posesoria se ejercita. El demandado carece, por tanto, de facultad de intervención en el momento inicial de su fijación. Se acuerda «inaudita parte»: sin oírle. La fijación cuantitativa de la «caución» se establece previamente por el Tribunal al tiempo de examinar el escrito inicial y apreciar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad. Deberá prestar la caución en la cuantía y naturaleza exigida, en el plazo de quince días, previsto en el párrafo 2 del artículo 137 del Reglamento, si quiere evitar la pérdida de la posesión que ostenta frente al titular inscrito.

La caución así exigida garantizará el triple concepto de frutos, indemnización de daños y perjuicios y costas. Estos conceptos son contingentes y aleatorios, porque dependen de su justificación en el período correspondiente, así como de la existencia de motivos apreciables por el Tribunal.

B) *Exigibilidad de la caución.*

La caución exigible al demandado, en el supuesto que examinamos una vez establecida, tiene característica de inalterable. No puede ser objeto de modificación por el Juez que la señaló (52). Si el actor no aceptara la que como justa se hubiese fijado por el Juez, reduciendo a su prudente arbitrio, la que se hubiese señalado en el escrito inicial podrá impugnarla mediante los recursos oportunos. Pero una vez dictada la resolución determinante de la caución, el demandado carece, prácticamente, de facultad impugnativa. No se debe

rácter *turis tantum*, establecida por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Sobre las presunciones puede examinarse la magnífica monografía de SERRA DOMÍNGUEZ: *Normas de presunción: en el Código civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ediciones Nauta, S. A., Barcelona, 1963.

(52) Vid. artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No se pueden variar ni modificar las resoluciones por quien las haya dictado. La razón es perfectamente comprensible, sobre todo cuando se trata de sentencias. Afirmar otra cosa daría lugar a la inseguridad y desconfianza, y los pleitos no terminarían si fuera dable la modificación de las resoluciones por el propio órgano que las dictó. Para que puedan ser modificadas es preciso impugnación de parte.

olvidar: a) que habrá de prestar la caución exigida en el plazo de quince días; b) que el procedimiento del artículo 41 no puede suspenderse ni entorpecerse, y c) que hasta antes de formular la demanda de contradicción los recursos únicamente serán admisibles en un solo efecto. En consecuencia, si quiere ser parte en sentido procesal, ha de evitar transcurra el indicado plazo sin satisfacer la caución, ya que se expone a incurrir en el supuesto previsto en la regla 5.ª del artículo 137 del Reglamento (53).

Así, prácticamente se encuentra el demandado inerte frente a ese obstáculo procesal. Tal consecuencia se deduce del número 6 del artículo 137 del Reglamento en relación con el 10 y 5.º del referido precepto. Por consiguiente, la primera actividad del demandado será su personación en autos, y, hasta tanto no lo haya verificado, no alcanzará la conceptualización jurídico-procesal de parte materializada en el proceso (54). Desde ese momento podrá actuar en el proceso (55), pero sólo cuando preste la caución exigida se iniciará la segunda fase o de «contradicción».

De lo expuesto se deduce que el demandado podrá hacer objeciones respecto a la cuantía o a la forma en que debe ser prestada la caución, pero, en el interín, no queda exonerado de la obligación de prestarla. Por ello la garantía que le protege se deriva del «prudente arbitrio» judicial.

Múltiples han sido las tachas y defectos de que se han acusado a la caución prevista en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, generalmente inspiradas en el sentido de abogar por su desaparición o bien que sea objeto de una minuciosa reglamentación de modo que el Juez tenga unas bases para proceder a la fijación del *quantum* (56)

(53) Véase la resolución de la Audiencia Territorial de Valencia de fecha 19 de septiembre de 1952, glosada en la obra citada de SALAMERO CARDO, págs. 508-9.

(54) Vid. REDENTI, obra citada, tomo I, pág. 151, que dice: «De todos modos, se usa a veces, y no está mal, las expresiones calificadas de *parte en sentido procesal* para aludir al fenómeno (y a la relación) del proceso, y de *parte en sentido sustancial* para aludir al hecho de ser parte del derecho sustancial o de la acción, o por lo menos de la acción pretensión».

(55) Se plantea el problema, que no examinaremos en esta ocasión, de la posible invocación de ciertas excepciones de naturaleza dilatoria.

(56) Vid. PRIETO-CASTRO en el trabajo *Dispensa de la caución del artículo 41 en caso de pobreza legal*, comentario a la resolución de la Audiencia Territorial de Madrid (Sala 2.ª), auto de 30 de junio de 1948, en «Revista de Derecho Procesal», año IV, núm. 2, 1948, pág. 364, que se muestra partidario de este criterio; ENRIQUEZ LÓPEZ: *El proceso de ejecución de las acciones reales*, en esta REVISTA, año 1946, tomo XIX, pág. 248.

exigible. Así RODRÍGUEZ SOLANO (57) dice que la caución tiende a «garantizar el pago de costas y resarcimiento de daños y perjuicios, y como ninguna disposición del precepto impone como obligatoria la condena en costas ni aun siquiera de un modo claro, la indemnización de esos perjuicios y devolución de frutos en realidad la exigencia de la caución constituye tan sólo un impedimento para la defensa del litigante contrario al titular registral incompatible con los más sanos principios en que deben estar orientada la justicia y la equidad, y en que el órgano legislador debe pronunciarse» (58).

C) *Construcción conclusiva.*

El artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que ha sido objeto de ponderación sin límites, ha gozado más bien de acusado disfavor en orden a la regulación de las medidas de garantía y asegurativas y, dentro de ellas, nos referimos expresamente a la «caución» y al modo de regular el arbitrio judicial que se reconoce en dicho precepto. Nuestra opinión, que anticipamos, es favorable al régimen jurídico que dicho precepto establece en la materia.

Dados los fines perseguidos por el artículo 41, tendentes a la inmediata reintegración posesoria de los derechos reales inscritos, a su efectividad ha contribuido, de modo extraordinario, la inteligente ordenación de las medidas preventivas que en el mismo se establecen. La armónica conjunción del «proceso cautelar» y de las «cauciones procesales» han cooperado a la eficacia de dicho proceso. La orientación doctrinal que inspiró el contenido del párrafo 4 del artículo 41 y número 6 del 137 de la Ley y Reglamento, respectivamente, responden a la más pura orientación de las escuelas modernas (59), ins-

(57) Autor y obra citada, págs. 229 y sigs.

(58) En un sentido análogo se manifiestan otros autores como DEL VALLE FUENTES: *Consideraciones sobre la nueva Ley reformando la Ley Hipotecaria. Naturaleza jurídica del procedimiento que implanta el artículo 41 de la nueva Ley*, en esta REVISTA, 1948, págs. 560 y sigs.

(59) Vid. GUSTAV BOEHMER: *El Derecho a través de la jurisprudencia: su aplicación y creación*, Bosch, 1959, Barcelona, traducido y anotado por Puig Brutau; HANS PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, Bosch, 1957, Barcelona, traducción Melón Infante; MANS PUIGARNAU: *Hacia una ciencia general del Derecho*, Bosch, 1962, 2ª edición, Barcelona; CASTÁN: *Perspectivas filosófico-jurídicas del pensamiento contemporáneo*, discurso leído en la apertura de Tribunales en Madrid en 15 de septiembre de 1958, y también *Crisis mundial y crisis del Derecho*, discurso pronunciado en la apertura de Tribunales en 15 de septiembre de 1960, y la abundante bibliografía citada por los mismos.

piradas en el reconocimiento de una mayor flexibilidad y autonomía al poder judicial, que, en todo momento, se ha mostrado con la ponderación y equilibrio suficiente para llevar a efecto una paciente contribución en la elaboración del Derecho, inspirada en los principios fundamentales de justicia (60). No deben ni pueden establecerse barreras, minimizando los supuestos de actuación de los Tribunales. Si se proyectara esa idea empírica al plano de la justicia, equivaldría a su anquilosamiento y muerte. COUTURE (61) exhorta a los letrados a tener «fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustituto bondadoso de la justicia; y sobre todo..., en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz».

La expresión de la regla 6.^a del artículo 137 del Reglamento no sólo encierra los límites más exactos y ponderados al establecer que «se les requerirá para que presten la caución *adecuada* exigida por la Ley en la cuantía solicitada por el titular, si el Juez la encontrare *justa...*», sino que llega al más alto nivel de equilibrio y belleza concepcional de lo justo, al facultar al órgano jurisdiccional para que «si la estimase excesiva la (reduzca) a su prudente arbitrio».

Al establecer el «arbitrio judicial» lo hace en relación directa e inmediata con lo que constituye la esencia de la función: lo justo. El arbitrio judicial es aquella facultad decisoria que se atribuye al Juez para resolver en puntos concretos y a los que la norma no puede descender, dada la individualización de los supuestos que pueden plantearse. Pero ha de tenerse en cuenta que «arbitrio judicial» no quiere decir arbitrariedad. Nada más lejos de ello. Supone un actuar consciente que ha de tener como principio o razón motriz, la idea de lo justo. Unas veces esa idea se expresa concretamente por el legislador, como en el supuesto examinado, otras está latente en la misma norma, si bien en uno y otro supuesto constituye el actuar de los órganos jurisdiccionales.

Lo justo es una virtud que inclina a dar a cada uno lo que le pertenece. Es un sentimiento connatural e inmanente del propio ser. Está insito en nuestra propia esencia. Esa virtud imperecedera cons-

(60) BRONDO BRONDI, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», conferencia pronunciada el día 16 de mayo de 1951 bajo el título *La ciencia del Derecho como arte de lo justo*.

(61) Autor citado, en su extraordinario opúsculo *Los mandamientos del Abogado*, Buenos Aires, 1951, 8.º mandamiento, pág. 51.

tituye la sustancia que nutre la función misma de los órganos jurisdiccionales. De ella ha tomado su nombre y por ella actúa y procede, si bien con la humana falibilidad. Constituye su *affectio animi*. Es la *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere* de Ulpiano.

Dar a cada uno lo suyo—*sum cuique tribuere*—. Santo Tomás entiende por *suyo* «todo lo que está subordinado al hombre o establecido para su utilidad» (62). Por lo expuesto hemos de sentar la conclusión de que la plasmación del «arbitrio judicial» en la forma que se regula en la regla que comentamos supone un afán de coordinación entre Derecho y Justicia, llevada a efecto bajo la cristalización del pensamiento de Celso. Equidad como manifestación de lo justo (63). *Bonum et aequum*: indica justicia, y la actividad de los órganos jurisdiccionales se informan de esos principios.

Entendemos, por consiguiente, que en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria se ha de proyectar con más intensidad esa facultad en razón de los especiales intereses que se tratan de proteger. Han de conciliarse, de un lado, la fuerza prevalente de la presunción de legitimidad que establece el artículo 38, de subsiguiente inmediatitud en la reintegración posesoria, y, de otro, la situación reflejada por la realidad extrarregistral, que puede merecer asimismo protección, pero en el interin se reconoce preferencia a la apariencia de realidad libraria, que está bajo la salvaguardia directa de los Tribunales—artículo 1.º de la Ley Hipotecaria—frente a la protección remota que puede dispensarse al demandado. Para la conjugación preventiva de esos intereses antagónicos que al proceso abocan, entre un no poseedor que puede poseer y un poseedor que puede continuar en esa posesión, la *aequitas* debe ser la *ratio essendi* que inspire la «caución procesal».

Por las razones apuntadas estimamos como uno de los mayores aciertos del proceso regulado por el artículo 41 el régimen que se establece respecto de la caución procesal. Ahora bien, para su estimación valorativa—fijación del *quantum*—es necesario tener en cuenta los elementos de índole objetiva que en el mismo intervienen: frutos, indemnización de daños y perjuicios y costas, así como las características y circunstancias precisas para que puedan ser objeto

(62) Con esta idea fundamental están conformes todas las definiciones, tanto de los expositores paganos (Aristóteles, Cicerón, Ulpiano) como cristianos (San Agustín, San Ambrosio, etc.) y tanto en teólogos como filósofos y juristas.

(63) BRONDO BRONDI, conferencia citada, págs. 331 y sigs.

de plasmación en la parte dispositiva de la resolución final, teniendo en cuenta su contingencia y motivación.

Si el jurista desea evitar la permisiosa disociación entre Derecho y Justicia, entre el puro dogmatismo y lo justo, debe considerar la realidad tal cual es. Es decir, como se desenvuelve la vida, adaptando a ella las normas. Y una forma de llevar a efecto esa coordinación es mediante el «arbitrio judicial» en la forma que lo concebimos y se proyecta en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria y 137 del Reglamento. No podemos olvidar que la vida es siempre un *prius*, mientras que el Derecho es un *postertus*, y que éste debe adaptarse a aquél.

JOSÉ LUIS RUIZ-SÁNCHEZ,
Magistrado.

NOTAS

La Asociación. Su régimen jurídico en Derecho español

EL FENOMENO ASOCIATIVO EN GENERAL

1. BREVE REFERENCIA A LA TEORÍA DE LA PERSONA JURÍDICA.

Sin entrar en el estudio de la persona jurídica, conviene destacar que la limitación de las facultades humanas y la amplitud de sus anhelos son la causa de la asociación como fenómeno social.

El derecho de constituir asociaciones, es decir, de agrupar las fuerzas para la consecución de fines comunes, es considerado como un derecho natural. Y para aunar el esfuerzo el elemento más eficaz, el instrumento jurídico que más éxito ha tenido ha sido el de la personalidad jurídica. Su creación ha sido fruto de un largo proceso y de diversos ingredientes (romanos, germánicos y especialmente canónicos). Pero, como dice FLORES MICHEO, el legislador, como el aprendiz de brujo, ha desencadenado una fuerza que no sabe dominar y amenaza con ahogarle. Por eso observamos, de un lado, una tendencia moderna a restringir la concesión de personalidad jurídica, que se manifiesta de diversas maneras, como negar la posibilidad de que existan sociedades personalistas o como «levantar el velo de la personalidad», tras la que a veces se ocultan fines ilegales, ilícitos o inmorales (así DE CASTRO (1) en nuestra doctrina); y por otro lado, se llegan a aplicar algunas de las soluciones dadas para el

(1) Precisamente en este mismo número de la R. C. D. I. se hace una recensión de la última posición doctrinal de este autor.

fenómeno asociativo a otras figuras, a las que el Derecho romano no reconoce personalidad jurídica (como ocurre con la propiedad horizontal).

El C. c. español se elaboró en una época en que la teoría de las personas jurídicas estaba en plena expansión, lo que explica, junto a la escasez de reglas que les dedica, el que facilite de tal modo su constitución, que parece que todo fenómeno asociativo es considerado por este Cuerpo legal como dotado de personalidad jurídica.

3. TIPOS

Si bien, conforme a la teoría romanista y tradicional, sólo el hombre es ser capaz de derechos y obligaciones, ya hemos indicado anteriormente la conveniencia, y a veces necesidad, de que aunando los esfuerzos de varias personas físicas se puedan conseguir mejor finalidades que deban ser protegidas por el Derecho, bien porque signifiquen una unión de fuerzas (solidaridad), o bien porque expresen la voluntad humana de perpetuación de su voluntad.

Las asociaciones parecen responder de modo natural a la idea de la solidaridad o unión de fuerzas, mientras que las fundaciones responden a la idea de la perpetuación de la voluntad humana. Bien miradas las cosas, dice DE DIEGO, no hay más que dos formas o tipos de personas jurídicas: las modeladas por el tipo de asociación o cooperación y las estructuradas por el tipo de las fundaciones; sin perjuicio de que elementos de unas y otras se entrecrucen en el seno de muchas personas jurídicas existentes.

Junto a las formas asociativas reconocidas por la Sociedad, por hallarse legalmente constituidas, no cabe desconocer la existencia de ciertas asociaciones que carecen de personalidad, las que surgen con fines más o menos intelectuales, especialmente en los grandes centros de población, permaneciendo con frecuencia poco conocidas del gran público y libres de toda ingerencia, tutela y regulación de la autoridad del Estado. Unas veces se producirá tal situación porque, aunque existen «de facto» y pueden, por ende, obtener el reconocimiento, lo reducido de sus fines no justifica las molestias y gastos necesarios para constituirse legalmente. En otras se producirá tal situación por el lapso, con frecuencia prolongado, que media

entre la constitución del «substratum» y la terminación del expediente de reconocimiento (y en este sentido puede decirse que toda asociación ha atravesado un período de «no reconocida»). A veces, sin que la asociación sea ilícita, resulta frustrado el propósito de obtener el reconocimiento, no obstante lo cual sigue funcionando. Incluso hay casos de asociaciones no reconocidas porque lo prohíbe la Ley, que existen y funcionan y que el propio Ordenamiento ha venido más tarde a reconocer efectos a esa existencia ilegal, como ha ocurrido con ciertas Congregaciones religiosas.

3. EVOLUCIÓN DEL FENÓMENO ASOCIATIVO

Intuido ya por el Derecho romano, mediante las «collegia», para cuya creación se necesitaban al menos tres personas físicas («tria fiunt collegia»), obtuvieron cierto desarrollo las civiles y mercantiles inspiradas por ánimo de lucro, que se rigieron por las leyes ordinarias comunes (así, hoy Código civil y Código de comercio).

Especial interés tiene la sociedad civil que aparece en la Edad Media para organizar las relaciones artesanas y las de tipo agrario señorial.

Ya en los siglos XII y XIII aparecen las sociedades mercantiles con el precedente en la vieja «commenda» marina, que sucesivamente desarrolladas llegan hasta las actuales Sociedades Anónimas y de Responsabilidad limitada. Y el proceso evolutivo sigue en dirección a las macroempresas, pues en su constante crecimiento y progresiva asociación estamos asistiendo a las diversas formas de concentración de empresas.

Estas diferencias históricas de nacimiento con falta de simultaneidad, producen las dificultades de la técnica jurídica para la construcción de un tipo unitario aplicable a todas las figuras.

4. ASOCIACIONES Y FUNDACIONES

Tradicionalmente las personas jurídicas se han dividido en personas de tipo asociativo y personas de tipo institucional o fundacional. Las primeras («universitas personarum») tienen como elemento básico la pluralidad de personas, mientras que las segundas («uni-

versitas bonorum») tienen como elemento característico una organización dirigida a un fin determinado. Aquéllas se rigen por sí mismas con voluntad propia y éstas por una norma exterior que es la voluntad del fundador.

En nuestro Derecho positivo, y con referencia fundamentalmente al Código civil, no aparece claro que se encuentre esta sustancial dicotomía. Efectivamente, en algunos artículos (28, 35, 37 y 39) habla de corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público, a que se refiere el párrafo primero del artículo 35. Y en el artículo 36 asimila esas asociaciones de interés particular a la sociedad. Finalmente, en el artículo 38 se habla de la Iglesia y de los establecimientos de instrucción y beneficencia, y en un inciso al final del artículo 39 habla de instituciones.

Estos preceptos han originado numerosas dudas y dificultades de interpretación, a que aluden nuestros autores (así CASTÁN). La primera dificultad consiste en distinguir entre asociaciones y corporaciones, lo que motiva que algunos autores entiendan que la corporación hace referencia a un concepto de Derecho público, que se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido, mientras que las asociaciones hacen referencia a entes puramente privados que se regirán por la voluntad de quienes las componen; otros autores entienden que en las corporaciones predominan los fines colectivos, mientras que en las asociaciones, aunque sean de interés público, predominan los individuales.

Otra dificultad radica en determinar si pueden existir corporaciones de interés particular, o si, cuando esto se da, sólo pueden ser constituidas en forma de asociaciones y de corporaciones.

Claro que la anterior dificultad sólo surge para quienes ven la corporación como algo distinto de la asociación; en cambio, para quienes asimilan ambos conceptos (así, por ejemplo, BONET RAMON, según parece deducirse de su *Código civil comentado*, en pág. 100), tal dificultad desaparece. Entonces, corporaciones, asociaciones y sociedades vienen a tener un concepto lato similar, que persigue finalidades colectivas supraindividuales, mientras que las fundaciones pretenden la consecución de fines de cultura o beneficencia, con lo que los establecimientos de instrucción y beneficencia son especies de fundaciones. Finalmente, el término institución (art. 39 C. c.) comprenderá tanto las asociaciones como las fundaciones.

ASOCIACIONES

I.—CONCEPTO

Dice la Exposición de motivos de la Ley de 24 de diciembre de 1964 que es el derecho de asociación uno de los naturales del hombre que el positivo no puede menoscabar, y aun viene obligado a proteger, ya que al propio Estado interesa su mantenimiento y difusión como fenómeno social e instrumento de sus fines, forjados no sólo por la concurrencia de individuos, sino de asociaciones que necesariamente han de formar parte de su peculiar estructura.

CASTÁN define la asociación como «toda entidad formada para la realización de fines colectivos y permanentes de los hombres».

DUSI, como «ente abstracto, que persigue fines de utilidad colectiva».

RUBINO, como «aquel fenómeno por el cual dos o más personas vienen a encontrarse jurídica y establemente vinculadas por la persecución de un fin común».

Notas de su concepto.—Son, según RUBINO:

1.ª La participación de al menos dos personas en la fase de constitución.

2.ª El fin común. Cuando falta éste, como en ciertas agrupaciones (la familia, la estirpe, la comunidad accidental), no puede decirse que haya asociación. Y para que exista no basta con que varias personas persigan el mismo objeto, sino que la presencia del fin único sea el resultado de una determinación consciente concluida mediante acto voluntario de todos los partícipes.

3.ª Existencia de un vínculo jurídico. Cuando éste falta, como ocurre en las meras relaciones consuetudinarias, no puede hablarse de asociación.

4.ª La estabilidad del fin y del vínculo, de modo que el efecto jurídico del acto asociativo no se extingue por el único acto de ejecución.

Diferencias de figuras afines.

Han quedado señaladas las diferencias existentes entre asociaciones y fundaciones. Veamos las diferencias entre las asociaciones y otras figuras englobadas en la asociación en sentido amplio:

1) Con las sociedades.—Prescindiendo del criterio de la sustituibilidad o no de sus miembros (así, Coviello y Degni creen que la sociedad, por ser «intuitu personae», no admite la sustitución de sus socios), el criterio distintivo más en boga es el que entiende que en la sociedad no sólo se persigue un fin de ganancia, sino que la participación de los socios en los beneficios debe producirse sobre la base de recíprocas proporciones preestablecidas, o sea, fijadas antes de que la ganancia haya tenido lugar.

2) Con las cooperativas.—Tienen grandes analogías con las asociaciones, a las que se han llegado a identificar—así s. de 5 de julio de 1942—, pero persiguen fines comunes de orden económico social y sin ánimo de lucro ni reparto de beneficios, según reglas preestablecidas.

3) Con las mutuas.—Lo normal es que se trate de sociedades, pero cuando no persigan lucro repartible de modo preestablecido y en medida contingente, se tratará de verdaderas asociaciones.

4) Con las asociaciones en participación.—Nada tienen que ver con las asociaciones, pues carecen de fondo común y de órganos que las representen.

5) Con los consorcios voluntarios entre empresarios, se diferencian en cuanto que éstos se refieren a uniones o asociaciones de empresas, lo que pertenece al Derecho mercantil.

6) Con la propiedad horizontal las diferencias pueden considerarse mínimas, si bien hay que tener en cuenta dos principios de la moderna regulación legal, principios que resultan antagónicos: por un lado, no se dota a la propiedad horizontal de personalidad jurídica, a diferencia de las asociaciones; pero por otro lado, al establecer la Ley Ordenanzas y Estatutos a que debe ajustarse, hace pensar si ha querido el legislador acercarla a las asociaciones.

II.—CLASES.

Por su constitución, se distinguen las de origen voluntario; y las forzosas o coactivas, que deben su constitución a un imperativo estatal.

Por su composición: simples y federadas. La posibilidad de constituir Federaciones de Asociaciones es cosa admitida implícitamente en el Decreto de 1965; y aún permite que formen parte de agrupaciones o asociaciones de índole internacional, mediante acuerdo del Consejo de Ministros (art. 18). Por su particularidad, dicta el Decreto de 1965 las reglas pertinentes para su inscripción en los Registros Provinciales y Nacional de Asociaciones (art. 7., núm. 6).

Por su duración cabe distinguir las indefinidas de las temporales. A éstas se refiere el Decreto de 1965 (arts. 19 y 20), a las que sujeta a menores formalidades que a las indefinidas o perpetuas.

Por su fin, se diferencian las que lo persiguen lucrativo de las que no lo persiguen. Claro que las primeras, si distinguimos la asociación de la sociedad por el dato del fin lucrativo, tendremos que concluir que son verdaderas sociedades.

Por las leyes que las regulan, cabe distinguir las que se rigen por la Ley general (la de 24 diciembre de 1964 y Decreto de 20 de mayo de 1965), de las que se rigen por leyes especiales. Entre éstas citamos:

— Las de tipo militar, que se rigen por la Ley de 9 de abril de 1900.

— Las de tipo religioso (distintas de las autorizadas por el Concordato).

— Las de estudiantes, reguladas hoy por Decreto de 5 de abril de 1965.

— Como asociación política, y más bien corporación, sólo es lícita la Organización de F. E. T. y de las J. O. N. S., constituida por Decreto de 15 de abril de 1937.

— Los Montepíos y Mutualidades, si bien a este grupo de asociaciones les alcanzan muchos preceptos de la Ley de Asociaciones.

III.—RÉGIMEN JURÍDICO

1. LEGISLACIÓN APLICABLE.

La constitución de 1876 dio base para la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887. Posteriormente se dictó el Decreto de 25 de enero de 1941. La Constitución de 1876 no está vigente y las otras dos normas han sido derogadas expresamente por la Disposición final primera de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, texto que es el hoy vigente, desarrollada por Decreto de 20 de mayo de 1965.

No obstante, la Ley de 1964 no es de aplicación inmediata, pues entró en vigor el 30 de abril de 1965 (D. f. 2.º).

Como norma de derecho transitorio se dispone que las Asociaciones actualmente reconocidas deberán cumplir los preceptos de la Ley de 1964 que les sean aplicables, adaptando a la misma sus Estatutos, y solicitando en su caso las declaraciones necesarias de la Administración; y si en el plazo de un año, a partir de la publicación de la Ley (lo que tuvo lugar en el *Boletín Oficial* del día 28), dichas Asociaciones no se hubieren sometido a sus preceptos, se considerarán disueltas, sanción que se reitera en la Disposición transitoria del Decreto de 1965, el que puntualiza este extremo de la adaptación en el siguiente sentido:

1.º Las asociaciones que el día 30 de abril de 1965 se hallaren pendientes de la autorización exigida conforme al Decreto de 25 de enero de 1941, deberán constituirse con arreglo a la Ley de 24 de diciembre de 1964.

2.º La adaptación de los estatutos de las asociaciones cuyo patrimonio no excediere de un millón de pesetas y su presupuesto anual ordinario de las cien mil pesetas y su actividad social no rebase los límites provinciales, «procurarán» se verifique antes de 1 de octubre de 1965.

3.º Las restantes asociaciones «procurarán» adaptar sus estatutos antes de 1 de agosto de 1965.

EXCEPCIONES.—La Ley de 1964 no se aplica a:

1.º Las entidades que se rijan por el contrato de sociedad. constituidas con arreglo a los Derechos civil o mercantil.

2.º Las asociaciones constituidas con arreglo al Derecho canónico a que se refiere el artículo 4.º del Concordato vigente y las de la Acción Católica española, en cuanto desarrollen fines de apostolado religioso, manteniéndose, por lo que se refiere a actividades de otro género, de acuerdo con el artículo 34 de dicho Concordato, en el ámbito de esta Ley (la de 1964).

3.º Las que se constituyan con arreglo a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 16 del Fuero de los Españoles, las reguladas por la legislación sindical y las restantes sujetas al régimen jurídico del Movimiento.

Y el párrafo segundo del artículo 16 del Fuero de los Españoles dice que el Estado podrá crear y mantener las Organizaciones que estime necesarias para el cumplimiento de sus fines. Las normas fundacionales, que revestirán forma de Ley, coordinarán el ejercicio de este derecho con el reconocido en el párrafo anterior (o sea, el de libre asociación).

4.º Las de funcionarios, civiles y militares, y las del personal civil empleado en los establecimientos de las Fuerzas Armadas, que se regirán, en su caso, por sus leyes especiales.

5.º Cualesquiera otras asociaciones reguladas por leyes especiales (art. 2.º de la Ley de 1964).

6.º La Organización Sindical y las entidades y agrupaciones encuadradas en la misma (Disp. ad. 1.ª de la Ley de 1964).

2. CONSTITUCIÓN.

Distingámos a este respecto el acto por el que nacen a la vida las asociaciones de sus elementos personales y reales.

A. *Acto por el que nacen a la vida las asociaciones.*

De los diversos sistemas que se siguen en la doctrina y en el Derecho comparado—libertad de constitución, reconocimiento, aprobación gubernativa y creación estatal—nuestro Ordenamiento jurídico parece inclinarse por el del reconocimiento; incluso la misma Ley de 1964 emplea esta expresión (así, art. 3.º).

a) Naturaleza jurídica del acto constitutivo.—Las teorías de que se trata de una fuente de derecho objetivo (GIERKE, MESSINEO) y las que pretenden explicarlo a través de un acto de Derecho social (HAURIOU) han sido superadas, teniendo en cuenta que aunque debieran su existencia a un acto proveniente del Estado, la asociación estaría en todo caso sometida a unas normas estatales (RUBINO, OERTMANN).

En consecuencia, parece que se trata de un verdadero negocio jurídico, bien que de base asociativa y más concretamente de un contrato asociativo.

Presenta los caracteres de ser nominado, pues a juicio de RUBINO se halla previsto y regulado por la Ley; gratuito, salvo que persiga un fin lucrativo que redunde en beneficio de los asociados, y frecuentemente de adhesión. Es dudoso, en cambio, si se trata de un negocio único o múltiple.

b) Formas de constitución.—Cabe distinguir la simultánea de la sucesiva, si bien hemos de advertir que la Ley de 1964 no se hace eco de esta distinción de un modo expreso, pero a través de su articulado, especialmente al referirse a los fundadores como algo distinto de los socios (arts. 3.º y 5.º), puede atisbarse una base de diferenciación.

En la simultánea, los fundadores y los socios emiten su voluntad de pertenecer a la asociación de modo inmediato en el momento de la creación del ente jurídico, o, siguiendo a nuestra Ley, en el momento del «acta fundacional».

En la sucesiva, los fundadores, valiéndose de diversos medios, comienzan a recoger aisladamente las adhesiones de los socios, a los que someten previamente a un programa asociacional, que contendrá como mínimo la designación del fin. Reunidas las adhesiones que se juzguen suficientes, se procede a una asamblea general, la que estimamos puede en nuestro Derecho ser incluso posterior al momento del «acta fundacional».

c) Requisitos formales.—La teoría general de la persona jurídica nos enseña que para que nazca un ser o persona moral al Derecho se requiere un «substratum» y su reconocimiento.

La Ley española de 1964 exige, dando realidad a esos requisitos doctrinales, la creación del acta constitutiva, los Estatutos y la aprobación o reconocimiento gubernativo (art. 3.º). Veamos cada uno de ellos:

1) Acta fundacional.—Deberá formularse por varias personas naturales que, con capacidad de obrar, acuerden voluntariamente servir un fin determinado y lícito, según sus Estatutos.

Esto nos sugiere las consideraciones siguientes:

— Ha de tratarse de más de una persona natural, pero parece que con dos bastará.

— La capacidad es la de obrar, pero ¿podrá constituir asociación el menor emancipado?

— El acuerdo asociacional ha de ser voluntario, por lo que la teoría general de la voluntad y del consentimiento será aquí aplicable.

— El acuerdo asociacional voluntario ha de dirigirse a un fin determinado y lícito, que especificarán los Estatutos. La misma Ley (artículo 1.º) concreta lo que entiende por fin determinado y lícito: Se entienden determinados los fines de la asociación cuando no exista duda respecto a las actividades que efectivamente se propone desarrollar, según se deduzca de los Estatutos y de las cláusulas del acta fundacional. Se entiende por fines ilícitos los contrarios a los Principios Fundamentales del Movimiento y demás leyes fundamentales, los sancionados por las leyes penales, los que atenten contra la moral, el orden público y cualesquiera otros que impliquen un peligro para la unidad política y social de España.

2) Estatutos.—En ellos se establecerán todas las condiciones lícitas que pacten los fundadores, y además deberán regular los siguientes extremos (art. 3.º):

1.º Denominación, que no podrá ser idéntica a la de otras asociaciones ya registradas, ni tan semejante que pueda inducir a confusiones.

2.º Fines determinados que se propone.

3.º Domicilio principal y, en su caso, otros locales de la Asociación.

4.º Ambito territorial de acción previsto para la actividad.

5.º Organos directivos y forma de administración.

6.º Procedimiento de admisión y pérdida de la calidad de socio.

7.º Derechos y deberes de los mismos.

8.º Patrimonio fundacional, recursos económicos previstos y límites del presupuesto anual.

9.º Aplicación que haya de darse al patrimonio social en caso de disolución.

La modificación de los Estatutos era posibilidad admitida por la sentencia de 23 de abril de 1929; y a tal efecto, la Ley dice (artículo 6.º, cuarto) que la modificación de los Estatutos deberá aprobarse en Asamblea general extraordinaria, siguiendo ulteriormente los trámites establecidos por los artículos 3.º y 5.º.

Requisitos formales.—Nada dice la Ley al respecto, pero será muy conveniente que el acta fundacional y los Estatutos se hagan constar en escritura pública (o al menos protocolizarse mediante acta), especialmente si se tiene en cuenta que la representación de la Asociación y la inscripción de sus bienes en el Registro de la Propiedad se podrá obtener más fácilmente llenando tal formalidad.

3) Reconocimiento gubernativo.

Ofrece los siguientes trámites:

1.º Remisión por triplicado del acta fundacional, con los Estatutos, al Gobernador civil de la provincia del domicilio principal de la Asociación, dentro de los cinco días siguientes al de la fecha del acta fundacional.

2.º Cuando el patrimonio de la Asociación no sea superior a la cantidad de un millón de pesetas y el límite inicial del presupuesto anual a la de cien mil pesetas, y la actividad social prevista no rebase los límites provinciales, corresponderá al Gobernador, previo los informes que según la índole de la Asociación sean preceptivos en cada caso, dictar por escrito resolución motivada decidiendo acerca de la licitud y determinación de los fines a que se refiere el párrafo último del apartado 1) (relativo al acta fundacional), visando los Estatutos o, en su caso, recabando las rectificaciones que fueren precisas. Cuando se susciten dudas acerca de lo anteriormente dicho, los Gobernadores civiles elevarán el expediente al Ministro de la Gobernación, en la forma y a los efectos prevenidos en el párrafo siguiente.

3.º Dentro del plazo de treinta días el-Gobernador elevará al Ministerio de la Gobernación, informado, el expediente relativo a la calificación de los fines de las asociaciones cuando el patrimonio rebase la cifra de un millón de pesetas, o el límite presupuestario inicial sea superior a cien mil pesetas anuales, o cuando las actividades previstas rebasen el límite provincial. Previos los informes que según la indole de la Asociación sean preceptivos en cada caso, corresponderá al Ministro de la Gobernación dictar por sí o someter al Consejo de Ministros la pertinente resolución acerca de la licitud y determinación de los fines de la Asociación y, en su caso, visar igualmente los Estatutos. Igual facultad corresponderá al Ministro de la Gobernación con ocasión de los recursos de alzada interpuestos contra los actos y resoluciones de los Gobernadores civiles.

Si se cumplen por la asociación los requisitos expresados y sus fines no puedan reputarse ilícitos, la autoridad gubernativa no podrá denegar su reconocimiento.

B. *Elementos personales y reales.*

a) *Elementos personales.—Son los socios.*

Capacidad.—Si son los fundadores, su capacidad ya ha quedado examinada. Pero si adquieren la cualidad de socio con posterioridad surgen algunos problemas: Parece que los menores no emancipados precisan autorización paterna, pero en todo caso en tales menores se precisará capacidad de consentir.

Las mujeres de dieciocho a treinta y un años deben haber cumplido el Servicio Social para pertenecer a asociaciones deportivas, culturales, recreativas o análogas (D. 9 febrero 1944).

Las mujeres casadas, según el criterio dominante, no precisan autorización marital.

Los extranjeros tienen a este respecto los mismos derechos que los nacionales.

Parece que las personas jurídicas pueden tener la cualidad de socio de una asociación, pero lo pueden ser sus fundadores (pues para esto ya hemos visto exige la ley el «propósito de varias personas naturales»).

Posición del socio.—El «status» de socio lleva inherente una serie de derechos y obligaciones; y a ello se refiere la Ley (arts. 3.º y 6.º). Entre los derechos cabe destacar los económicos y los políticos (votar en las asambleas).

Los Estatutos determinarán tanto la adquisición de la cualidad de socio como su pérdida, así como los derechos y deberes que tengan en la asociación.

Prohibición: Las asociaciones no podrán formar parte de agrupaciones o entidades de carácter internacional ni adoptar denominaciones alusivas a las mismas sin previa autorización acordada en Consejo de Ministros (Disp. ad. 2.ª).

Fichero.—En toda asociación se llevará un fichero y un libro registro de los nombres, apellidos, profesión y domicilio de los asociados (art. 6.º).

b) Elementos reales.—Está constituido por el patrimonio social.

Constituyen el patrimonio social las aportaciones de los socios y los demás derechos que adquiera la sociedad. A este respecto tiene especial importancia la llamada «cuota de entrada» que se exige a los que pretenden ingresar como socios en determinadas asociaciones.

Ya hemos visto cómo los Estatutos deben contener las menciones referentes al patrimonio fundacional, a los recursos económicos previstos y a los límites de su presupuesto anual.

Adquisiciones a título gratuito.—Las asociaciones—dice el artículo 9.º—podrán recibir libremente donaciones a título gratuito en cantidades que no excedan de 50.000 pesetas al año. Para cantidades que oscilen entre 50.000 y 250.000 pesetas necesitarán expresa autorización del Gobierno civil. Para las que rebasen durante el año esta última cifra será necesaria autorización expresa del Ministerio de la Gobernación. De lo anteriormente establecido quedan exceptuadas las subvenciones procedentes de los Presupuestos Generales del Estado y de sus Organismos autónomos, de las Corporaciones locales, de los Organismos dependientes del Movimiento y en general todas aquellas liberalidades que se realicen en favor de las asociaciones reconocidas de «utilidad pública».

C. Régimen especial de las asociaciones declaradas de utilidad pública.

Las asociaciones dedicadas a fines asistenciales, educativos, culturales, deportivos o cualesquiera otros fines que tiendan a promover el bien común—dice el art. 4.º—, podrán ser reconocidas como de «utilidad pública». Las asociaciones reconocidas como de utilidad pública tendrán derecho a utilizar esta mención en todos sus documentos y gozarán de las exenciones y subvenciones y demás privilegios de orden económico, fiscal y administrativo que en cada caso se acuerden. La declaración de utilidad pública se hará por acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de la Gobernación, previo informe del Departamento u Organismos interesados y con los requisitos y procedimientos que reglamentariamente se determinen. Respecto de las asociaciones de utilidad pública que persigan análogas finalidades sociales podrá acordarse en Consejo de Ministros, de oficio o a instancia de parte interesada, la constitución y Estatutos de Federaciones de las mismas. En el Decreto de aprobación se especificará si la agrupación en la federación correspondiente será requisito condicionante de ulteriores reconocimientos de asociaciones de utilidad pública con aquellos fines.

El Decreto de 20 de mayo de 1965 dedica a estas asociaciones de utilidad pública al Capítulo I (arts. 2.º a 5.º), en los que además de los trámites necesarios para su declaración como tales determina los derechos de que gozan, así como la singular «obligación» que tienen de suministrar a la Administración los informes que sobre materias de índole no interna ésta les requiera dentro de la materia a que se contraigan los fines de la entidad.

La declaración de asociación de utilidad pública se hará por Decreto aprobado en el Consejo de Ministros y se inscribirá en los Registros Nacional y Provincial de Asociaciones, con las menciones que exige el artículo 7.º, número cuarto, de dicho Decreto de 1965.

3. PUBLICIDAD.

Existen dos Registros de Asociaciones: Uno provincial, en el que se inscribirán todas las que se domicilien en cada provincia. Otro

central, en el Ministerio de la Gobernación, de carácter nacional, en el que se inscribirán todas las del territorio nacional.

La inscripción se verificará de oficio y dentro del plazo de un mes, a contar de la fecha de las resoluciones de su reconocimiento si fuere necesario. Para las que no precisen de tal reconocimiento, desde que quedaron válidamente constituidas.

Tanto los Registros provinciales como el Registro nacional de Asociaciones serán públicos (art. 5.º).

El Decreto de 1965 regula (arts. 6.º a 9.º) con detalle esta materia.

4. FUNCIONAMIENTO.

A. *Regla general.*

Los estatutos determinarán el régimen de cada asociación. También regularán el régimen los acuerdos válidamente adoptados por su asamblea general y órganos directivos, dentro de la esfera de su respectiva competencia (art. 6.º).

El Decreto de 1965 regula (arts. 6.º a 9.º) con detalle esta materia.

B. *Organos.*

Distinguimos fundamentalmente los deliberantes de los ejecutivos.

Organo deliberante.—Es el que expresa la voluntad de los asociados. Dice la Ley que el órgano supremo de las asociaciones será la asamblea general, integrada por los socios, que adoptarán sus acuerdos por el principio mayoritario y que deberá ser convocada, al menos, en sesión ordinaria una vez al año para aprobación de cuentas y presupuesto, y en sesión extraordinaria cuando así se establezca en los estatutos y con las formalidades que en los mismos se determinen.

Modo de funcionar.

1.) Local, el que designen como domicilio social.

2) Comunicación a la autoridad gubernativa. Las asociaciones sometidas a la Ley de 1964 deberán comunicar al Gobernador civil de la provincia, con setenta y dos horas de antelación, la fecha y hora en que hayan de celebrarse las sesiones generales (art. 7.º).

3) Acceso de la autoridad.—Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Orden público, la Autoridad gubernativa tendrá acceso, por representantes especialmente designados, al local en que se celebren las reuniones y a los libros y documentos que se lleven en las asociaciones reguladas por la Ley de 1964 (art. 8.º).

Organo ejecutivo.—Sin perjuicio de la asamblea, las asociaciones estarán regidas por una Junta directiva, la cual pondrá en conocimiento del Gobernador civil de la provincia la composición de los órganos rectores en el plazo de cinco días a partir de la fecha de su elección total o parcial, y el presupuesto anual de ingresos y gastos, en el mismo plazo, a partir de la fecha de su aprobación.

Otros órganos.—Podrán existir, y la Ley dice que serán objeto de determinación reglamentaria.

El capítulo III (arts. 10 a 18) del Decreto de 1965 regula con más detalle esta materia.

5. SANCIONES.

La autoridad gubernativa suspenderá de oficio, o a instancia de parte, las actividades de aquellas asociaciones reguladas por la presente Ley—dice el art. 10— que no se hayan constituido conforme a lo en ella prevenido.

Añade que las mismas autoridades podrán decretar la suspensión de las asociaciones sometidas al ámbito de esta Ley, por plazo no superior a tres meses, cuando no atemperen su funcionamiento a lo dispuesto en la misma.

Pueden ser asimismo objeto de suspensión los actos o acuerdos de estas asociaciones que adolezcan de los mismos defectos a que hace referencia el apartado anterior o incurran en ilicitud de fin.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Orden público, podrá asimismo la Autoridad competente suspender las asociaciones de cualquier régimen con ocasión de actos ilícitos, contrarios a los principios fundamentales del Movimiento y demás leyes fundamentales.

Corresponde a los Tribunales confirmar o revocar los acuerdos gubernativos y decretar, si procede, la disolución. A estos efectos, los acuerdos de suspensión serán comunicados a la Autoridad judicial competente dentro del término de tres días.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Orden público, en los

supuestos comprendidos en los apartados anteriores, los Gobernadores civiles podrán imponer sanciones de hasta 25.000 pesetas y el Ministro de la Gobernación de hasta 500.000.

6. PROCEDIMIENTO.

En todas las cuestiones que se susciten en vía administrativa sobre el régimen de las asociaciones será aplicable la Ley de Procedimiento Administrativo, y en su caso la de lo Contencioso-administrativo.

En todas las demás cuestiones en que no sea parte la Administración será competente la jurisdicción ordinaria (art. 11).

7. DISOLUCIÓN.

Formas.—Puede ser voluntaria, por acuerdo de los socios, con las condiciones que fijen los estatutos; estatutaria, cuando haya sido prevista en los estatutos; y forzosa, a virtud de sentencia judicial.

La Ley dice que procederá la disolución por voluntad de los socios, por las causas determinadas en el artículo 39 del Código civil (expiración del plazo, cumplimiento del fin propuesto o imposibilidad de cumplirle) y por sentencia judicial (art. 6.º).

Efectos.—En cuanto a los miembros de la asociación, produce efectos «ex tunc». En cambio, respecto a terceros, las deudas y créditos quedan inalterados hasta su total liquidación.

Liquidación.—La norma del artículo 39 del C. c. (aplicación del patrimonio conforme a las normas contenidas en la propia sociedad, y en su defecto aplicándolo a fines análogos de la Región, Provincia o Municipio), debe completarse con la establecida en el artículo 3.º de la Ley de 1964: los estatutos deberán fijar la aplicación que haya de darse al patrimonio social en caso de disolución.

Pero, ¿«quid» en el caso de que los estatutos nada digan al respecto? ¿Deberán rechazarse y no ser reconocida la asociación?, o por el contrario, ¿se aplicará el artículo 39 C. c. como norma de carácter general, conforme al artículo 16 del mismo C. c.?

RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS

Registrador de la Propiedad
Notario.

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: 1.—*Decreto sobre normas complementarias de la Ley de Asociaciones.* 2.—Constitución y modificación de las Asociaciones. 3.—Asociaciones de utilidad pública. 4.—Registro Nacional y Provincial de Asociaciones. 5.—Régimen, funcionamiento y disciplina de las Asociaciones. 6.—Asociaciones de hecho de carácter temporal. 7.—Adaptación de las Asociaciones existentes a la Ley. 8.—*Decreto sobre uso temporal o más de una vivienda de las construidas con la protección del Estado.* 9.—*Decreto sobre la publicidad de la venta de viviendas construidas con la protección del Estado.* 10.—*Decreto sobre arrendamiento forzoso y desahucio de viviendas construidas con la protección del Estado.* 11.—*Decreto que fija la renta inicial de las viviendas subvencionadas y modifica su financiación.* 12.—*Ley reguladora de los derechos póstvos de los funcionarios de la Administración civil del Estado.*

1. El Decreto 1.440/65 dicta las normas complementarias de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 (B.O. 7 de junio de 1965).

Estas disposiciones afectan a la constitución y modificación de las Asociaciones, a las de utilidad pública, al Registro Nacional y Provincial de las mismas, así como a su régimen, funcionamiento y disciplina, a las de hecho de carácter temporal y a la adaptación de las existentes a la Ley.

Las normas complementarias se ajustan a la Ley, reproduciéndola literalmente en las cuestiones más importantes, y eran necesarias, dado que la fundamental innovación legal en esta materia reduce o suprime la posible aplicación de las anteriores regulaciones reglamentarias.

2. La constitución o modificación de las Asociaciones tendrá lugar según el procedimiento establecido por la Ley, y en lo no previsto en la misma según las reglas contenidas en la legislación de procedimiento general, en cuanto sean de aplicación.

La modificación de los estatutos deberá aprobarse en Asamblea General extraordinaria, siguiendo después los trámites fijados en la Ley, debiendo las Asociaciones remitir al Gobernador civil de la provincia de su domicilio una certificación de la sesión, conteniendo las modificaciones aprobadas en la misma, dentro del plazo de cinco días, a contar desde la fecha de la reunión extraordinaria.

3. Las Asociaciones dedicadas a fines asistenciales, educativos, culturales, deportivos o cualquiera otros que tiendan a promover el bien común, podrán ser reconocidas como de utilidad pública mediante acuerdo del Consejo de Ministros. Las referidas asociaciones tienen los siguientes derechos: usar el título de utilidad pública a continuación del nombre de la Entidad; exenciones que las Leyes les reconozcan; preferencia en la concesión del crédito oficial y en la distribución de subvenciones estatales; ayuda técnica y asesoramiento de la Administración del Estado y el de ser oídas: en la preparación de disposiciones generales relacionadas directamente con las materias de su actividad, en los programas de acción y en el establecimiento de nuevas directrices cuando, con carácter discrecional, se estime conveniente.

Están obligadas: a facilitar a la Administración informes dentro de la materia a que se contraigan los fines de la Entidad y a presentar anualmente, ante el Ministerio de la Gobernación, una Memoria de sus actividades y trabajos.

Las Asociaciones de esta naturaleza que persigan análogas finalidades, por acuerdo del Consejo de Ministros, de oficio o a instancia de parte, se constituirán en Federaciones, cuyos Estatutos se fijarán también por el Consejo de Ministros. El Decreto de aprobación especificará: si la agrupación en la Federación correspondiente será requisito condicionante de ulteriores reconocimientos de Asociaciones con la misma finalidad social; y si los derechos y beneficios se otorgarán directamente o a través del órgano federativo correspondiente.

4. Existirá un Registro General de Asociaciones en el Ministerio de la Gobernación y Registros Provinciales en los Gobiernos civiles u Organismos que en determinadas circunscripciones del territorio nacional tienen atribuidas sus funciones. En el primero se inscribirán todas las Asociaciones existentes, cualquiera que sea su domicilio, y en los segundos las que lo tengan en la respectiva provincia. Los

Registros se llevarán por el sistema de hojas normalizadas y numeradas correlativamente, siguiendo el orden cronológico de la fecha del primer asiento. Serán objeto de inscripción: la constitución de las Asociaciones, las modificaciones estatutarias, las declaraciones de utilidad pública y la disolución de la Federación de las mismas. Se enumeran en las normas complementarias los extremos que se anotarán en cada uno de los casos enunciados.

También están sujetas a inscripción las siguientes Asociaciones excluidas del ámbito de la Ley: primero, las constituidas según el Derecho canónico a que se refiere el artículo 4.º del Concordato vigente y las de Acción Católica Española, en cuanto desarrollen fines de apostolado religioso; segundo, las que se constituyan conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 16 del Fuero de los Españoles, las reguladas por la legislación sindical y las restantes sujetas al régimen jurídico del Movimiento; tercero, las de funcionarios civiles y militares y las del personal civil empleado en los establecimientos de las Fuerzas Armadas; y cuarto, cualesquiera otras reguladas por leyes especiales. Dichas inscripciones comprenderán la constitución y la disolución de la Asociación, conteniendo los datos que se ordenan en las normas complementarias.

Anejo al Registro y formando parte del mismo existirá un expediente o protocolo por cada una de las Asociaciones sometidas al ámbito de la Ley.

El plazo para la inscripción será de un mes, a contar, respecto a las Asociaciones sometidas al ámbito de la Ley, desde las fechas de las resoluciones pertinentes de los Gobernadores Civiles o del Ministerio de la Gobernación, o de los acuerdos del Consejo de Ministros y de los acuerdos sociales y sentencias judiciales de disolución. En cuanto a las Asociaciones excluidas de la regulación de la Ley, el plazo será también de un mes a partir de la fecha en que aquellas quedaron válidamente constituidas o disueltas con arreglo a su régimen específico.

Las inscripciones de las Asociaciones sometidas a la Ley se harán de oficio y las de las excluidas de ella en virtud de comunicación de la Autoridad competente. Las certificaciones con relación al Registro serán expedidas, en el General por el Jefe de la Sección correspondiente, en los Provinciales por el Secretario del Gobierno Civil,

y los correspondientes al expediente o protocolo por el Secretario o Jefe de la dependencia en que se encuentren.

Los que tengan la condición de interesados, con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo, podrán examinar los Registros, los expedientes o protocolos y tomar las notas que consideren convenientes.

5. El régimen de las Asociaciones reguladas por la Ley se determinarán por sus propios Estatutos y los acuerdos válidamente adoptados por la Asamblea general y órganos directivos dentro de la esfera de su respectiva competencia, estándose, en lo no previsto, a lo establecido en la Ley y normas complementarias.

La representación legal de la Asociación la ostentará el Presidente y, en su caso, quienes estatutariamente se determine.

Salvo lo que dispongan los estatutos, será necesario en todo caso el voto favorable de las dos terceras partes de los asociados presentes o representados, tomada en Asambleas generales extraordinarias, para la disposición o enajenación de bienes, nombramiento de las Juntas directivas, administradores y representantes, solicitud de declaración de utilidad pública, acuerdos sobre constitución de Federaciones o para integrarse en las existentes y disolución de la Asociación. La modificación de los estatutos deberá aprobarse en Asamblea General extraordinaria.

También se determinará el quorum para la constitución de Asambleas ordinarias y extraordinarias y plazo para las convocatorias.

Las Asociaciones deberán llevar, debidamente habilitados para ello, el Libro Registro de Asociados y los Libros de Actas y Contabilidad.

6. Las personas naturales o jurídicas que pretendan promover suscripciones o cuestaciones públicas, festivales benéficos o iniciativas análogas destinadas a arbitrar fondos para una finalidad lícita y determinada, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio de la Gobernación, o del Gobierno Civil correspondiente, si el ámbito en que vayan a desarrollarse los actos no rebasa el marco de la provincia. La Autoridad Gubernativa prohibirá éstas iniciativas cuando no puedan considerarse determinadas o lícitas.

7. Las Asociaciones que se hallen reconocidas en la fecha de entrada en vigor de la Ley deberán actualizar su situación de acuerdo con las reglas enumeradas en las normas complementarias.

8. El Decreto 1.443/65 de 3 de junio regula el uso temporal o de más de una vivienda de las construídas con la protección del Estado. (B. O. 7 de junio de 1965.)

Generaliza, extendiéndola a todas las viviendas construídas con la protección del Estado, las limitaciones establecidas respecto a las de renta limitada y por haberse incumplido lo dispuesto en tal sentido agrava las sanciones e introduce nuevas medidas para la mayor efectividad y protección de los intereses vulnerados.

Dispone, en primer lugar, que las viviendas construídas con la protección del Estado, cualquiera que sea el régimen a que se hallen acogidas, habrán de dedicarse a residencia habitual y permanente, entendiéndose por tal la que constituye el domicilio legal del titular, propietario, inquilino o usuario, quedando prohibida la reserva o disfrute para uso propio, cualquiera que sea el título, de más de una vivienda de las construídas con la protección del Estado, salvo tratándose de familia numerosa, siempre que las viviendas constituyan una unidad horizontal o verticalmente.

Se asegura el cumplimiento de lo ordenado mediante las siguientes sanciones: descalificación de la vivienda o viviendas; inclusión en las infracciones previstas en el Decreto de 18 de febrero de 1960; desahucio, requerimiento para que se ocupe la vivienda en el plazo de treinta días.

De los contratos de cesión por cualquier título de dichas viviendas se tomará razón en el Registro de las Delegaciones provinciales, presentándose los contratos por triplicado y devolviéndose dos ejemplares sellados y visados. En las escrituras públicas que se otorguen se harán constar expresamente las limitaciones establecidas en el Decreto.

9. El Decreto 1.444/65, de 3 de junio, regula la publicidad de la venta de viviendas construídas con la protección del Estado. (B. O. 7 de junio.)

Para evitar confusiones a quienes desean adquirirlas e incluso la comisión de hechos delictivos, se dispone que será requisito indispensable para la publicidad de la venta de viviendas construídas por

el Estado, bien por anuncios en la prensa o por cualquier otro sistema de propaganda, que el texto haya sido aprobado previamente por la Delegación del Ministerio de la Vivienda de la provincia en que aquéllas radiquen.

Dichas Delegaciones llevarán un Registro de propaganda y publicidad, en el que se tomará razón de cuantas solicitudes se reciban de aprobación de los textos publicitarios de esta clase de viviendas.

La solicitud de aprobación del texto publicitario se dirigirá al Delegado acompañada de ejemplar triplicado de su texto, en el que deberán constar necesariamente los datos que en el Decreto se detallan.

Aprobado el texto, la Delegación devolverá al interesado un ejemplar señalando el número de inscripción que le corresponda en el Registro, el cual habrá de figurar con dicho texto en la publicidad de venta de viviendas que corresponda.

Las infracciones de tales disposiciones se considerarán como muy graves, a los efectos del Decreto de 18 de febrero de 1960.

10. El Decreto 1.445/65, de 3 de junio, regula el arrendamiento forzoso de las viviendas construidas con protección del Estado, no enajenadas en los plazos legales y el desahucio de los arrendatarios que no las utilicen o las tengan habitualmente desocupadas. (B. O. 7 junio de 1965.)

El citado Decreto tiene por finalidad acabar con la especulación ilícita realizada mediante la no enajenación de las viviendas calificadas para venta y evitar la desocupación injustificada de las habitadas por inquilinos o usuarios.

A tales efectos dispone que cuando los promotores de viviendas construidas con la protección del Estado para venta no las hayan enajenado en el plazo previsto en las disposiciones vigentes, estarán obligados a cederlas en arrendamiento, a cuyo efecto serán requeridos por la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda, a fin de que en el plazo de tres meses, a contar de la fecha del requerimiento, presenten para su visado los oportunos contratos de arrendamiento, o en otro caso soliciten la descalificación voluntaria de las viviendas.

En cuanto a las viviendas desocupadas, se ordena que las construidas con la protección del Estado no podrán estarlo, por lo que

una vez acreditada la no ocupación la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda requerirá al propietario a fin de que en el plazo de tres meses, a contar de la fecha del requerimiento, aporte el contrato o contratos de cesión o acceso a la propiedad, según proceda, a favor de persona que ostente la cualidad de cabeza de familia o acredite la utilización de la vivienda, o, en otro caso, presente solicitud de descalificación voluntaria. Los inquilinos usuarios de viviendas también construidas con la protección del Estado que no las utilicen o las tengan habitualmente desocupadas incurrirán en infracción grave, por aplicación del Decreto de 18 de diciembre de 1960.

Transcurridos los plazos expresados, o una vez firme la resolución recaída en el expediente sancionador, se comunicará al Gobernador civil de la provincia a los efectos de la disposición adicional segunda de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, salvo que proceda el desahucio, conforme a las disposiciones legales vigentes.

11. El Decreto 1.446/65, de 3 de junio, fija la renta inicial de las viviendas subvencionadas y modifica su financiación. (B.O. 7 de junio de 1965.)

Determina las rentas iniciales que han de regir en el año 1965 para las viviendas calificadas provisional o definitivamente en la fecha de la publicación del Decreto.

También fija los correspondientes a las nuevas construcciones, a fin de conseguir una elevación de los módulos mínimos de habitabilidad.

Estas nuevas rentas requieren que se modifique el sistema de financiación, a fin de que no grave un esfuerzo económico excesivo en el usuario. Para lograr este fin se amplía el préstamo complementario a viviendas cuya superficie sea igual o superior a 75 metros cuadrados, aplazándose en cinco años la iniciación del reintegro de dicho préstamo.

12. La Ley 30/65, de 4 de mayo, regula los derechos pasivos de los funcionarios de la Administración Civil del Estado. (B.O. 5 mayo.)

Los excluidos del ámbito de la Ley de Retribuciones que en la actualidad causan pensiones con arreglo al Estatuto de 22 de octubre de 1926 y sus disposiciones complementarias continuarán bajo el

mismo régimen que en la actualidad están, en tanto que no se determine por Ley el régimen de derechos pasivos correspondientes a dichos funcionarios. Como se dijo en la Crónica de Legislación de mayo y junio últimos, no caben dentro del referido artículo, entre otros, los funcionarios de la Administración de Justicia y los equiparados a los mismos.

La Ley se aplica a los funcionarios civiles de carrera que cesen en el servicio, los cuales causarán derechos pasivos para sí o para sus familias.

La nueva Ley de Retribuciones permite simplificar la base reguladora para la determinación de las pensiones y los servicios abonables, así como suprimir las escalas de porcentajes.

Servirá de base reguladora la misma del sueldo, trienios y pagas extraordinarias. Respecto a los funcionarios que hayan permanecido en la situación de excedencia forzosa, excedencia especial o de supernumerarios se tendrán en cuenta los sueldos y trienios que hubieran alcanzado, aunque por razón de la situación no se hayan percibido en todo o en parte.

Cuando se hayan desempeñado puestos o cargos de libre designación, retribuidos con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, la base reguladora serán las cantidades mayores percibidas durante un año.

Para causar pensión ordinaria de jubilación será preciso que el funcionario haya pasado a dicha situación por alguna de las causas previstas en el artículo 39 de la Ley de 7 de febrero de 1964 y que haya completado tres trienios como mínimo.

Para la jubilación voluntaria por treinta años de servicios es indispensable que al funcionario se le hayan reconocido diez trienios como mínimo.

La jubilación forzosa por edad es automática y en ningún caso podrán tenerse en cuenta servicios prestados o cantidades devengadas después de cumplir la edad reglamentaria.

No obstante, si el funcionario, al cumplir la edad de jubilación forzosa, tuviera reconocidos dos trienios sin completar los tres exigidos como mínimo, podrá solicitar prórroga en el servicio activo hasta completar el citado mínimo.

Las pensiones ordinarias de jubilación serán del 80 por 100 de la base reguladora, excepto cuando se trate de jubilación voluntaria

por razón de haber cumplido treinta años de servicios efectivos a la Administración, o tener cumplidos sesenta años de edad, casos en que, a menos de que ambas circunstancias concurren, la pensión será el 60 por 100 de la expresada base reguladora.

Los funcionarios pueden causar pensiones de viudedad, de orfandad o en favor de los padres o del que de ellos viviere. Para causar pensión a favor de las familias es necesario que el funcionario fallecido haya completado como mínimo dos trienios como funcionario de carrera de la Administración del Estado, requisito éste que no será exigible cuando el fallecimiento se haya producido dentro de los seis primeros años de servicios ininterrumpidos. La cuantía de las pensiones será el 25 por 100 de la base reguladora.

Los funcionarios, cualquiera que sea el tiempo de servicios prestados, que se inutilicen o fallezcan en acto de servicio, o en ocasión o como consecuencia de él, sea por accidente o por riesgo específico del cargo, causarán en su favor o en el de sus familias una pensión igual a la cuantía de la base reguladora.

Los titulares de pensiones civiles del Estado tendrán derecho a percibir el complemento familiar en la cuantía y condiciones establecidas para el funcionario en servicio activo.

Será computable el tiempo del servicio militar, estimándose como doble el prestado en campaña. También se computará como doble el servicio por los funcionarios civiles en las provincias españolas de Africa Occidental o en la Región Ecuatorial.

La Ley regula el procedimiento para actualizar las pensiones que resulten afectadas como consecuencia de las modificaciones que se establecen en la Ley de Retribuciones, mediante un sistema porcentual que evite el retraso que implicaría la revisión individualizada de cada expediente.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

**CANCELACIÓN DE HIPOTECA EN GARANTÍA DE PRÉSTAMO GANANCIAL: ES
VÁLIDA LA ESCRITURA AL EFECTO OTORGADA POR EL MARIDO
SOLAMENTE.**

Resolución de 8 de junio de 1964 («B. O.» de 24 de julio de igual año).

Por escritura autorizada en Madrid ante el Notario don Luis Casanueva Usera el 11 de agosto de 1960, don J. V., en representación de don J. R., casado con doña R. L., concedió a don T. G. un préstamo de 750.000 pesetas, en garantía del cual el deudor hipotecó en favor de la sociedad de gananciales de los acreedores una finca de su propiedad, sita en Madrid, y devuelto el préstamo se otorgó por el marido, el 23 de octubre de 1961, ante el Notario de Madrid don Manuel de la Cámara Alvarez, escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «No practicada la cancelación de hipoteca comprendida en la anterior escritura —número 3.210 del protocolo del Notario de esta capital don Manuel de la Cámara Alvarez, del año en curso—, por no haber expresado su consentimiento para dicha cancelación la esposa del acreedor cancelante, y se estima necesario tal consentimiento porque el expresado derecho real de hipoteca, establecido en escritura de 11 de agosto de 1960, se halla inscrito en este Registro a favor de don J. R. y su esposa doña R. L., conjuntamente y para su sociedad conyugal, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario y, por consiguiente, no se considera aplicable la norma establecida en

el párrafo final del artículo 178 del mismo Reglamento, referente a los casos en que el derecho real de hipoteca figure sólo inscrito a nombre del marido, sino la del artículo 96 del citado Reglamento en relación con el 1.413 del reformado Código civil. No se ha solicitado anotación preventiva.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante a efectos doctrinales, pues se ratificó la otorgada sólo por el marido por su esposa, y se obtuvo la pretendida cancelación, la Dirección revoca el Auto del Presidente y nota del Registrador, mediante el Considerando siguiente:

Que este expediente plantea idéntico problema a los debatidos en las Resoluciones de 23 de mayo y 3 de junio de 1964 y han sido utilizados los mismos razonamientos, por lo que procede declarar que es inscribible la escritura de cancelación de una hipoteca inscrita a favor de los dos cónyuges, y para la sociedad conyugal, en la que presta el consentimiento solamente el marido, ya que aun sin desconocer la naturaleza del acto dispositivo que encierra y la distinta importancia que los Ordenamientos jurídicos conceden a los actos por los que se constituyen, modifican o extinguen las relaciones jurídicas obligatorias de aquellos otros que engendran efectos jurídicos reales, es lo cierto que la reforma del artículo 1.413 del Código civil ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.412, que permite al marido, como administrador de la sociedad legal de gananciales, la facultad de cobrar los créditos pendientes, por lo que al quedar extinguida la obligación principal y dada la accesoriedad del derecho de hipoteca parece permisible autorizar que el marido pueda válidamente consentir la cancelación y con ella facilitar la armonía entre las declaraciones contenidas en los libros del Registro y la realidad jurídica extrarregistral, así como evitar perjuicios al propietario de la finca gravada.

o o o

Parecerá extraño que a estas fechas explanemos—con nuestra acostumbrada glosa—la precedente Resolución, de la que la de 23 de mayo de 1964 fue precursora y a la que prestamos la atención que se merecía.

Pero conocedores de que el Registrador implicado en la presente —nuestro *primer Registrador*, como ya tuvimos ocasión de proclamar en las Observaciones que hicimos a uno de sus últimos trabajos—, había de dedicar a esta Jurisprudencia una más extensa crítica que la simple de defensa que se desprende del dictamen de su nota calificadora, y esto—en gesto elegante que le honra—, desligado de su función activa de Registrador, para que no se viera en ello pasión ni amor propio alguno, sino el afán que siempre le guió de enaltecimiento a la Institución a que consagró lo mejor de su talento, esperamos la aparición de dicho trabajo, que al par que nos ilustraría y pudiera hacernos rectificar en nuestra postura, nos serviría para —una vez más, y son ya incontables—rendir homenaje de admiración y respetuoso afecto a este gran Registrador que nos enseñó y guió a cuantas promociones de sus compañeros siguieron a la suya, y de las primeras la nuestra, que tanto ya por años de servicio y de edad se acerca a la del maestro Ramón DE LA RICA (cuyo nombre, sin decirlo hasta ahora, en la mente del que nos siguiera estaría).

Excusado es decir que tal trabajo no nos defraudó en absoluto. Una vez más la prosa tersa, límpida, del gran escritor que, a más de jurista, es Ramón DE LA RICA, resplandece y subyuga. Igual puede decirse del Dictamen a la nota y parejamente a aquél es de justicia resaltar el brillante, documentado y—para nosotros—convinciente Informe en el particular caso del recurso del Notario señor De la Cámara Alvarez.

Escribe LA RICA con harta razón en el trabajo al que nos venimos refiriendo («La mujer casada y la cancelación de créditos gananciales», número de marzo-abril, 1965, esta Revista), que resulta innegable la enorme influencia que las reformas del Código ejercen en el coto hipotecario. De ahí, y ante las disparidades de criterio inmediatamente surgidas en éste y otros problemas, el que una de las finalidades, según el preámbulo de la última reforma del Reglamento Hipotecario, fuese coordinar sus disposiciones «con la última y sustancial reforma de aquél».

Nuestro parecer—modestísimo, infimo parecer—es que se debió esperar a que el tiempo hubiese ido decantando todo lo reformado (del Código y anterior Reglamento, el de 1947) y especialmente en el Reglamento no llegar a *más* de lo que el mismo Código había llegado. Tal—como expusimos en la nota 10 de nuestros «Comen-

tarios» a Ramón de la Rica, página 628, año 1959, esta Revista—con la poco feliz fórmula de la regla primera del artículo 95 reglamentario, causante principalísimo de 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 *coodisposición* 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».

Bastaba la regla novena del artículo 51, párrafo segundo, o si se quería y hubiese sido mejor reflejo de los Títulos que inscribiera uno u otro, es decir, el *marido o la mujer, casado con...* pero *nunca ambos*, que elevado a los extremos hipotecaristas que defiende el admirado LA RICA extravasa el Código, no suele ser fiel reflejo de la titulación, pues siempre o casi siempre vienen a ser el marido o la mujer el adquirente y para caso de disposición, conforme a la fórmula adoptada, en puros principios hipotecarios, repetimos, los dos deben disponer en el acto.

Acaso pensando en todo esto y figurando en la Comisión redactora de la reforma reglamentaria juristas tan relevantes como son los que relaciona LA RICA en la nota 8 de su citado trabajo, alguno de ellos, como por ejemplo el ilustre Angel SANZ, cuidara de prevenir tan radicales extremos, estampando ante todo en el artículo 96 que los actos dispositivos sobre los bienes expresados en la regla primera del artículo anterior—95—se regirán por las normas de los bienes gananciales.

Y esto, querido y admirado LA RICA, es lo fundamental. Esta esencialidad cuestional se puso por la Dirección de manifiesto en la primera de sus decisiones—la de 2 de noviembre de 1959—al decir que el artículo 1.413 del Código, al dejar subsistentes las facultades que corresponden al marido como administrador de la sociedad de

gananciales le faculta para cobrar los créditos que existan a favor de la misma sociedad y, por tanto, que *podrá consentir válidamente la cancelación* de los derechos reales de garantía que los aseguren.

Por lo mismo, y contra la autorizadísima opinión del Profesor BONET—tan invocada por LA RICA—, estimamos que no tenía por qué aludir la Dirección al artículo 1.880 del Código, que ni olvida y conculca. Estamos sencillamente ante un caso de *capacidad*, la del marido, al que el artículo 1.412 de aquél se la concede plena: para cobrar y cancelar.

Ciertamente que la redacción del párrafo final del artículo 178 del Reglamento desconcierta. Pero esto es un fruto más de la precipitada redacción de la reforma del Reglamento. Este párrafo ha de entenderse supeditado a la «questio» principalísima del problema que es, según venimos insistiendo, la limitación o frontera que la reforma del Código impuso. O sea, paladinamente exceptuar cuanto se refiera a la administración de la sociedad de gananciales: artículo 1.412, que continúa inmutable.

Y hay más. Y es que así como—razonablemente—ningún Notario ni Registrador interpretó que la «fórmula» de la regla primera del artículo 95 del Reglamento impusiera para la disposición de inmuebles gananciales la *coodisposición* de los titulares registrales, porque ello iría más allá del acto de asentimiento *uxorio* que instaura el artículo 1.413 del Código, ese párrafo final del artículo 178 del Reglamento debe interpretarse conciliándolo con el más fundamental del artículo 96 del mismo, pues si no hay una evidente fricción con el Código.

Por todo lo expuesto, nosotros creemos que la Dirección, en todas estas Resoluciones de cancelación de créditos gananciales, se ha desenvuelto con lógica, maestría y habilidad y que no significa claudicación, *franquía de caminos*—como escribe LA RICA—el que por ellas se haya provocado la de 26 de octubre de 1964, referente a que la hipoteca a favor de una menor representada por su padre se intentase cancelar por éste por haber cobrado la cantidad prestada y sus intereses, sin obtener autorización judicial.

La Dirección, como es lógico, rechazó, según es sabido, tal pretensión, pues a nuestro juicio—contra lo que escribe LA RICA—no hay la misma razón de derecho, pues ya hemos dicho a qué condu-

ciria una interpretación no supeditada al artículo 96 del 178 del Reglamento.

En éste está todo, pues al excederse en su reforma en la regla primera del artículo 95 se autofrenó en el siguiente, 96, refiriéndose estrictamente a lo que dispone el Código civil en cuanto a gananciales.

Y respecto a la postrer claudicación que puede derivarse de esta y similares Resoluciones de cancelación de créditos gananciales o sobre inmuebles gananciales, por la postura defendida—con su ágil y sugestiva habilidad—por AZPIAZU de la repercusión registral de la Sentencia de 13 de marzo de 1964, sobre que *la realidad es que nada tiene que ver con cuanto antecede*, habrá que esperar a que decida la Dirección si se le presenta *directamente* el problema planteado por AZPIAZU en base de dicha Sentencia, cuya crítica constructiva está aún por hacer, pues *indirectamente* entendemos—como hemos expuesto en la glosa a la Resolución de 9 de abril de 1965—que ya tomó posiciones en contra al decir—«in fine» único Considerando de la misma—«ser necesario para la *plena eficacia* del acto que, con arreglo al artículo 1.413 del Código civil, preste también su consentimiento la mujer».

Creemos, después de cuanto hemos expuesto, que nuestro pensamiento sobre lo decidido por la Dirección en la cuestión que nos ocupa habrá quedado claro para nuestro querido y admirado LA RICA. Desde que apostillamos o glosamos sus Comentarios a la reforma del Reglamento, pusimos nuestra atención o apuntamos a la que calificamos de *barroca* fórmula adoptada para inscribir bienes gananciales: *a favor de ambos*, etc. Allí, repetimos, en la nota a la Resolución de 2 de noviembre de 1959, como en la de 23 de mayo de 1964, nuestro entendimiento, cual ahora, es el mismo: que nunca se debió adoptar la inscripción de *ambos*, pero adoptada bien claramente dejamos consignado en la nota última que tan de difícil inteligencia es para nuestro maestro, «que no existiendo en el Registro inscripciones especialmente extendidas a favor de la sociedad de gananciales, sino que los bienes o derechos aparecen inscritos a nombre del *marido o de la mujer* con ciertas circunstancias o datos que permiten su atribución a la «comunidad ganancial», *siendo el administrador de la misma el marido y no tratándose de acto comprendido éste de la cancelación de créditos presuntivamente gananciales* en el artículo 1.413 del Código civil reformado, según paladina y

certeramente ha cuidado de poner preferentemente a la posible dudosa oración de referencia que analizamos la Dirección, es de toda lógica deducir... (etc., véase página 521, año 1964, esta Revista).

¿Cómo puede extraer LA RICA la deducción de que si se observa el artículo 96 del Reglamento se exigiría el consenso *uxoris* en todo acto que el Derecho califique de dispositivo de inmuebles o derechos reales asimilados? Con remitirnos a cuanto hemos dejado escrito, estimamos nuestro punto de vista suficientemente aclarado. Es la frontera del artículo 1.413 la que no hay que saltar, o sea no ir más allá de lo que él establece. Y en cuanto al Reglamento, nos incumbe insistir que con el párrafo segundo de la regla novena del artículo 51 del mismo, o a lo sumo con alguna añadidura y refiriéndolo al artículo 95 (éste, claro, con otra redacción que la actual) bastaba.

No queremos terminar sin dejar patente una vez más nuestra admiración a la obra de Ramón DE LA RICA, de la que con más tiempo y espacio quisiéramos hacer una recensión y crítica. De su importancia y extensión será muestra elocuente el índice de trabajos que según tenemos anotados se compone de tres libros, nueve conferencias y dieciocho estudios monográficos aparecidos en diversas revistas.

* * *

En igual sentido que la precedente Resolución, la de 3 de junio de 1964, B. O. de 21 de julio de igual año.

NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO CONFORME A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. AUNQUE ESTE TIPO DE NOTIFICACIONES DEBÍAN EN RIGOR SER PRACTICADAS CON INMEDIATIVIDAD DEL NOTIFICADO O SUJETO PASIVO ANTE LA PRESENCIA DEL NOTARIO REQUIRENTE EN EL DOMICILIO SEÑALADO, HABIDA CUENTA QUE LA CITADA LEY, AL HABLAR DE «NOTIFICACIONES FEHACIENTES», NO ENTIENDE QUE HAYAN DE HACERSE INMEDIATAMENTE A LA PERSONA NOTIFICADA, ES VÁLIDO EL PROCEDIMIENTO DE PRACTICAR LA NOTIFICACIÓN POR CORREO CERTIFICADO CON ACUSE DE RECIBO, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 202 DEL REGLAMENTO NOTARIAL, CONCORDE A MÁS CON EL DE CORREOS Y LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Resolución de 1 de abril de 1965 («B. O.» de 19 de abril).

Por escritura otorgada en Madrid el 29 de julio de 1958, don J. G., con expreso consentimiento de su esposa, doña D. G., vendió a doña A. F. una casa sita en Villa de Guareña (Badajoz), señalada con el número 66 de la calle Estacada, inscrita en el Registro de la Propiedad de Don Benito. La indicada casa estaba arrendada a don B. E., al que se remitió por el Notario copia por correo certificado, con acuse de recibo, que se devolvió firmado por V. R.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, en que constaban los precedentes hechos, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción del precedente documento porque la notificación fehaciente que al arrendatario ha de hacerse, según el artículo 47 de la Ley de 13 de abril de 1956, no aparece hecha al titular del arrendamiento, B. E., sino a persona distinta, V. R., cuya relación de familia o dependencia con dicho titular no consta en la escritura. No tomada anotación preventiva por no haberse solicitado».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, que lo es el de Madrid, don Santiago Pelayo Hore, la Dirección revoca el Auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que la cuestión debatida en este recurso consiste en resolver si la notificación notarial realizada por correo certificado con acuse de recibo, con arreglo al artículo 202 del Reglamento Notarial, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que exige sea una notificación fehaciente, y en su consecuencia, si procede o no la inscripción de la escritura de compraventa calificada.

Que el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece en los casos de ventas por pisos o de finca en que exista una sola vivienda la obligación de que el vendedor «notifique en forma fehaciente» la decisión de vender al arrendatario, así como el precio ofrecido, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador, y en el artículo 48 pres-

cribe idéntica formalidad al adquirente para el caso de una venta ya realizada con incumplimiento u omisión de cualquiera de esas circunstancias, todo ello con la exclusiva finalidad de que el inquilino sea debidamente informado y exista certidumbre o seguridad de que tiene cabal conocimiento de la operación realizada, por si quisiera ejercer los derechos de tanteo o en su caso de retracto para adquirir el inmueble.

Que la propia Ley de Arrendamientos exige, entre otros, en los artículos 32, cuarto; 58, tercero, y 65 esta misma forma de notificación fehaciente, con idéntica finalidad a la ya señalada, y como quiera que de su exacto cumplimiento van a estar pendientes los derechos de los interesados, se hace necesario que el Notario requerido con este objeto extreme su cuidado y no sólo cumpla rigurosamente los preceptos que sobre la autorización de actas notariales establece la sección tercera del Reglamento Notarial, sino a la vez supla lagunas y deficiencias en esta materia, no suficientemente reglamentada, procurando que la finalidad de la Ley resulte lograda.

En consecuencia, que este tipo de notificaciones deberían en rigor ser practicadas con inmediatez del notificado o sujeto pasivo ante la presencia del Notario requirente en el domicilio señalado, situado dentro de su distrito, o por conducto de otro Notario que actúe a través del requerimiento del primero si el domicilio de la persona a quien se va a hacer la notificación está fuera del territorio de su competencia; mas como quiera que este segundo procedimiento—en teoría el más idóneo—ofrece una serie de inconvenientes, entre los que no puede dejar de tenerse en cuenta el encarecimiento del instrumento por la intervención de varios fedatarios, la práctica notarial utiliza en aquel último supuesto, y aun en el primero, en grandes núcleos de población, la remisión de la célula de notificación a través del correo, conforme a lo establecido en el artículo 202 del Reglamento Notarial.

Que, en efecto, este precepto, en su párrafo tercero, faculta al Notario para que discrecionalmente, y siempre que la Ley no lo prohíba, pueda efectuar notificaciones que no tengan carácter requisitorio por medio de cédula o copia remitida por correo certificado con acuse de recibo—como sucede en el presente caso—, por cuyo mecanismo queda constancia fehaciente del texto literal de la misiva, de la introducción de la carta en el sobre, de su entrega al funcionario

de Correos y de la expedición del correspondiente recibo de imposición, y posteriormente, por la recepción del acuse de recibo se confirma la entrega de la carta en el domicilio del interesado por el Cartero, el cual no sólo está autorizado, sino obligado en el ejercicio de su misión a realizar la entrega conforme a la norma del artículo 149 del antiguo Reglamento de Correos, así como del vigente, cuyo cumplimiento presupone que la cédula o copia llegó al destino indicado, ya que los «certificados» que expide la Oficina de Correos son documentos que dan certeza.

Que cuando la Ley de Arrendamientos Urbanos habla de «notificaciones fehacientes» no entiende que necesariamente hayan de hacerse inmediatamente a la persona notificada, pues esto, en la mayoría de los casos, sería prácticamente imposible de verificar, incluso aunque no hubiere conducta maliciosa en el requerido, sino que lo que pretende es que objetivamente se hayan adoptado todas las medidas que prudencialmente sean necesarias para que llegue a su poder, y por eso el mismo artículo 202 señala con quién se entenderán las diligencias en el caso de que el Notario no encuentre la persona a quien van dirigidas en el domicilio indicado, y el Reglamento de Correos—servicio público de reconocida eficacia—, respecto a quién puede entregarse la carta certificada y acusar recibo de ella, sea o no el destinatario.

A mayor abundamiento, que la Ley de Procedimiento Administrativo establece norma similar en el artículo 80, segundo, al declarar que de no hallarse el interesado en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de ella cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su parentesco o la razón de permanencia en el mismo.

* * *

He aquí, una vez más, este viejo problema de las notificaciones, de cuya efectividad tanto se podría hablar.

Ni Edictos ni Anuncios oficiales son medios que *llegan o calan* a quienes van dirigidos generalmente, sirviendo en cambio muchas veces para que «profesionales de los mismos», siempre atentos a su publicación, obtengan un logro en detrimento de la finalidad perseguida por esa suerte de notificaciones.

De tan utilizado ya estimamos normal, tanto en procedimientos judiciales como administrativos, considerar a personas de relieve social *como de ignorado paradero*... ¿Qué no decir de los *sin relieve*?

Cuando más algún precepto legal—por ejemplo, el art. 202 de la Ley Hipotecaria—fija tiempo (un día, unas horas, que apenas transcurridas los hacen inoperantes), para que esas notificaciones sean «personales».

De esta forma se cancelan derechos y se consiguen inmatriculaciones. ¡Y son tantas las leyes que patrocinan estos posibles despojos! La del suelo, la de edificaciones forzosas, la de expropiación, la de censos en Cataluña, etc. Hoy es imposible andar sin miedo de caer en algún cepo legal tendido a nuestra buena fe de propietarios entre esta red de avisos, comunicaciones, edictos, etc., que surgen de la fronda legislativa tan en boga.

¿No podría ser un remedio, o al menos un freno, ante estos males el mismo Registro de la Propiedad?

Así nos lo sugiere un eficacísimo colaborador en nuestra cotidiana labor profesional—cuyo nombre por expresa petición omitimos—, dando vida en algún precepto reglamentario o en Orden al efecto de la facultad o derecho de cualquier titular registral de hacer constar un *domicilio* que podríamos llamar legal, al margen de la inscripción a su favor, con virtualidad obligatoria en cualquier procedimiento, administrativo o judicial, que pudiera seguirse contra el mismo en daño de su finca o derecho.

¿Qué sería una especie de afianzamiento, por no decir hipoteca de propietario, «*sui generis*», sin entronque ni antecedente en nuestro sistema?

Pero cumpliría una misión saneadora y, debidamente regulada, de gran utilidad en toda clase de procedimientos con obligada previa consulta al Registro, el que una vez más cumpliría su doble función de protección al titular y publicidad a los demás para que le respeten, misión de nuestra impar Institución, que nada, si en vez de ponerle reparos, los más imaginarios, los que la servimos, nos dedicásemos a enaltecerla, tiene que tomar de extrañas.

REGISTRO MERCANTIL. HIPOTECA SOBRE BUQUE. DADA LA CLARA Y TERMINANTE REDACCIÓN DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY DE HIPOTECA NAVAL Y DE SU INTENCIONADA NO DEROGACIÓN POR LA LEY DE 16 DE DICIEMBRE DE 1954, NO PUEDE EL MARIDO CONSTITUIR POR SÍ SOLO GARANTÍA HIPOTECARIA SOBRE UN BUQUE PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL, SINO QUE SERÁ NECESARIO PARA LA PLENA EFICACIA DEL ACTO QUE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL, PRESTE TAMBIÉN SU CONSENTIMIENTO LA MUJER.

Resolución de 9 de abril de 1965 («B. O.» de 24 de abril).

Por escritura autorizada en Cádiz por el Notario recurrente el 5 de noviembre de 1964, don F. M. V., casado con doña M. L. P., constituyó segunda hipoteca, de máximo, sobre el buque de su propiedad denominado «Percebe», para garantizar al «Banco de Andalucía, S. A.», el pago de una letra vencida y protestada.

Presentada en el Registro Mercantil de Gijón—Sección de Buques—primera copia del anterior documento, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables siguientes: 1.º No comparece la mujer del deudor hipotecario, doña M. L. P., a prestar su consentimiento para la hipoteca, como exige el artículo 1.413 del Código Civil para los actos de disposición realizados por el matrimonio sobre bienes inmuebles, condición jurídica que tienen los buques por el solo efecto de su hipoteca, a tenor del artículo primero de la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893. 2.º No consta que se diera cuenta a la Dirección General de Banco y Bolsa o al Organismo que le haya sustituido de la superposición de garantía hipotecaria antes del otorgamiento de la escritura, o, si no permitía la urgencia del caso esperar la resolución gubernativa de la consulta, que una vez otorgada la escritura de hipoteca se dio cuenta inmediata a la mencionada Dirección General, como previene el párrafo segundo del apartado primero de la Orden de 15 de octubre de 1942. No se toma anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada, devolviéndose al presentante el documento.»

Interpuesto recurso por don Francisco Manrique Romero, Notario autorizante del documento, la Dirección confirma la nota calificadora en méritos de la siguiente doctrina:

Que si bien la ficción jurídica de la inmovilización del buque, establecida en el artículo primero de la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893, debe su origen a la necesidad de soslayar el obstáculo que en dicha época suponía la admisión solamente de los inmuebles como bienes susceptibles de hipoteca, dificultad que hoy aparece, hasta cierto punto, superada al estar legalmente reconocida la hipoteca mobiliaria—lo cual evita, en primera garantía y sobre otros bienes muebles identificables, acudir a aquella ficción—, y pese, además, al actual paradójico resultado de haber de exigir unos requisitos más rigurosos para la hipoteca—que es lo menos—frente a la venta, conforme al artículo 585 del Código de Comercio, no afectado todavía por la reforma del artículo 1.413 del Código civil—que es lo más—, se hace forzoso reconocer que dada la clara y terminante redacción del mencionado artículo 1.º y de su intencionada no derogación por la Ley de 16 de diciembre de 1954, no puede el marido constituir por sí solo garantía hipotecaria sobre un buque presuntamente ganancial, sino que será necesario para la plena eficacia del acto que con arreglo al artículo 1.413 del Código civil preste también su consentimiento la mujer.

Basa el Notario recurrente su Informe en el contrasentido, señalado por la doctrina (ver a tal efecto Alfonso DE COSSÍO, *La Sociedad de Gananciales*. Madrid, 1963, pág. 159), que supone la redacción del artículo primero de la Ley de Hipoteca Naval, del que se desprende que pudiendo el marido vender el buque ganancial sin el consentimiento de la mujer no pueda, sin embargo, hipotecarlo sin la intervención de la misma, debido, a su juicio, a exigencias de la época en que apareció la Ley de Hipoteca Naval, para resolver el problema de la hipotecabilidad de los buques, hoy superado y plasmado en fórmulas, cual la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954.

A ello replicó el Registrador—y es su máximo acierto—que al no restablecerse por dicha Ley, por las razones que sean, la condición

de bienes muebles de los buques para todos los efectos jurídicos, aquellas alegaciones del recurrente caen por su base; argumento recogido por nuestro Ilustrado Centro Rector, según diáfananamente aparece expuesto en su único Considerando.

De «lege ferenda», sin embargo, nos remitimos en ésta sin duda contradictoria cuestión a lo apuntado por CÁMARA y recogido por Cossío, de que dejamos breve constancia en la página 179 de esta Revista, año 1964 (observaciones a la obra de LACRUZ BERDEJO, *De-recho de familia*).

Por cierto que con referencia a dicho trabajo y por la acusación que con justicia nos hace nuestro querido compañero AZPIAZU en el suyo, «El artículo 1.413 del Código civil» (número noviembre-diciembre esta Revista, 1964) cuando escribimos respecto a la escritura de venta de Inmuebles gananciales, que al faltar el consentimiento de la mujer, «ni aún pueden autorizarse», reconocemos se nos fué, por decirlo así, la pluma estampando la palabra, «pueden» por la de «deben», que es la realidad de nuestro sentir.

Con ello, al cantar ésta «*mea culpa*», mostramos, sin ánimo de polémica y con el respeto que nos merecen las opiniones contrarias, nuestra disconformidad a lo tan vehementemente propugnado por AZPIAZU en su citado trabajo.

En el nuestro—arriba referido—tuvimos ocasión de expresar la dificultad de trazar la frontera entre *ilegalidad y fraude*, y como la jurisprudencia y la doctrina venían debatiendo respecto al momento de cuando la mujer puede con plena efectividad accionar frente a la *contravención* de lo dispuesto en el Código civil.

Lo tradicional era, en palabras del maestro CASTÁN, que el Tribunal Supremo había limitado la acción a lo que podríamos llamar mera constatación del fraude: «una especie de información *ad perpetuam* hecha en forma contradictoria, para mayor solemnidad» dirigida, a que la mujer haga efectivos sus derechos a la disolución del consorcio.

Y aunque es cierto—en el decir de LACRUZ—que la doctrina más moderna, partiendo de la analogía de esta acción de fraude con la pauliana o del concepto de ineficacia relativa, trata de superar esta jurisprudencia de suerte que se configure una acción contra el marido, y en su caso tercer adquirente, que permita constante matrimonio enmendar el perjuicio causado a la mujer, creemos—y aun

concediendo sea la Sentencia de 13 de marzo de 1964, fiel expresión de esta corriente doctrinal—que de ningún modo puede esto 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 por el marido sin el consentimiento de la mujer.

Como expresa Cossío, el marido aquí se ha arrogado una representación o atribuido una titularidad exclusiva de bienes, que entraña un defecto de consentimiento propiamente dicho, y si el consentimiento—o sea, el de la mujer—es uno de los elementos esenciales del contrato, según el artículo 1.261 del C. c., no habrá contrato o por lo menos este contrato no podrá obligar a la mujer, por que lo impide, además del artículo 1.413, la general doctrina del artículo 1.257.

De ello se sigue que no puede entenderse aquí—al *no tratarse simplemente de un negocio anulable*—que el acto de disposición produzca sus efectos en tanto no sea anulado, y que la acción de impugnación prescriba a los cuatro años: el Código establece que no perjudicará a la mujer en ningún caso, lo que quiere decir que en ningún momento producirá efecto alguno en contra de ella hasta que lo ratifique debidamente. *Por grande que sea el transcurso del tiempo no podrá entenderse nunca prescrita la acción de impugnación*, etcétera, etc. (págs. 211 y 212, núms. 305 y 306, *La Sociedad de Gananciales*, I. N. E. J., 1963).

Y preguntamos, ¿una tal clase de ineficacia puede tener entrada en el Registro?

Comparar esto, con la falta del consentimiento marital cuando la mujer enajena sus parafernales, nos parece excesivo.

Y aunque el Tribunal Supremo, en la Sentencia citada recogiendo, según dijimos (nota a la Resolución de 23 de marzo de 1964, página 522 igual año), la mejor doctrina reconoce ser el consentimiento *uxorio* un negocio de asentimiento, no dice que sea *idéntico*, como expresa AZPIAZU, a la licencia marital, sino que tiene un estrecho *parentesco y paralelismo* con ella.

Por lo mismo, como expresó con justeza Angel SANZ—y apostilló el mismo AZPIAZU—, «no siendo de posible aplicación la doctrina del artículo 94 del Reglamento Hipotecario (en su referencia, claro está, al apartado penúltimo del artículo 1.301 del Código civil) sobre actos

realizados por la mujer sin licencia marital, el efecto que produce la omisión del consentimiento es hacer defectuoso el título, que, por tanto, será no inscribible».

Y es que—volviendo a Cossío, lugar citado—no nos encontramos ante un consentimiento imperfecto, como sería el de la mujer que enajenó sus parafernaliales sin licencia, sino ante una falta total de consentimiento de uno de los titulares del bien que fue objeto de disposición por el marido. Puede ocurrir—añade—que a la mujer interese, sin embargo, ejercitar una acción para obtener la ineficacia de dicho acto, pero tal acción no será propiamente una acción de impugnación, ya que la ineficacia no derivará de la sentencia que en el momento oportuno pueda dictarse declarando tal ineficacia, sino que el fallo judicial será meramente declarativo de una inexistencia de disposición vinculante para la mujer, que podrá además solicitar el inmediato reintegro del bien enajenado al patrimonio conyugal. Consideramos por ello—concluye este apartado o número 306 de su brillante obra Cossío—que únicamente en el supuesto en que el adquirente pudiera beneficiarse de la «usucapión» (ordinaria o extraordinaria) quedaría enervado el derecho de la mujer para recobrar el bien enajenado, siquiera aún en este supuesto, podría, al amparo del artículo 1.419, exigir en el momento de la liquidación de la sociedad conyugal de su marido que se colacionara el importe de la enajenación ilegal.

Estimamos, pues, que esto, y nada más que esto, es lo que ha venido a decir la famosa sentencia de 13 de marzo de 1964 (de la que dimos en seguida el «alerta» sobre las repercusiones registrales que su interpretación pudiera derivar), sin que las palabras «originando una anulabilidad» puedan valuarse hasta conducir a que se produzcan los efectos, si una tal venta se inscribiera, del párrafo segundo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, pues repetimos con Cossío, «por grande que sea el transcurso del tiempo no podrá entenderse nunca prescrita la acción de impugnación».

De lo que se deduce, finalmente, que rechazamos en absoluto la afirmación de nuestro estimado compañero en estas lides críticas, Bartolomé MENCHÉN, de que con la tan repetida sentencia—y dos más que la ratifican—«ha quedado reforzada la base de sustentación de los que opinan que los artículos 169 del Reglamento Notarial y 94 del Reglamento Hipotecario son aplicables a la falta de con-

sentimiento de la esposa» (pág. 178, número enero-febrero de esta Revista, año en curso).

Finalmente, las palabras con que concluye el único Considerando de la presente Resolución, esto es, «que será necesario para la plena eficacia del acto que, con arreglo al artículo 1.413 del Código civil, preste también su consentimiento la mujer», ¿no son por demás elocuentes del sentir en este punto de nuestro Ilustrado Centro Rector?

Porque aun no alegada por el Notario recurrente a su mano, sin embargo, tenía ya la Dirección esa jurisprudencia del Tribunal Supremo que perturbaría, de aplicarse a la manera que entiende este temible polemista que es AZPIAZU, lo que debe ser nuestro régimen registral, como con su claridad y elegancia de estilo ha expuesto el admirable Ramón DE LA RICA en estas páginas (número de marzo-abril de este año).

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad

o



Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

II.—PROPIEDAD.

SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1965.—*Comunidad de bienes. Acción reivindicatoria ejercitada por un comunero en beneficio de todos. Efectos. Aplicación con sentido restrictivo*

Son afirmaciones de interes contenidas en esta sentencia:

Que el contenido del condominio se traduce en determinados derechos de los comuneros en relación a la cosa común, los que están presididos por la idea esencial de que las facultades atribuidas a cada partícipe están necesariamente subordinadas al derecho de todos los demás, por lo que el ejercicio de acciones sobre la totalidad de la cosa sobrepasa en realidad el derecho del copropietario, ya que las relaciones jurídicas entre los condueños no son solidarios ni indivisibles. Por ello, así como para la alteración de la cosa se precisa el acuerdo unánime de todos y para su administración y disfrute rige lo decidido por la mayoría de los partícipes—artículos 397 y 398 del Código civil—, para reclamar los derechos que afecten a la esencia del condominio o para defenderlos de quienes se los disputen, deben jurídicamente regir las mismas normas, ya que el condueño no tiene *ipso jure* la representación de los demás para actuar en juicio. Pero dada la naturaleza y caracteres de la comunidad de bienes, la jurisprudencia admitió desde siempre que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a los derechos de la comunidad, tanto para ejercitarlos como para defenderlos, por lo que un condueño puede entablar la acción reivindicatoria en beneficio de todos, pero ha de actuar en provecho de la comunidad y no exclusivamente para sí, y para compaginar la doctrina de la cosa juzgada con la no intervención de todos los condóminos, se limita la eficacia de la sentencia dictada respecto a los que no fueron parte en el pleito, al caso de que dicha sentencia les sea favorable, sin que les perjudique la contraria, pues, como declara la sentencia de 17 de junio de 1927, para que el fallo obtenido por un condómino afecte a los demás se precisa que haya resultado en interés de todos ellos.

Que esta doctrina legal, tan conocida que hace ociosa su cita detallada, es excepcional porque faculta a un solo condueño para actuar, sin acuerdo o auto-

rización de los demás, en beneficio de la comunidad, y como tal ha de ser aplicada en sentido restrictivo, hasta el punto que si alguno de los partícipes se opone a tal actuación, bien desautorizando al accionante de un modo explicito o afirmando lo contrario de lo sostenido por aquél, no puede considerársele legitimado para actuar porque tal oposición revela que hay sobre la materia discutida criterios dispares, y hasta que estas diferencias no desaparezcan no puede conocerse con certeza cuál es el criterio más beneficioso para la comunidad, única norma que permite actuar o defenderse sin tener la representación de los demás condueños.

SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1965.—*Requisitos de la acción reivindicatoria. Título. Tradición. Presunción del artículo 1.462 del C.c. Momento de perfección del contrato de compraventa.*

La demanda, en síntesis, exponía: Que la casa, de renta limitada, fue adjudicada provisionalmente en los últimos meses de 1958 y principios de 1959 a diferentes personas, que detallaba: que la Inmobiliaria que la construyó confeccionó unos Estatutos (que acompañaba) para el gobierno y administración de la Comunidad de propietarios, consignándose en su artículo 2.º a cada vivienda un valor proporcional con relación al total del inmueble, que en las del tipo de las relacionadas con el pleito era de un diez por ciento por cada una de las viviendas; que en la finca objeto de la litis, por el desnivel del terreno entre sus partes anterior y posterior, fue preciso, en sustitución del total relleno del desnivel la construcción de un semisótano, por donde transcurren las conducciones de aguas residuales, y que únicamente con los fines de registro de las tuberías que pasan por el mismo tenía en su parte frontal dos pequeñas puertas que interiormente no se comunicaban, por cuanto entre las mismas se encuentra el muro central de carga; como su construcción no ha tenido otra finalidad que la indicada, el semisótano no guarda altura por la que normalmente se pueda transitar; Que en la primavera de 1959 comenzó la Inmobiliaria a abrir huecos en el muro central de carga y en la fachada posterior, con lo que se ha modificado la estructura para lo cual está calculado el bloque; que como la altura era insuficiente para el desenvolvimiento de cualquier actividad o circulación interior, decidieron excavar en el suelo del citado local, hasta conseguir una altura suficiente, aunque ello supusiera descarnar los muros enterrados como cimientos. Que la Junta de Copropietarios actora se puso al habla con el entonces Gerente de la Inmobiliaria demandada para que se paralizaran las obras y la respuesta de éste fue que las obras no se paralizarían, sino que se seguirían con la intención de instalar allí un almacén de carbón. Que el Presidente de la Comunidad demandante se puso al habla con el futuro comprador del almacén de carbón, y después de una sólida argumentación decidió este último abandonar su proyecto. Que, pese a todo lo anterior, la demandada siguió sus obras; que el día 16 de diciembre de 1959, por medio de una carta impresa se requirió a los copropietarios para dar forma escrita al contrato de compraventa, y al preguntarse por la suerte del citado local se contestó de la misma forma que en anteriores veces; y cuando se rogó al Gerente que en el contrato figurase esta decisión de la Inmobiliaria y que se hiciese constar el desacuerdo de los propietarios, esta proposición igualmente fue rechazada, con lo que no se efectuó la citada firma. Que el día 28 de mayo de 1960 la demandada dirigió una carta al actor en la que le manifestaba

que el contrato de compraventa de la vivienda estaba preparado para su firma, fijándose el porcentaje de propiedad de los elementos comunes de la finca, e igualmente que en el momento de la firma se le entregaría una copia de los Estatutos de la Comunidad del Barrio; que en esta carta se anunciaba el intento por parte de la demandada de modificar los gastos comunes, por lo que al lesionarse derechos de los propietarios éstos se negaron a firmar el presente contrato. Que en la actualidad la demandada ha trasladado a dicho sótano herramientas, tablas, útiles, etc., y considera el sótano como almacén para su uso. Suplicó se dictara sentencia por la que se condene a la entidad demandada a reconocer que el local semisótano, por donde transcurren las conducciones de aguas residuales, y con los fines de registro de las tuberías que pasan por el mismo, existente en la fachada posterior con la rampa de acceso y sus construcciones accesorias es un elemento común propiedad de la Comunidad de Propietarios de dicho inmueble, a la que deberá hacer entrega de su legítima posesión, con reserva a la Comunidad demandante de las acciones que puedan en su día corresponderle con motivo de las obras que, con modificación de la estructura y afectando a muros, elementos de carga y demás conceptos fundamentales de la edificación, ha realizado la entidad demandada sin autorización de la Junta de Copropietarios, imponiéndola expresamente las costas del presente procedimiento por su temeridad y mala fe. La Inmobiliaria demandada contestó, en resumen, que no había habido aún acuerdo entre las partes litigantes sobre la compraventa de ningún piso en concreto, por lo cual los señores que se relacionan en la demanda no son «copropietarios titulares de cada una de las viviendas», como asegura la demanda, sino meros adjudicatarios provisionales de ellas. Que negaba que los Estatutos se hallaren vigentes y que hayan sido aceptados por los copropietarios compradores, ni los adjudicatarios de las viviendas de la casa, a que la demanda se refiere, aceptaron tales Estatutos ya que no han firmado el contrato de compraventa, a cuya suscripción se les requirió, ni se les han entregado los Estatutos. Respecto al semisótano, que la realidad era que la demandada decidió aprovechar el desnivel del terreno de la parcela 29, entre sus partes anterior y posterior, para construir un semisótano comercial; que naturalmente, el semisótano comercial no estaba proyectado al comenzar la edificación de la parcela: que para llevar a efecto la construcción del almacén presentó la demandada el pertinente proyecto en el Instituto Nacional de la Vivienda y mediante escrito fecha 19 de enero de 1960 solicitó de aquel Organismo la rectificación del proyecto de Estatutos, a fin de modificar la descripción de las parcelas y los porcentajes asignados a los diferentes elementos comunes de que constan, alterando la redacción del artículo 2.º, en el que se describe independientemente la parcela 29, para reflejar el nuevo elemento construido, lo mismo que la parcela 31, que se hallaba en similares circunstancias; que el Instituto aprobó las modificaciones propuestas, que por lo que respecta a la parcela 29 consistían en describir la finca como compuesta de un almacén de planta baja lateral y posterior—el litigioso—, asignándole, a efectos de participación en beneficios, y gastos comunes y adopción de acuerdos, un dos y medio por ciento y diez viviendas con el nueve setenta y cinco por ciento cada una, en lugar del diez por ciento señalado en el proyecto primitivo; que las obras comenzaron en abril de 1959 y no se produjo con ellas ningún perjuicio a la finca, sino el beneficio derivado del mayor aislamiento de las viviendas respecto del suelo, lográndose un pequeño almacén, completamente nuevo, totalmente separado de las viviendas, para su utilización independiente y que no

constituye elemento común del inmueble. Que no se reconocía la existencia de ninguna Junta de Copropietarios de la finca porque no hay más dueño que «Inmobiliaria Barrio de Bilbao». Que era digno de notarse que en la demanda se aludía al «futuro comprador del almacén de carbón» y a su decisión de no comprarlo, lo que evidencia que, al igual que ocurre con los adjudicatarios de las viviendas, no era comprador ni por consiguiente propietario. Que la demandada dirigió no a los copropietarios—pues no eran tales—, sino a los adjudicatarios provisionales, la carta a que se refiere el correlativo, requiriéndoles a firmar el contrato de compraventa y a abonar la primera mensualidad de amortización de las cantidades a pagar; éste era el objeto del requerimiento y no el de «dar forma escrita al contrato de compraventa», como se insinúa en la demanda, porque no existía ningún contrato de compraventa anterior verbal, sino una mera adjudicación provisional cuya naturaleza era la de una promesa de compraventa; que era cierto que la demandada dirigió al actor y a cada uno de los restantes adjudicatarios la carta a que se alude, pero se omite la carta que los referidos adjudicatarios cursaron a la Inmobiliaria por conducto notarial en 26 de diciembre de 1959, quejándose de que no se les entregara ni diera conocimiento de unos Estatutos que se afirma en la demanda tenían los adjudicatarios en su poder varios meses antes; que «Inmobiliaria Barrio de Bilbao, S. A.» considera justificadamente como suyo, con exclusividad, el local litigioso; que en la parcela 29 habitan desde hace dos años y medio, sin pagar renta los diez señores que se atribuyen el carácter de propietarios de los pisos, mas aparte de no satisfacer rentas, porque no son arrendatarios, no pagan tampoco el precio de los pisos, porque no son compradores, ni satisfacen los intereses y amortización del préstamo del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional que grava al dueño de las viviendas, porque no son propietarios; y la demandada, sobre no obtener renta alguna de las viviendas, porque no las ha arrendado, no percibe su precio porque no las ha vendido, y tiene que pagar los intereses y amortización del préstamo que grava la finca, porque es la única dueña de ésta; que confiaba la demandada en que pudiera solucionarse esta anómala situación, pero no había sido así y se veía demandada por quienes, sin haber siquiera comprado la vivienda que ocupan, reclaman maliciosamente un local independiente calificándole de elemento común. Suplicó se dictara sentencia por la que, estimando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda se declarara no haber lugar a entrar en el fondo del asunto, o en su defecto desestimar la demanda, absolviendo de ella a «Inmobiliaria Barrio de Bilbao, S. A.» con imposición de costas en todo caso a la parte actora.

Seguidos los trámites correspondientes, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que declaró que por estar comprendido en el porcentaje que agota la propiedad, la planta semisótano que, para mayor facilidad en los servicios y como cámara de aislamiento, ha sido construida en los bajos de dicho inmueble, debía ser considerada como elemento común y por consiguiente propiedad de los señores propietarios de la totalidad del inmueble en relación con sus cuotas de propiedad, debiendo la Sociedad demandada reintegrar dicha planta a los propietarios, sin perjuicio de la acción de indemnización que pueda ejercitar la demandada contra los actores, absolviendo a la demandada de las demás peticiones de la demanda, sin hacer expresa imposición de costas.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia de Madrid confirmó la sentencia apelada e impuso las costas de la apelación a la parte apelante.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al Recurso de Casación basándose en los siguientes considerandos:

Considerando que la jurisprudencia de esta Sala constantemente exige para el ejercicio de la acción reivindicatoria la concurrencia de los tres requisitos siguientes: Primero. Título legítimo de dominio en el reclamante. Segundo. Identificación de la cosa que se pretende reivindicar; y Tercero. Que se conozca exactamente quién es el detentador. (Sentencias de 16 de abril de 1958, 23 de enero, 10 de abril y 2 de mayo de 1963).

Considerando que en cuanto al primer requisito, único debatido en el caso de autos, asimismo está declarado por reiterada y uniforme jurisprudencia que para la viabilidad de la acción reivindicatoria que concede el artículo 348 del Código civil, es indispensable que el propietario presente el título legítimo por el cual se acredite de forma fehaciente la propiedad de la cosa que trate de reivindicar, entendiéndose por título en Derecho civil—como proclama la sentencia de 3 de febrero de 1928—tanto la causa en cuya virtud es poseída o se adquirió alguna cosa como el instrumento con que se acredita el Derecho que sobre la misma cosa pertenece a quien le ostenta, y para lograr la efectividad ejercita la acción, ya que ésta nace del derecho a la cosa y ordinariamente de las mismas fuentes que la obligación y es consecuencia de los modos de adquirir la propiedad.

Considerando que de los contratos sólo nacen acciones personales para poderse exigir, respectivamente, los contratantes las obligaciones que mutuamente establecieron y para que, por consecuencia, se adquiriera el derecho de propiedad es indispensable, según el artículo 609 del Código civil, que medie la tradición, no adquiriéndose el derecho real sobre la cosa, como expresa el artículo 1.095 del mismo cuerpo legal, hasta que le haya sido entregada, determinándose con ocasión del contrato de compraventa, en los artículos 1.461 a 1.465 las diversas formas de entrega, entre ellas el simple acto del otorgamiento de la escritura pública, que si en ella no constase lo contrario equivale a la entrega de la cosa vendida (tradición ficta e instrumental), a tenor del apartado segundo del artículo 1.462, desde cuyo momento el adquirente puede ejercitar los derechos correspondientes al dominio, mientras no opere en contra la prescripción extintiva de las acciones que lo sustentan. (Sentencia de 11 de junio de 1958.)

Considerando que el apartado segundo del artículo 1.462 no establece una presunción «*juris tantum*» rebatible por cualquier medio, sino que a su disposición de que en las ventas hechas en escritura pública su otorgamiento equivale a la entrega de la cosa vendida, sólo puede oponerse que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario. (Sentencia de 22 de marzo de 1952.)

Considerando que en las transmisiones de bienes inmuebles operadas a través de un contrato de compraventa, el instante en que se produce la adquisición de lo comprado no se identifica con el de perfeccionamiento del convenio a que se refiere el artículo 1.450 en relación con los 1.254, 1.258 y 1.278 del Código civil, porque tal base contractual únicamente confiere al comprador un «*jus ad rem*» sobre la cosa objeto de la estipulación y una acción de índole meramente personal para reclamar su entrega con apoyo en los artículos 1.461 y siguientes, sino en el de su consumación mediante la tradición que exigen los artículos 609 y 1.095, redactados en observancia de la pauta señalada al legislador por la Base XX de la Ley de 11 de mayo de 1888, como declararon, entre otras, las sentencias de esta Sala de 15 de junio de 1909, 8 de marzo de 1901, 5 de junio de 1945 y 31 de octubre de 1951, por ser entonces cuando surge el verdadero «*jus in re*» sobre la cosa adquirida, con el consiguiente efecto de inmediatitud sobre el inmueble y acción «*orga omnes*» para hacerlo efectivo, cuya consumación normalmente se produce con el otorgamiento de la correspondiente

escritura pública de transmisión, según el artículo 1.462 de dicho Código. (Sentencia de 3 de octubre de 1963.)

Considerando que aun cuando los documentos privados, si en ellos no consta la entrega, no justifiquen la transmisión material, el artículo 1.462 no implica que para la tradición se necesite precisamente escritura pública de venta, pues aun siendo privada puede justificarse la entrega, y por tanto el dominio, por toda otra clase de pruebas admitidas en Derecho. (Sentencia de 24 de diciembre de 1929.)

Considerando que aun cuando igualmente ha declarado la doctrina jurisprudencial de esta Sala que el título legítimo de dominio corresponde apreciarlo como cuestión de hecho al Tribunal de instancia, y la interpretación de los contratos es en principio también de su facultad privativa, no pueden prevalecer en casación cuando se evidencia por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que infringe notoriamente alguna de las normas legales de hermenéutica contractual (motivo tercero del presente recurso), o se demuestra en la forma precisa establecida en el número séptimo del propio artículo (motivos primero y segundo) el error del Juzgador al fijar los hechos en que la interpretación se apoya.

Considerando que, en efecto, el motivo tercero funda la infracción que denuncia del artículo 348 del Código civil en la falta de aplicación del artículo 1.282 del Código civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, conforme a los cuales, determinado de modo insuficiente el objeto adjudicado en los negocios jurídicos de adjudicación de los pisos de autos han de ser integrados, ponderando las circunstancias concurrentes y actos coetáneos y posteriores de los contratantes, cuya significación conjunta, según la parte recurrente, no deja lugar a dudas sobre la no inclusión del semisótano reivindicado entre los elementos comunes del inmueble, motivo que ha de ser acogido de acuerdo con los prolijos argumentos que en él se exponen, que demuestran inequívocamente que en el momento de las adjudicaciones no estaba prevista la construcción del local comercial, y aunque se puso a los adjudicatarios en posesión de sus respectivos pisos no se les entregó, ni inicial ni posteriormente, la del semisótano, que retuvo siempre la Inmobiliaria, sin que haya mediado escritura pública, por lo que al no existir título dominical legítimo falta un requisito «sine qua non» para que pueda prosperar la acción reivindicatoria ejercitada, al no haberse puesto el local litigioso bajo el poder de los compradores demandantes en condiciones de dejar establecida la relación directa e inmediata característica de los derechos reales, sin perjuicio de las acciones de carácter personal derivadas de los referidos contratos, procediendo por tanto la estimación íntegra del recurso.

III.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1965.—Retracto de comuneros. Requisitos. Fuerza probatoria de las escrituras públicas. En el juicio de retracto no pueden ventilarse cuestiones ajenas a él.

Don S. y don P.F. alegaron en la demanda que eran dueños de una octava parte indivisa cada uno de una heredad. Las habían adquirido por compra a don J.D. y las tenían inscritas en el Registro de la Propiedad.

Don J.D. vendió las otras tres cuartas partes a don M.C. por el precio de

150.000 pesetas. A los demandantes—don S. y don P.F.—les interesaba retraer dichas tres cuartas partes. Por ello interpusieron la demanda, consignaron las 150.000 pesetas y se comprometieron a no vender las porciones que retrajeran en el plazo de cuatro años (arts. 1.522 C.c y 1.618 de la L. de E.C.).

El demandado don M.C. alegó falta de legitimación pasiva por no haber dejado nunca de ser propietario de la finca litigada, lo que, añadió, sabían los demandantes. Si la porción transmitida o que parecía como transmitida figuraba a nombre del señor D. era por razones particulares. Además alegó caducidad de la acción pues sostenía que el precio real conocido por los actores era de 1.450.000 pesetas.

El demandado señor C. demandó a su vez a don S. y a don P.F. también de retracto legal, sosteniendo: Que era legítimo propietario de tres cuartas partes de la repetida heredad, si bien desde el día que compró la totalidad de la finca estaba escriturada a favor de don J.D. Que éste se quedó con una cuarta parte indivisa en pleno dominio y que al enterarse de la venta a los señores F. ejercitaba el retracto de comuneros.

Negado en lo fundamental por los demandados lo alegado por el señor C. se opuso, además, en la contestación que el demandante no había ofrecido reembolsar los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo, ni los necesarios y útiles hechos en la cosa vendida; que no se comprometió a no vender lo retraído en cuatro años y la prescripción de la acción.

Se acumularon los autos de ambos litigios.

El Juzgado de Primera Instancia accedió al retracto pedido por don S. y don P.F. y no al formulado contra ellos por el señor C.

La Audiencia, en apelación, desestimó los dos retractos instados.

El Tribunal Supremo casa la sentencia y declara haber lugar al retracto instado por don S. y don P.F., que quedan subrogados en los derechos del comprador, señor C., y conforme a la escritura otorgada ante el Notario de Barcelona señor G., por el precio consignado de 150 000 pesetas, etc. Es decir, confirma la sentencia de primera instancia.

Las razones para la casación fueron:

Que el derecho de retracto que el artículo 1.522 del Código civil concede al copropietario de una cosa común requiere para su eficacia y virtualidad, además de la existencia de una comunidad regulada en el artículo 392 y concordantes de dicho cuerpo legal el que la enajenación que la origina se haya realizado en favor de un *extraño*, según se ordenó en nuestra legislación a partir de la Ley 55 del Título V de la partida V, es decir, de persona que sea ajena al condominio (sentencia de 22 de marzo de 1956) o no tenga la cualidad de partícipe en el mismo (sentencias de 7 de febrero de 1944 y 18 de diciembre de 1950). dado que su finalidad está orientada en el sentido de evitar, en lo posible, el fraccionamiento de la propiedad en sus porciones ideales, extinguiéndolo o reduciendo al menos el número de sus titulares.

Que la condición de extraño en la persona pasivamente legitimada en esta clase de procesos no se enerva, frente a quien adquirió su participación en la cosa común por instrumento notarial de quien aparecía como dueño en el Registro de la Propiedad y además inscribió su derecho por la aportación a las actuaciones de un convenio privado suscrito con persona distinta, del que se deduzca lo contrario, porque, como con reiteración ha proclamado la jurisprudencia de esta Sala, la fuerza probatoria atribuida a las escrituras públicas por el artículo 1.218 del Código civil debe prevalecer frente a terceros sobre el contenido de los documentos privados (sentencias de 28 de octubre de 1944, 1 de diciembre de 1959 y 12 de diciembre de 1961), sobre todo cuando las primeras

dieron origen a un asiento registral y su titular se halla amparado por los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria; y cuando en estos juicios, por su naturaleza especial y limitada, no pueden ventilarse otras cuestiones que las propias del retracto.

Que al declararse probado en la resolución que se impugna que los recurrentes adquirieron sus participaciones en la finca litigiosa de quien figuraba como dueño en el Registro de la Propiedad, y al negarles el derecho de retracto frente al recurrido por estimar que éste no adquirió el resto del inmueble en 7 de agosto de 1961, sino que ya era con anterioridad su verdadero propietario en virtud de un convenio privado suscrito en tal sentido con el vendedor, es indudable que el Tribunal *a quo* ha incidido en error de derecho en la apreciación de los documentos públicos aportados al proceso de que este recurso dimana, con infracción del artículo 1.218 de la Ley civil mencionada, y en la violación de los 392, 1.521 y 1.522 del mismo texto legal, como se denuncia en los motivos tercero y primero del recurso, formulados respectivamente al amparo de los séptimo y primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que los mismos deben prosperar, sin que sea necesario analizar el resto del recurso.

La segunda sentencia del Tribunal Supremo añade, respecto del precio:

Que por los razonamientos de la sentencia de casación que precede y por los de la del Juzgado de Primera Instancia que se aceptan debe confirmarse esta resolución judicial en todos sus pronunciamientos, sin que a ello sea óbice el contenido de la carta que se entregó al Notario que intervino en el otorgamiento de la escritura de 5 de julio de 1961, porque el precio que debe tenerse presente en estos procesos a efectos del número dos del artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que se dé lugar a la subrogación a que se refiere el 1.521 en relación con el 1.525 del Código sustantivo es el que figura en el contrato en que la acción ejercitada se sustenta y que sea conocido por el retrayente (sentencia de 10 de mayo de 1958). Si bien es cierto que no repugna a dichos preceptos la posibilidad de que se pacte otro superior en documento separado que prevalezca sobre el consignado en la escritura (sentencia de 7 de julio de 1948), no lo es menos que tal criterio sólo debe mantenerse cuando exista una prueba cumplida y completa de tales hechos en las actuaciones y no se justifique se realizaron para burlar o hacer más gravoso el derecho del posible subrogado (sentencia de 29 de mayo de 1957); y como en el supuesto aquí controvertido la carta anteriormente enunciada no demuestra el conocimiento por parte de los primitivos retrayentes del precio abonado por el comprador, sino el que uno de los primeros asignó al inmueble para caso de adquirirlo de su vendedor, de ahí que no puede darse por probada la existencia de otro superior al asignado y que haya de ser estimada la primera de las acciones ejercitadas.

SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1965.—*Retracto de comuneros. Precio verdadero. No debe incluirse en el cómputo del plazo el día inicial.*

La demandante, doña F., dueña de cuatro octavas partes indivisas de una casa, tuvo conocimiento de que su hermana política, doña C., había vendido, por sí y en representación de su hijo, don M., una octava parte indivisa a un extraño a la comunidad: al demandado, don A. E.

Como el comprador contestó con evasivas a las preguntas de la demandante

sobre los detalles de la compra. ésta lo demandó de conciliación y en el acto de conciliación dicho comprador manifestó que la venta se había consumado el 11 de febrero de 1963 por el precio de 250.000 pesetas y que no exhibía el documento de compra por no haberse expedido aún.

Ante el falso precio señalado por el demandado—se alegó en la demanda—, la actora hizo averiguaciones y pudo saber que el verdadero precio era el de 40.000 pesetas, como así constaría seguramente en escritura privada que obraría en poder del demandado.

La actora consignó las 40.000 pesetas, prometió no vender lo retraído en cuatro años y suplicó se accediera al retracto.

El demandado, comprador negó la cuantía dicha del precio. Afirmó que prestó a su vendedora, doña C., 40.000 pesetas bajo la garantía de un pinar y la promesa de la venta de la octava parte indivisa de casa en el precio que se fijaría. Que la venta se efectuó el 11 de febrero de 1963 y el precio fue de 250 000 pesetas, como se desprendía del texto de dicha venta, efectuada en escritura pública, de la que acompañaba copia simple por estar la auténtica en la Oficina Liquidadora de D. Reales. Tal precio era justo, añadía, y el dicho por la actora desproporcionadamente inferior al que le correspondía a la parte de casa objeto de autos; añadió que el documento privado se había roto en la Notaría el día que se otorgó la escritura pública.

La sentencia de Primera Instancia accedió al retracto por el precio de 40 000 pesetas, sin duda porque la prueba practicada llevó al convencimiento del Juzgador que tal era el precio real.

La Audiencia confirmó dicha sentencia

Se interpuso Recurso de Casación, alegándose en síntesis:

Que para llegar al fallo recurrido debía haberse pedido y obtenido la nulidad de la escritura pública con audiencia de los vendedores, que no pueden ser condenados sin ser oídos; que se han infringido, por aplicación indebida, los artículos 1.511 y 1.522 del C.c., ya que al no haberse anulado previamente la escritura aludida la subrogación del retrayente debe hacerse conforme a los términos de ella; que ha habido error de derecho en la apreciación de la prueba, por haberse infringido por violación el artículo 1.233 del C.c.: Se ha desconocido el valor de la confesión de la actora, que en la posición cuarta afirmó «le ofreció al demandado las 40.000 pesetas en que realmente había sido vendida». luego sabía en el momento de la conciliación el precio real de la compraventa; que ha habido violación del artículo 1.524 del C.c., ya que si el día de la conciliación—14 de febrero de 1963—conocía el precio real la actora y no consignó hasta el 23, el plazo de la consignación se había retrasado en un día. El plazo de los nueve días del artículo 1.524 es de caducidad y, añadía el recurrente, ha de contarse el día inicial, porque ya entonces pudo ejercitarse la acción y por la misma razón no se descuentan los inhábiles.

El Tribunal Supremo falló no haber lugar a la casación.

Refutó así los argumentos del recurrente:

Considerando que sobre la base de que el recurrente adquirió por título de compraventa la octava parte indivisa de un hotel del que era copropietaria la recurrida, la sentencia que se impugna en este recurso de casación reconoce en favor de la demandante el derecho de retracto legal acogiendo su pretensión en los propios términos en que se formuló, o sea mediante el reembolso de 40.000 pesetas, que según afirmación de hecho contenida en el fallo de instancia, no impugnada por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fue el verdadero precio de la enajenación, aunque en la escritura pública de 11 de febrero de 1963 se consignara como confesado el

de 250.000, pues éste, según también se afirma en la sentencia del Tribunal «a quo», fue ficticio y «con el único propósito de hacer a los demás condóminos posibles retrayentes más gravoso su propósito subrogatorio que el significado por la onerosidad de 40.000 pesetas, realmente pactada».

Considerando que contra dicho fallo se alza el recurrente, articulando cuatro motivos de casación, el primero de los cuales, por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, acusa violación de la doctrina legal contenida en diversas sentencias que cita, en las que se consagra el principio de Derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio; y, en efecto, la doctrina de esta Sala ha tenido como axiomático en reiterados fallos—sentencias de 2 de febrero de 1929, 27 de febrero de 1933 y 11 de octubre de 1941—tal principio jurídico, pero con alcance muy diverso, según las distintas categorías de acciones, conceptuándole como un vicio «in procedendo» censurable por la vía del número primero del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no como vicio «in judicando», cual la califica el recurrente al impugnarle por el cauce del número primero del artículo 1.692, defecto de formalización que no excluye su análisis en cuanto que si efectivamente concurriera sería revelable «ex officio» en evitación de que puedan darse sentencias que afectaran a personas interesadas en la relación jurídico-material ejercitada sin haber sido llamadas al proceso: pero la anomalía que al respecto se acusa carece de base y fundamento porque, como tiene declarado esta Sala con reiteración, al consistir, como consiste, el retracto legal en el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, sus características y naturaleza sólo precisan que al ser ejercitado en juicio intervengan el retrayente como actor y el adquirente como demandado, ya que con respecto al vendedor queda subsistente el contrato con la sola modificación de subrogarse el retrayente en las obligaciones contraídas por el comprador, sin perjuicio de aquellos otros casos en que por mediar ulteriores transmisiones puedan y deban ser demandados los sucesivos adquirentes.

Considerando que en el segundo de los motivos del recurso, por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley adjetiva, se denuncia la aplicación indebida de los artículos 1.521 y 1.523 del Código civil, alegando que al concederse el retracto por precio distinto al que consta en la escritura de 11 de febrero de 1963 se opera una subrogación en condiciones diferentes de las estipuladas, lo que en tesis del recurrente no es pertinente sin un pronunciamiento previo declarando la nulidad del contrato, lo que requeriría la presencia del vendedor en el proceso. Al razonar así olvida que si bien es verdad que el precio que en principio ha de tenerse presente para que se dé lugar a la subrogación que el retracto entraña es el que figure en el contrato causal, ello no elimina la procedencia de admitir prueba tendente a demostrar que la cantidad figurada como precio pueda ser ficticia y otra distinta la realmente pagada—sentencias de 7 de julio de 1948, 16 de junio de 1946, 29 de mayo de 1957 y 10 de mayo de 1958—, pues no es infrecuente que se acuda al ardid de consignar en los documentos una suma distinta de la realmente satisfecha con el fin de burlar el retracto o hacerlo más gravoso, en cuyo supuesto ha de prevalecer el precio real frente al fingido. Lo que no implica problema alguno de simulación ni de nulidad de contrato, ni requiere que en el juicio sea parte el vendedor, pues la declaración del Tribunal acerca de que el precio real no corresponde con el figurado documentalmente sólo proyecta sus efectos entre retrayente y comprador y a los únicos y exclusivos fines del retracto, debiendo en su consecuencia desestimarse el motivo examinado.

Considerando que en el ordinal tercero formulado al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acusa error de derecho en la valoración de la prueba, señalando como infringido el artículo 1.232 del Código civil, expresivo de que la confesión hace prueba contra su autor, con la alegación de que el fallo recurrido, al afirmar que la demandante no conocía el precio verdadero de la venta el día que tuvo lugar el acto de conciliación—14 de febrero de 1963—y remitir al día 20 tal conocimiento, desconoce el valor de lo manifestado por ella al absolver la cuarta de las posiciones; pero sobre que los términos de la contestación a tal posición no son tan claros ni explícitos que permitan darles la significación que pretende el recurrente, es lo cierto que aun admitiendo que efectivamente fuera el día 14 cuando la demandante conoció el verdadero precio de la enajenación, la disparidad de fechas vendría a ser intrascendente, pues ejercida la acción y consignado el precio el día 23 de febrero, lo fue dentro de los nueve días que fija el artículo 1.524 del Código civil como plazo de caducidad, por no ser incluíble en el cómputo el día inicial (sentencias de 2 de abril y 15 de diciembre de 1956), todo lo cual determina la desestimación de este motivo y consecuentemente la del ordinal cuarto, amparado en el número primero del artículo 1.692, en el que se acusa la violación del artículo 1.524 del C. c.

Una de las cuestiones más interesantes y de mayor discusión en la práctica respecto de los retractos legales es la referente al precio que ha de pagar el retrayente.

Teóricamente la cuestión aparece clara: se ha de retraer por el precio verdadero, pero ya la propia contestación alude al problema. Si se habla del precio verdadero es que puede haber, suele haber, un precio no verdadero, fingido, simulado, engañoso, falso, en una palabra.

Sabido es que la legislación fiscal lleva a los contratantes, con más frecuencia, a hacer constar en los documentos privados o públicos de venta un precio que no es el pagado, sino otro inferior. También es sabido que cuando se teme el ejercicio de una acción de retracto uno de los medios de burlarla, aun a costa de pagar más en el Impuesto de transmisiones, es el consignar un precio mayor al real, para así desanimar al posible retrayente o hacerle pagar caro su derecho.

De ahí que en la práctica aparezcan con relativa frecuencia estas dos actitudes antijurídicas:

a) *La del retrayente que pretende retraer por el precio escriturado, aun a sabiendas, antes o después de iniciar el retracto, de que el verdadero fue mayor, si bien callando, claro está, tal circunstancia.*

b) *La del retraído que pretende hacer valer el precio escriturado, aun a sabiendas de que el precio verdadero es menor.*

La Jurisprudencia ha tenido que enfrentarse con tales pretensiones ligadas, según los casos, a diferentes modalidades o circunstancias de hecho.

De ella podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.—*El precio sobre el que gira el retracto es el verdadero, el real. Este debe prevalecer frente al fingido.*

2.—*Es posible acreditar, por los medios de prueba admitidos en Derecho, que el precio verdadero es distinto del escriturado. Para ello se necesita una prueba «cumplida y completa»; convincente, en una palabra.*

3.—*El hecho de discutir en el Juicio de retracto la cuestión de cuál sea el precio verdadero no implica problema alguno de simulación ni de nulidad de contrato, ni requiere que en dicho juicio sea parte el vendedor. La declaración del Tribunal acerca de cuál haya sido el precio real o verdadero produce sus efectos entre retrayentes y retraídos, y a los únicos y exclusivos fines del retracto.*

El pensamiento de los juristas (ha escrito PUIG BRUTAU en La Jurisprudencia como fuente del Derecho) siempre ha oscilado entre dos extremos, que son: el ideal de conseguir que la realización de la justicia consista en la aplicación rígida de unas reglas ya fijadas de antemano; y la conveniencia de solucionar cada caso de una manera justa y, para ello, de prescindir de tecnicismos y de soluciones predeterminadas. La realización del Derecho debe buscar su centro de gravedad entre ambas actitudes extremas; este centro de gravedad no deja de variar y su determinación constituye, tal vez, la más apasionante tarea que tiene propuesta el método jurídico.

En tales conclusiones vemos uno de los casos de creación interpretativa de la Jurisprudencia, que sin olvidar las reglas escritas busca la solución moral en cada caso.

SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1965.—*Requisitos de la fuerza mayor. Accidentes naturales capaces de producirla. «Pacta sunt servanda»*

Se planteó en el pleito la cuestión de la existencia de la fuerza mayor. Se trataba de una fábrica de energía eléctrica que dejó de funcionar y de suministrar determinada cantidad de energía contratada.

En la fundamentación del recurso se decía:

No es posible. «pensando en empresa productora de energía eléctrica», seguir produciendo con la central de, porque tal producción resulta irrentable totalmente. Este hecho, que tiene importancia en los momentos económicos en que se mueve (y que tienen que repercutir en el orden jurídico de los negocios) no admite discusión. Y así los propios dictámenes periciales a que la sentencia recurrida se refiere, hacen constar que «dadas las condiciones actuales de la central en todos sus elementos, por sus averías, falta de entretenimiento, poca potencia instalada para la capacidad del salto y fundamentalmente por su antigüedad, parece aconsejable el estudio de su probable sustitución por elementos más modernos que permitan un mayor rendimiento global y una mayor seguridad de servicio.». Centrado así el problema «sobre bases de hecho indiscutibles», surge la pregunta que constituye el «tema» de este recurso...: ¿Hay una mera conveniencia (como dice la sentencia del Juzgado) de Electra de ... en la paralización de la cantidad, o, por el contrario, se está ante un supuesto de fuerza mayor? Sería absurdo pensar que Electra de ... sólo por dejar de suministrar diez caballos de fuerza gratuita iba a tener parada una central como ésta, que puede producir del orden de los cuatrocientos cincuenta C.V. Habrá que pensar que existen otros motivos; y esos motivos son los que se señalan claramente en el dictamen pericial: averías, potencia en relación con altura del salto, y antigüedad. Todos ellos aconsejan no por conveniencia, sino por sentido común, no producir en la central de a precios o costos totalmente carentes de responsabilidad. Esta situación—indiscutible—encierra un supuesto de fuerza mayor de los que concreta el artículo 1.105 del Código civil. Si se piensa que

están tratando de aplicar una cláusula trasaccional pactada en el año 1919 (casi hace cincuenta ya) sobre producción de energía eléctrica, se verá no pudieron entonces prever lo que iba a pasar con la central de cuarenta y tantos años más tarde. Porque no cabía pensar en el desarrollo de las empresas eléctricas, ni el marcado de los kilovatios... Lo que ocurre ahora en ... (o sea, averías, antigüedad y desproporción) es algo que excede de los accidentes propios de la vida de una Empresa y entra en ese mundo de lo imprevisible o de lo irremediable que desemboca en la idea jurídica de la fuerza mayor, a la que se llega tanto por el sentido que a tal concepto quisieron dar las partes en la transacción de 1919, como por el que tiene legalmente a través de la interpretación, caliente y moderna, de la Sala a que se dirigen. Está por encima de la previsión humana lo ocurrido en la Central de . . . desde 1919 hasta 1962, no sólo por el «régimen del río», sino también por la inadecuación de las máquinas y la antigüedad de las mismas. No se puede obligar a nadie a trabajar antieconómicamente por salvar sólo el cumplimiento de una pequeña obligación que, además, está perfectamente compensada. El incumplimiento de su pequeña obligación de suministrar diez caballos de energía gratuita lo tiene compensado totalmente Electra de . . . no sólo con dejar abiertas las compuertas de sus presas (con lo que desaparece la razón de la prestación discutida), sino también con la promesa, causada solemnemente en varias ocasiones de los autos de montar una nueva central, una central moderna y rentable que permita la vuelta a la normalidad. Podría decirse que este ofrecimiento no tiene plazo de cumplimiento, pero no se puede olvidar que esta misma Sala, en su sentencia de 16 de mayo de 1941, confirmada por la de 24 de septiembre de 1953, tiene establecido que la fuerza mayor puede operar, también, de forma transitoria «retardando el cumplimiento de la obligación y eximiendo de indemnización por mora». Tal podía ser su caso; a base de señalar un plazo (que se cumplirá voluntariamente y con anticipación) para la puesta en marcha de la nueva central de . . .

El Tribunal Supremo no estima la existencia de tal fuerza mayor. Razónó así:

Que para que un suceso pueda originar la irresponsabilidad a que se refiere el artículo 1105 del Código civil es menester que en su acaecimiento concurren, entre otros, los siguientes requisitos: Que sea imprevisible, por exceder del curso normal de la vida (sentencia de 2 de enero de 1945) o que, previsto, sea inevitable (sentencia de 23 de marzo de 1926), insuperable (sentencia de 17 de junio de 1964) o irresistible (sentencia de 10 de noviembre de 1924); que no se deba a la voluntad del supuesto deudor (sentencias de 19 de diciembre de 1930, 20 de junio de 1950 y 9 de mayo de 1960); que por aplicación de los artículos 1182 y 1184 de dicho cuerpo legal haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impida el nacimiento de la que pueda sobrevenir, con arreglo a lo dispuesto en los 1.093 y 1.902 y siguientes de la misma Ley sustantiva; y que entre dicho resultado y el evento que le produjo existe un nexo de causalidad eficiente, como dice la sentencia de esta Sala de 4 de junio de 1902.

Que entre los accidentes naturales capaces de ocasionar los efectos antes expresados, nuestra legislación histórica y Derecho vigente han incluido: los aguaduchos (Ley 28. Título VIII Partida V), avenidas de agua (Ley 3.ª, Título II, Idem) o de ríos (Leyes 8 y 22. Título VIII, Idem) y las inundaciones insólitas (art. 1.575, párrafo segundo, del Código civil, y 8.º, párrafo primero, de la Ley de 15 de marzo de 1935, y de su Reglamento de 29 de abril de 1959)

que produzcan daños de difícil reparación (sentencia de 26 de abril de 1932), no se deban a omisiones imputables al obligado (sentencia de 10 de noviembre de 1924) e imposibiliten por sí mismos y de forma directa e inmediata el cumplimiento de la relación jurídica de que se trata: *Aquarum magnitudines a nullo praestantur* (Ley 23, Título XVII, Libro I del Digesto), sin que a tal consecuencia se llegue cuando la inejecución de la estipulación concertada no provenga *exclusivamente* de dicho siniestro, sino de un factor etiológico más o menos enlazado con él, como pueden serlo las dificultades surgidas en la realización del contrato, los perjuicios económicos que puedan afectar a alguno de los contratantes (sentencia de 4 de junio de 1902) o cualquier otro riesgo semejante que por haberse debido prever oportunamente se ha de afrontar por el posible perjudicado, conforme a lo dispuesto en el principio general de Derecho *Pacta sunt servanda*, acogido entre otros por los artículos 1.091, 1.258 y 1.278 de la Ley civil sustantiva.

Al declararse probado en la resolución que se impugna que la paralización de la Central eléctrica de la que es titular la recurrente, y el incumplimiento de sus obligaciones respecto al otro litigante no se produjeron por averías provocadas por la fuerza del río, dada la posibilidad de su reparación en el plazo de quince días, «sino por conveniencia de la propiedad debida a criterio económico exclusivamente», y al no haberse desvirtuado tales afirmaciones por la vía formal del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y pretenderse en este recurso la inclusión en el mencionado artículo 1.105 de las contingencias que en un negocio mercantil puedan derivar de su mayor o menor rentabilidad, es indudable que el Tribunal *a quo*, al desestimar dicho pedimento y pese a la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 9 de noviembre de 1949, que por sí sola no forma jurisprudencia, no incidió en la infracción del indicado precepto que se denuncia en el único motivo del recurso, formulado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, por lo que el mismo no debe prosperar.

SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1965.—*Prescripción del plazo señalado en el número segundo del artículo 1.968 del C. c.: Debe computarse desde que la acción pudo ejercitarse eficazmente; desde la resolución judicial que ponga término a algún proceso criminal, aunque sea de jurisdicción penal especial, incluso la de los Tribunales de Menores.*

Estimamos de interés el Considerando de esta sentencia que dice:

Que el plazo de prescripción señalado en el número segundo del artículo 1.968 del Código civil debe computarse a partir del día en que la acción a que el mismo se refiere pudo ejercitarse *eficazmente*, como indica la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 1952, en consonancia con el artículo 1.969 del mismo texto legal, es decir, desde el momento en que cese cualquier obstáculo que perturbe su iniciación, como sucede con el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo que, de hallarse en trámite algún proceso de esta índole, no comienza hasta la resolución judicial que le ponga término (sentencias de 21 de noviembre de 1955 y 16 de diciembre de 1961), tanto se trate de la jurisdicción penal ordinaria como de cualquiera de las especiales, puesto que el precepto acabado de citar no establece diferenciación alguna al efecto y es principio general de Derecho el que dice que *ubi lex non distinguit, nec nos*

distinguere debemus, sin que tal doctrina se desvirtúe por el contenido del artículo 63 del Reglamento de 11 de junio de 1948, cuando las actuaciones se hayan seguido ante un Tribunal de Menores, ya que ni dicha Disposición gubernamental, por su inferior rango, puede contravenir lo dispuesto en el mencionado artículo 1.969, según se infiere del 5.º del Código civil, 7.º, número primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 26 y 28 de la del Régimen Jurídico del Estado de 26 de julio de 1957, ni, aún cuando así no fuere, los términos literales en que está redactado el artículo 63 conducirían a criterio distinto del mantenido por la Sala de instancia, dado *que no imponen* al perjudicado la obligación de ejercitar la acción civil que pueda corresponderle desde la apertura del expediente sustanciado contra el menor, sino que simplemente le faculta para *prepararla* y poner en marcha una medida precautoria o de aseguramiento que le sirva de cobertura ante una posible insolvencia del responsable civil, cosa que en modo alguno contradice lo acabado de exponer, según declaró expresamente esta Sala en su sentencia de 29 de diciembre de 1962. Siendo ello así, y no habiendo transcurrido el plazo de un año desde la fecha en que el Tribunal Tutelar dictó sus acuerdos (20 de abril de 1961) y la de presentación de la demanda (16 de enero de 1962), es incuestionable que el Tribunal de instancia, al desestimar la excepción de prescripción alegada por los demandados no infringió por falta de aplicación el número segundo del artículo 1.968, ni interpretó erróneamente el 1.969, y mucho menos el 1.963, todos ellos del Código civil, por lo que resulta inestimable el tercer motivo del recurso, cimentado sobre la base del número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal.

BARTOLOMÉ MENCHÉN

Registrador de la Propiedad

ARRENDAMIENTOS

SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1965.—*Resolución de contrato de arrendamiento por obras no consentidas por el arrendador* (Ley de arrendamientos urbanos de 22 diciembre 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 114, causa 7.ª)

Estima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el actor (arrendador) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el arrendatario demandado) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que, estimando la demanda, declarara resuelto el contrato de arrendamiento de inmueble urbano destinado a local de negocio.

«Considerando (único) que en el presente recurso, y a la vista del contenido de los motivos en los que se sustenta, ha de determinarse si aquella obra denunciada como ejecutada por el demandado, consistente en la construcción, en el patio, de una caseta de ladrillo y yeso, de unos cincuenta metros (de) altura por uno de ancho y (uno de) fónido lleva en sí una alteración de la configuración del local arrendado, o si, por el contrario, resulta correcta la sentencia recurrida en cuanto no aprecia una mutación en la estructura, atendiendo el Tribunal «a quo» a «características» que no especifica y, en este aspecto, hay que tener en cuenta que todo cambio en la forma del espacio o recinto comprendido dentro de las paredes que limitan la extensión del local, tanto en sentido vertical como horizontal y toda mutación en el dispositivo de estos elementos afecta necesariamente a la configuración y, como, en el caso del presente recurso, aquella caseta construida por el arrendatario en el patio, arrendado juntamente con el local, ha producido una variación en la distribución de éste, se hace indudable que la sentencia recurrida, al no estimarlo así, ha incurrido en la infracción que el recurrente acusa respecto al artículo 114, número 7.º (de la Ley de arrendamientos urbanos, citada), en el aspecto jurídico de «configuración» pues no cabe justificar una inalterabilidad en este concepto por «características» que no desvirtúan éste por lo que deben ser admitidos los dos primeros motivos del escrito de formalización del recurso, y, de consecuencia, éste, y, como la doctrina sentada por el Juzgador de Primera Instancia coincide total y absolutamente con la expuesta en la presente resolución, se ha de tener como correcta y aplicable al presente caso la sentencia dictada por aquél».

SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1965.—*Resolución de contrato por cesión traspaso o subarriendo ilegales: consentimiento del arrendador.*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el actor (arrendador) contra la sentencia dictada en apelación (por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera de la demanda de resolución del contrato.

«Considerando (primero) que es forzoso partir, para el estudio del presente

recurso, de que la sentencia recurrida sienta el fallo en el consentimiento de la propiedad para la instalación en el local cuestionado de la sociedad..., premisa de hecho que queda intocada en el primer motivo del recurso, formulado por error en la apreciación de la prueba, pues se desarrolla sobre la tesis de que no pudo conocerse la ocupación denunciada, ya que la sociedad fue inscrita en el Registro mercantil dos años después de su constitución y que los recibos se giran a nombre del arrendatario individual, pero ninguno de estos hechos desvirtúa la afirmación combatida, ya que el consentimiento de ocupación aceptado y reconocido por la sentencia son ajenos y permanecen al margen de que los recibos se satisfagan por el titular arrendatario y de que la sociedad funcione con todos los requisitos de ley, y, consecuentemente, decae el motivo primero, por no enervarse en forma el supuesto de hecho en que la sentencia descansa».

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1965.—*Desahucio del administrador: previa declaración de extinción del contrato de gestión.*

Desesuma (con costas) el «recurso de casación por infracción de ley» 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 desahucio de negocio deducida por el arrendador.

«Considerando (1.º) que en el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, se acusa la violación del artículo 348 del Código civil, así como la aplicación indebida de los artículos 1.563, 1.564 y 1.565 de la Ley procesal, alegándose que el documento privado suscrito por las partes en 9 de mayo de 1953 es un contrato de administración o gestión, del negocio de carnicería perteneciente al recurrido en el que concurren relaciones complejas no susceptibles de ser resueltas en un juicio de desahucio, pero, al razonar así, olvida el recurrente que, aunque originaria e inicialmente tal fué el contrato concertado, ambos litigantes han admitido y reconocido en el proceso que con posterioridad convinieron su modificación en el sentido de que el recurrente abonaría al señor A (actor) por la explotación del negocio un canon o merced arrendaticia, y, como la sentencia impugnada se fundamenta precisamente en esta realidad fáctica de arrendamiento de industria, no combatida en el recurso por la vía adecuada del número 7.º del artículo 1.692 (de la Ley de enjuiciamiento civil), es incuestionable que la Sala aplicó atinadamente los preceptos de la Ley de enjuiciamiento civil que el recurrente cita como inaplicables.

«Considerando (2.º) que en el segundo motivo del recurso, y por la vía del mismo número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, se acusa la aplicación indebida de los artículos 1.563, 1.564 y 1.565 de la misma, señalándose que, al afirmarse, como se afirma en el fallo combatido, «que, sea un contrato de administración o de arrendamiento de industria, es evidente que el actor está legitimado para ejercitar la acción de desahucio», se infringe la doctrina relativa a que la acción tendente al lanzamiento de los administradores a que alude el número 2.º del artículo 1.565 de la Ley (de enjuiciamiento civil) sólo puede ejercitarse cuando en el corres-

pondiente juicio declarativo se ha decretado previamente la resolución del contrato de gestión, y, así planteado el tema, viene a ser una repetición de los argumentos esgrimidos en el primer motivo, debiendo el aquí examinado correr la misma suerte de desestimación, pues, como antes se ha razonado, la Sala sentenciadora da por cierto y probado que al momento de ejercitarse la acción de desahucio la relación jurídica que vinculaba a las partes no era otra que la de arrendamiento de industria, en cuanto que el señor B (demandado) satisfacía mensualmente al señor A (actor) la merced arrendaticia.

SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1965.—*Retracto del inquilino: el plazo de su caducidad se cuenta desde la inscripción de la transmisión en el Registro de la propiedad.* (Ley de arrendamientos urbanos de 22 diciembre 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 48 2)

Estima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la parte actora (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el demandado: adquirente) por la Audiencia territorial revocando la absolutoria del Juzgado de Primera Instancia y dando lugar al retracto.

«Considerando (1.º) que al introducirse el derecho de retracto a favor de inquilinos y arrendatarios en la Ley especial de arrendamientos urbanos de (31 diciembre) 1946 (texto articulado aprobado por Orden de 21 de marzo de 1947) para favorecer al fin social de acceso a la propiedad de las edificaciones donde tienen establecido su hogar o su negocio, tuvo que señalar para el ejercicio de la acción judicial correspondiente un plazo de caducidad inevitable, para la seguridad del tráfico, y, al condicionarlo en el artículo 64, por la evidente influencia del sistema tradicional del Código civil, contempló dos supuestos, el de la presunción de conocimiento por la publicidad del Registro de la propiedad y el del conocimiento efectivo y cabal de la enajenación y sus circunstancias esenciales por otros medios; pero la redacción del último párrafo de dicho artículo fué tan poco afortunada y la diferencia de trato entre el adquirente que inscribía y el que mantenía oculta la transmisión era tan inexplicable que, tras de una labor crítica, condujo a la definitiva interpretación jurisprudencial de la necesidad de la notificación notarial en todo caso; razón por la cual, al publicarse la ley (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril) de 1956, antes de cuya aparición se había acentuado ya la protección a los inquilinos a tales efectos por disposiciones como la Ley de 15 de julio y la Orden de 12 de agosto de 1952, se aclararon las dudas surgidas, dándose al artículo 48, que regulaba la materia, una redacción diferente, más clara y rotunda, por la que se eliminaba la ficción del Registro y su consiguiente presunción de conocimiento así como cualquier otra fuente de conocimiento que no se apoye en una notificación fehaciente mediante copia de la escritura o documento en que fuere formalizada la enajenación, requisito formal que, por afectar al nacimiento de una institución de orden público como lo es la caducidad, participa de este mismo carácter de medio probatorio tasado y necesario; doctrina que a partir de la publicación de la Ley citada de (22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril) 1956 ha venido repitiendo: ya este Tribunal, salvo los casos en que el arrendatario o inquilino se dé por notificado, renunciando expresa o tácitamente a su derecho.

«Considerando (2.º) que la sentencia recurrida, en contra de la doctrina expuesta, fundamenta su fallo en una interpretación errónea del artículo 48, actualmente insostenible, admitiendo un supuesto conocimiento al margen de las formalidades legales, para el que parte de un acto de conciliación que tuvo un objeto distinto del de notificar, y en cuya certificación, como la propia sentencia asegura, no consta circunstancia alguna relacionada con dicha notificación; por todo lo cual ha de darse lugar al recurso por todos sus motivos, y, en su virtud, procede dejar sin efecto la sentencia recurrida y confirmar el fallo de la de primer grado».

SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1965.—*Resolución del contrato de arrendamiento por realización de obras que modifiquen la configuración*» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 114, causa 7.ª): *no son tales las de sustitución del pavimento*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la arrendadora demandante contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el arrendatario demandado) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia (que declarara la resolución del contrato) y absolviendo de la demanda.

«Considerando (2.º) que, quedando fuera de debate las obras de las habitaciones que afectan a la configuración, no incide en la sanción del número 7.º del artículo 114 de la Ley especial el arrendatario que se limita a sustituir el pavimento de la habitación, pues dicha reforma no altera la configuración del local, como es de rigor para la aplicación de la indicada norma».

SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1965.—*Resolución de contrato de arrendamiento por obras modificativas de la configuración del local arrendado* (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), art. 114, causa 7.ª

Desestima (con costas) 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 del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera al arrendatario demandado de la demanda de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio basada en la realización por él de obras en el inmueble.

«Considerando (1.º) que el motivo primero del recurso parte del supuesto de que el arrendatario quitó la escalera que comunicaba entre sí los pisos bajo y alto aislándolos y convirtiendo en dos locales lo que era uno solo; pero, como las premisas establecidas por la sentencia recurrida, como resultado de la apreciación conjunta de la prueba, divergen sustancialmente, la argumentación del recurrente carece de fundamento admisible, porque lo afirmado por la sentencia es que lo que hizo el arrendatario fue sustituir una escalera de madera que estaba en mal estado por otra metálica de análogas características, que no afecta a las paredes ni al edificio en su resistencia, ni

debilita los materiales ni se aprécian obras de albañilería, sin que se produjera el aislamiento pretendido por el recurrente entre las dos plantas más que el tiempo necesario para la sustitución de la escalera en mal estado por la otra, cubriéndose provisionalmente el hueco para evitar accidentes; y es doctrina reiterada de este Tribunal que sustituir elementos estropeados por el uso por otros para ponerlos en estado de servir a su finalidad no constituye modificación de la configuración.

«Considerando (2.º) que en la demanda no se alegaron como causa determinante de la misma obras indeterminadas o de un modo genérico, lo que en principio es admisible cuando no hubiere posibilidades de determinarlas por obstaculizarlo el arrendatario causante, sino que se contrajo a unas obras concretas en virtud de un acta notarial de presencia levantada con intervención personal y directa no sólo del fedatario sino del actor requirente en la que libremente se inspeccionaron y describen los departamentos del local arrendado, y ni en dicho documento ni en la demanda se hace la menor referencia ni alusión a la existencia anterior, a su desaparición ni a huellas relacionadas con una supuesta entreplanta de madera, sobre la que, en consecuencia, no versó tampoco la contestación a la demanda ni fué objeto de consideración alguna por la sentencia de primera instancia, por lo que en la de segundo grado tuvo que rechazarse como cuestión nueva la invocación hecha al respecto en el informe oral en la vista de la apelación, como tiene que rechazarse ahora, ya que la incongruencia alegada en el segundo motivo se produciría no sujetándose, contra lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de enjuiciamiento civil, a lo alegado y pronunciándose sobre hechos que no han sido debatidos».

SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1965.—Arrendamiento de industria: desahucio: legitimación activa del comprador del inmueble arrendado (posesión real).

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 dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que diera lugar a la demanda de desahucio de la industria arrendada por transcurso del plazo pactado para su vigencia.

«Considerando (2.º) que en el . . . octavo de los motivos del recurso, . . . conforme al número 1.º de . . . (Ley de enjuiciamiento civil, art. 1.692), se alega . . . 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 . . . combatiendo... la apreciación del Tribunal sentenciador de haber sido transmitido al actor el derecho al desahucio, motivo desestimable, porque la condición de titular registral con que acciona el recurrido (arrendador) lleva consigo todos los derechos inherentes al dominio, cual el derecho a desahuciar, y la interpretación del título (escritura pública de adquisición de la finca por el actor) que, con adecuada soberanía, efectúa la sentencia (impugnada) no contradice la transmisión del mentado derecho, sin que la expresión en que el recurrente pretende ampararse... esté en contradicción con el ejercicio de la acción de desahucio a favor del comprador de la finca...

«Considerando (5.º) que . . . 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...».

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1965.—Resolución del contrato por subarriendo, cesión o traspaso ilegales: debe presumirse ante la introducción de un tercero en el local arrendado sin título que justifique su presencia.

Desestima 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 dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por traspaso ilegal.

«Considerando (1.º) que la sentencia recurrida, en relación con la de primera instancia, cuyos razonamientos, en lo sustancial, acepta, da por probado que el demandado estuvo viviendo en el local de autos, sin dedicarse al negocio de zapatería, durante ocho años, al cabo de los cuales se marchó, comenzando entonces a trabajar en el mismo, en el arreglo de calzado, ... (un tercero), quien no está dado de alta en seguros sociales, no obstante decirse que es dependiente del demandado, de todo lo cual deduce la sentencia un subarriendo, es decir, la introducción de un tercero en el local arrendado; contra la cual sentencia se interpuso por el demandado el presente recurso, cuyo segundo motivo, amparado en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), se basa en interpretación errónea del artículo 1.253 del Código civil; pero, no siendo contrario a las reglas de la lógica, sino conforme con reiterada jurisprudencia, que la introducción de un tercero en el local arrendado, sin título que justifique su presencia, permita suponer la existencia de cesión, traspaso o subarriendo, acreditada como está la introducción en el local arrendado de un tercero sin título que le autorice para ello, es procedente rechazar este motivo.

«Considerando (2.º) que... como queda expuesto, la introducción injustificada de un tercero en el local arrendado es causa resolutoria del contrato...».

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1965.—Resolución del contrato por realización ilegal de obras por el arrendatario: fijación del momento de su realización, a efectos de la prescripción de la acción de resolución; el convenio entre arrendador y arrendatario respecto a lo que ha de hacerse con las obras entraña la renuncia del arrendador a su derecho a resolver el contrato basado en la realización de tales obras.

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los actores (arrendadores) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el demandado: arrendatario) por la Audiencia territorial revocando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda y declarara resuelto el contrato de arrendamiento de vivienda y local de negocio.

«Considerando (1.º) que la sentencia recurrida, en los «considerandos» pri-

mero y segundo, distingue tres clases de obras, declara probada la existencia de las realizadas hasta 1947 y desde este año a 1958, declarando prescritas las primeras y convalidadas por el pacto de 1958 las segundas, y, respecto a las alegadas como llevadas a cabo con posterioridad a 1958, construcción de una leñera, colocación de azulejos y de un «water», que no se ha probado su existencia y fecha, y, aunque la fecha, en términos generales, no tenga obligación de probarla el actor, es caso distinto si la fecha se fija para distinguir las obras de otras anteriores y en definitiva si que tiene que probar la existencia de las obras en que funda la acción, y la Sala afirma que no se ha probado tal existencia por la deficiencia de la prueba propuesta y el resultado de la misma, que no las ha precisado como distintas a las anteriores.

«Considerando (2.º) que, negada por la Sala la existencia de obras posteriores a 1958 y no atacada esta declaración al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 (de la Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), por error de hecho, o al de la tercera, citando el precepto de valoración de prueba infringido, hay que respetar el hecho de la Sala de que tales obras no han tenido justificación en el procedimiento y por tal (motivo) no pueden ser causa de resolución y, como las que se estiman realizadas hasta 1947, presentada la demanda en mayo de 1963, hay que estimarlas prescritas por el transcurso de quince años y (en cuanto a) las anteriores al 58 (1958), la falta de cumplimiento del acuerdo de dicha fecha no puede apreciarse comprendida en el artículo 114, 7.ª, pues el convenio respecto a lo que había de hacerse con tales obras entraña renuncia de la acción de resolución del contrato, y, manifestada la voluntad del dueño de no ejercitar la acción, la falta de cumplimiento de lo pactado no hace nacer de nuevo la acción renunciada, se impone la desestimación del primer motivo del recurso, por aplicación indebida de los artículos 1961 y 1.964 del Código (civil), amparado en la causa 3.ª, del artículo 136 de la Ley (de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956)».

SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1965.—*Resolución de contrato: subarriendo o traspaso ilegales de local de negocio.*

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 y declarara resuelto el contrato de arrendamiento de local de negocio.

«Considerando (1.º) que... toda la valoración de la prueba hecha por la sentencia recurrida se ha encaminado a dilucidar si el negocio jurídico conve-nido entre el arrendatario y un tercero ajeno a la relación arrendaticia, que se consigna en el documento de fecha 6 de febrero de 1962, debe calificarse como sociedad o como cuentas en participación, a cuyo efecto ha tenido que interpretar el documento de referencia y su relación con los actos coetáneos, posteriores y aun anteriores, entre los cuales el poder notarial de 3 de febrero a que en el mismo contrato anteriormente aludido se hace expresa referencia; y esta labor interpretativa es la que se combate en el motivo primero del recurso, al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 de la Ley de arrenda-

mientos urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), que no es causa idónea para dicho fin...

«Considerando (2.º) que el motivo segundo plantea el problema de la calificación del repetido contrato, para mantener la tesis de que su contenido corresponde a unas «cuentas en participación», y no a una sociedad; pero lo que no es lícito para ello es prescindir de las premisas que la sentencia establece como valoración del conjunto de todas las pruebas, y no de esas únicamente, premisas que continúan incólumes; y, si bien es cierto que entre las figuras jurídicas de la «sociedad» y de las «cuentas en participación» hay evidentes analogías, hasta el extremo de que parte de la doctrina científica, ha considerado las segundas como una modalidad de la primera, existen evidentes características diferenciales que no pueden soslayarse, no sólo en cuanto a su relación con terceros, sino respecto de los propios interesados, entre las cuales es la principal la de que la administración del negocio es privativa de su titular, que hace y dirige en su nombre las operaciones, conforme claramente ordena el artículo 241 del Código de comercio, y que está obligado a rendir cuentas al partícipe (art. 243), mientras que en el caso de autos se establece en el propio contrato no sólo la aportación del partícipe, como exige el artículo 239 del propio cuerpo legal, sino las de ambos, como si se tratara del caso del artículo 125 (del Código de comercio); se le atribuye al partícipe la gerencia del negocio o negocios (cláusula 10); se le reconoce derecho a participar en el precio del traspaso del local, que, por consiguiente, se convierte en bien común, y, finalmente, quedó acreditada por la prueba la realidad de la dedicación de su actividad al negocio; resultando de todo ello una clara introducción de un tercero ajeno a la relación arrendaticia implicado directo y personalmente en la explotación del local arrendado en beneficio propio, sin que pueda encubrir esta realidad el poder amplísimo, cuyas características e irrevocabilidad son incompatibles con la dependencia laboral...».

JOSÉ M.^a GONZÁLEZ LÓPEZ.

M E R C A N T I L

II.—SOCIEDADES.

SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1965.—*Liquidación de sociedad anónima. Los bienes inmuebles han de ser vendidos en subasta pública.* (Ponente: T. de Ogayar y Ayllón.)

Si bien es cierto que los liquidadores están sometidos a la Junta de accionistas en lo relativo a la marcha de la liquidación, también lo es que la Junta carece de facultades para dejar sin efecto un precepto legal de carácter imperativo, cual es el que establece la necesidad de que los bienes inmuebles del acervo social sean vendidos *necesariamente* en subasta pública (art. 160, número 4.º de la Ley de S. A.)

SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1965.—*Junta extraordinaria de sociedad anónima. Nulidad de acuerdos sociales por no expresar la convocatoria a la Junta los asuntos que hubieren sido objeto de solicitud.* (Ponente: E. Aguado González.)

La redacción del párrafo segundo del artículo 56 de la Ley de S. A. obliga a entender: a) que su índole, netamente imperativa, le hace de obligado cumplimiento y su omisión supone un defecto que, aún extrínseco, puede determinar por sí solo la nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta: b) que, al referirse a los asuntos que hubieren sido objeto de la solicitud, obliga a detallarlos en el orden del día, sin ser suficiente una referencia genérica ni permitido omitir que tales asuntos se hallan incluidos en la solicitud determinante de la convocatoria: c) que, ello no obstante, será innecesario transcribir los propios términos empleados en la solicitud, y cuando razones de índole moral o de posible lesión al crédito social así lo aconseje, deberá redactarse el orden del día de modo que sin hacerse eco de lo que en su literal expresión sea pertinente, se detalle la materia a tratar con el pormenor suficiente para que los socios en relación con ella puedan, con conocimiento de causa y libertad no mermada por la ignorancia o la improvisación utilizar en forma adecuada sus derechos de información y determinación.

SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1965.—*Nulidad de acuerdos sociales aprobando el balance y cuentas de la sociedad anónima, cuando los estatutos sociales otorgan a los socios facultad de examinar los libros de contabilidad de la sociedad, en el tiempo que media entre la convocatoria de la Junta y su celebración, y a alguno de los socios se les impidió tal examen, por ser la cláusula estatutaria que tal establece perfectamente lícita, ya que no se opone a las normas imperativas de la Ley de S. A., y la autorizan el artículo 11, número quinto, de dicha Ley; el artículo 1.255 del C. c. y el principio «pacta sunt servanda».* (Ponente: F. Rodríguez Solano y Espín.)

RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS
Registrador de la Propiedad.
Notario.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El recurso contra el acto expreso dictado después de la denegación presunta por silencio administrativo

SUMARIO: I. LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—II. LA DOCTRINA DE LA JURISPRUDENCIA TRADICIONAL: A) *Competencia de la Administración para resolver transcurrido el plazo del silencio administrativo*: 1. Doctrina jurisprudencial. 2. Crítica. B) *Admisibilidad de impugnación frente a la resolución expresa dictada después de transcurrir el plazo para la denegación presunta*: 1. Doctrina jurisprudencial. 2. Crítica.—III. LA NUEVA LEGISLACIÓN: A) *Naturaleza del silencio administrativo*. B) *Obligación de resolver expresamente*. C) *Recurso frente a la resolución expresa*.—IV. LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA LJ Y A LA LPA: A) *La doctrina jurisprudencial*. B) *Reacción de la doctrina y de la legislación*: 1. Doctrina. 2. La revisión de la LPA.—V. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA: A) *Dirección formalista*. B) *La doctrina correcta*.

I. LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

El trascendental paso que supuso en nuestro Ordenamiento jurídico la entrada en vigor de la LJ dependía en buena parte de la reacción de la doctrina jurisprudencial ante sus innovadores preceptos. Se ha dicho, con razón, 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» (1).

De aquí que, al ocuparse dos tesis doctorales francesas del nuevo texto legal español, después de valorar el paso decisivo que el mismo supuso, sus autores se preguntaran hasta qué punto los jueces responderían a la llamada del legislador (2).

Esta preocupación era aún más explicable si se recordaba la jurisprudencia anterior a la nueva Ley, que no sólo no había sabido alcanzar las conquistas que en orden a las garantías del administrado había alcanzado la jurisprudencia de

(*) Se utilizan las siguientes abreviaturas:

LJ = Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa
LPA = Ley de Procedimiento Administrativo.
REVL = Revista de Estudios de la V'da Local.
RAP = Revista de Administración Pública.

(1) ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947.

(2) A. GUILLOT: *Le contrôle juridictionnel de l'Administration espagnole*, París, 1960; N. COURBE COURTEMANCHE: *Les recours contre les actes administratifs en Droit espagnol*, 1960.

otros países, sino que con un formalismo a todas luces censurable había cercenado y limitado lamentablemente aquellas garantías elementales (3).

Hoy, con la perspectiva de casi ocho años de aplicación de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, podemos afirmar rotundamente el éxito de la nueva Ley, gracias al afán de superación de una jurisprudencia que cada día ofrece una más depurada técnica, al mismo tiempo que es más generosa con las garantías del administrado, facilitando el acceso a la jurisdicción en parcelas antes vedadas por aquel exagerado formalismo.

No quiere esto decir que, en algunos momentos, no existan todavía atisbos de la vieja tradición. Pero, afortunadamente, los desaciertos procuran enmendarse, y las desviaciones procesales son corregidas, elaborándose una doctrina jurisprudencial que constituye digno cumplimiento del texto que venía interpretando.

Hoy vamos a ocuparnos de un tema que no puede ser más expresivo para calibrar hasta qué punto se da ese afán de superación de que antes hablábamos corrigiéndose una de las desviaciones más lamentables en que había incurrido nuestra jurisprudencia: la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo contra la resolución expresa dictada después de transcurrir el plazo para deducir el recurso contra la denegación presunta en virtud de silencio administrativo.

II. LA DOCTRINA DE LA JURISPRUDENCIA TRADICIONAL.

Con anterioridad a la LJ, la jurisprudencia se había enfrentado con los problemas siguientes que planteaba la doctrina del silencio administrativo: 1.º Si la Administración pública perdía la competencia para resolver una vez transcurrido el plazo del silencio administrativo. 2.º Si la resolución expresa dictada, transcurrido dicho plazo, rehabilitaba el plazo para recurrir.

Examinaremos la jurisprudencia recaída sobre cada uno de ellos y la posición de la doctrina.

A) *Competencia de la Administración para resolver transcurrido el plazo del silencio administrativo.*

1. *Doctrina jurisprudencial.*

En la doctrina del Tribunal Supremo prevaleció la tesis negativa, fundada principalmente en la doctrina de la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos. El transcurso del plazo del silencio administrativo—dice, por ejemplo, la sentencia de 12 de julio de 1928—determina la firmeza del acuerdo impugnado, por lo que, en virtud del principio de que la Administración no puede ir jurídicamente contra sus propios actos creadores de derechos, se deduce la imposibilidad de resolver transcurrido dicho plazo.

(3) Por ejemplo, SERRANO GUIRADO, en su trabajo *La justicia administrativa* (RAP, núm. 6, pág. 162), sentaba la siguiente conclusión: «Sería de desear la desaparición del excesivo formalismo a veces consagrado por la jurisprudencia, que ha limitado y cercena la órbita legal de garantías».

2. Crítica.

Hay que reconocer que algún autor consideró correcta aquella doctrina. Así, MARTÍNEZ USEROS consideraba que la Administración únicamente podía confirmar el silencio en una nueva resolución, pero no revocarla mediante acto estimatorio (4). Pero la generalidad de la doctrina censuró aquel criterio jurisprudencial, al menos en cuanto se refería al silencio negativo. Resultaba admisible y correcta aplicada al llamado silencio positivo, pero no si se refiere a aquél; en este supuesto ha de considerarse que la Administración no pierde su competencia para resolver, aun cuando transcurra el plazo para que se presuma denegada la petición o recurso por silencio administrativo, si bien se discutía el momento en que perdía la competencia como consecuencia de impugnación ante la jurisdicción competente (5).

B) Admisibilidad de impugnación frente a la resolución expresa dictada después de transcurrir el plazo para la denegación presunta.

1. Doctrina jurisprudencial.

Si bien respecto al punto anterior existía alguna sentencia que discrepaba de la doctrina más general, respecto del que ahora se plantea, la doctrina era unánime: si la Administración resolvía expresamente después de transcurrir los plazos de silencio, tal resolución no podía producir el efecto de «rehabilitar» los plazos para recurrir.

El argumento esgrimido por la jurisprudencia no era otro que la aplicación al caso concreto planteado de la doctrina del acto confirmativo: si el silencio supone una resolución presunta, que ha existido, toda denegación expresa ulterior era una reproducción de la anterior consentida y firme. Por otro lado, como los plazos son improrrogables, no podía admitirse que una resolución expresa confirmatoria pudiera suponer una ampliación, prórroga o rehabilitación del plazo fatal que empezaba a computarse desde la denegación presunta.

2. Crítica.

La crítica de la doctrina fué también general. Y para ello utilizó, fundamentalmente, dos argumentos básicos (6):

a) Por un lado, la naturaleza del silencio administrativo. Si el silencio administrativo era una garantía establecida por la Ley en favor del administrado para defenderse de la pasividad de la Administración, presuponiendo la existencia de un acto a los solos efectos de su impugnación ulterior, era incuestionable la facultad del interesado de esperar a que el órgano administrativo cumpliera con su obligación de resolver expresamente, momento en que empezaría a correr el plazo para recurrir.

(4) MARTÍNEZ USEROS: *La teoría del silencio administrativo en el régimen jurídico municipal español*, REVL, núm. 32, págs. 165 y sigs.

(5) GARRIDO FALLA: *La llamada doctrina del silencio administrativo*, RAP, número 16, págs. 104 y sigs.; ROYO-VILLANOVA (S.): *Problema del régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944, pág. 85; etc.

(6) GARRIDO FALLA, art. cit., págs. 105 y sigs.

b) Pero, además, existe otro argumento. Así, GARRIDO FALLA afirmaba: «Hay que advertir que, incluso admitiendo los supuestos teóricos en que se basa normalmente la doctrina del silencio administrativo, es decir, admitiendo que ha existido una resolución anterior tácita, la solución a que la jurisprudencia ha llegado es perfectamente criticable. Ya puso de relieve PÉREZ SERRANO el contraste que supone la rigurosidad que a veces se ha exigido en materia de motivación y notificación de los actos administrativos, con la benevolencia del trato otorgado a la resolución tácita que, por supuesto, ni está motivada ni ha sido notificada en forma. A partir, sobre todo, de la doctrina de los defectos en la notificación, podría llegarse muy bien a la consecuencia de que sólo se produce, en su caso, la notificación en forma cuando hay resolución expresa tardía y, por consiguiente, sólo a partir de ese momento deben contarse los plazos para la utilización del recurso revisor» (7).

III. LA NUEVA LEGISLACIÓN.

La LJ primero, y la LPA después, supusieron una rectificación de la doctrina jurisprudencial tradicional. Partiendo de la errónea posición de la jurisprudencia, trataron de superarla, redactando sus preceptos de modo que no pudiera ofrecer dudas la significación del silencio administrativo y las consecuencias prácticas derivadas de la misma. Así se proclamaron estos principios y normas esenciales:

A) *Naturaleza del silencio administrativo.*

La naturaleza del silencio administrativo como institución de garantía del administrado se reconoce expresamente en el preámbulo de la LJ (apartado IV, 2), que, como todos los preámbulos de disposiciones, constituye—según reiterada jurisprudencia—fuente de interpretación auténtica de sus preceptos. En el preámbulo se dice literalmente: «La Ley instituye un régimen general de silencio administrativo, mediante el cual, transcurrido cierto plazo, puede presumirse por el interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, si lo desea, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración. El silencio administrativo, ciertamente, no puede ser conceptuado como un medio a través del cual la Administración pueda eludir su obligación de motivar las decisiones, como vendría a ser si por el silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso, debidamente fundado» (8).

Tan expresivas declaraciones hubieran sido más que suficientes para superar la doctrina jurisprudencial anterior. Pero, además, los textos legales sancionaron en normas concretas las consecuencias que de aquella declaración se derivaban. Así, el artículo 38. en su párrafo 1, al referirse al silencio administrativo, dispone

(7) GARRIDO FALLA, ob. cit., pág. 114.

(8) Sobre el problema, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*. Madrid, 1957, II, págs. 359 y sigs., y *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, páginas 507 y sigs.

que el interesado «podrá considerar desestimada su petición, al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición». El precepto se reitera en el artículo 94, párrafo 1. LPA

B) *Obligación de resolver expresamente.*

En este punto también existen declaraciones tajantes. El artículo 38, párrafo 2, LJ, y el artículo 94, párrafo 2 LPA, disponen: «*En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa debidamente fundada*».

C) *Recurso frente a la resolución expresa.*

La posibilidad del recurso frente a la resolución expresa dictada después del plazo de silencio administrativo era una ineludible consecuencia de las normas expuestas. En efecto: si la denegación presunta no excluía el deber de resolver expresamente y si, producida la denegación presunta, el interesado podía optar por recurrir contra ésta o esperar a la resolución expresa, era incuestionable que, producida ésta, tendría abierta la vía procesal correspondiente.

IV. LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA LJ Y A LA LPA

A) *La doctrina jurisprudencial.*

Pese a la claridad de los textos legales que había de aplicar, la jurisprudencia vino a reiterar las desviaciones que se habían producido con anterioridad a la LJ.

Así, una sentencia de 13 de noviembre de 1961 sentó la siguiente doctrina: «Que el artículo 58 de la Ley jurisdiccional antes citada regula en sus números 1 y 2 específicamente el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo cuando medie, como en este caso sucede, el preceptivo de reposición y establece dicho artículo que tal plazo será de dos meses contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo resolutorio del recurso de reposición, si es expreso, y que si no lo fuere el plazo será entonces de un año a contar de la fecha de interposición del mismo recurso de reposición, por lo que instada la reposición, el término para acudir a la vía contenciosa empieza según el número 1 del artículo 54 de aquella Ley, al pasar un mes desde que el recurso de reposición fué interpuesto sin que su resolución se notificase y concluye transcurrido el año de impulsar la repetida reposición, salvo que antes se notificara acuerdo resolutorio de la misma porque entonces determinaría la aplicación del número 1 del artículo 58 en relación con el 2 del 54 de la citada Ley, mas transcurrido el año caduca el plazo, produciéndose irrevocablemente una situación jurídica de firmeza que extingue la acción contenciosa, situación que, por tanto, no cabe alterar con el acto administrativo posterior—en este caso denegatorio—para abrir de nuevo el paso, cerrado en derecho positivo, a la reclamación jurisdiccional. Que no es obstáculo para la interpretación legal expuesta lo establecido en el artículo 38 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, el cual permite

esperar sin plazo fijo a que se dicte resolución expresa, pues contempla dicho artículo un supuesto distinto del regulado por el 58, de los cuales el segundo prescinde en absoluto de la mora, sustituida por el automatismo, no da opción en el procedimiento a utilizar, ni manda que la Administración resuelva explícitamente, ni tampoco autoriza a accionar después del año, sino que, en defecto de acuerdo expreso, el plazo para interponer el recurso contencioso lo fija en un año «a contar de la fecha de interposición del recurso de reposición», o sea, que sin denuncia de la mora, elemento esencial generador de todo el régimen del artículo 38, el número 2 del 58, con su terminante fórmula imperativa y no potestativa, pues dice «será» ha establecido sin condicionamiento ni reserva alguna el plazo máximo de un año para actuar de manera que cuando antes del año se dicte resolución expresa tendrá eficacia, pero después ya no, porque con arreglo al artículo 121 de la Ley jurisdiccional, transcurrido el plazo, «se tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite o recurso que hubiere dejado de utilizarse», siendo bien conocida la jurisprudencia sobre recursos de agravio y la de este Tribunal en sus sentencias de 14 de octubre de 1947, 1 de junio, 18 de noviembre y 31 de diciembre de 1949, 18 de febrero y 27 de octubre de 1950, 14 de junio de 1957 y 3 de noviembre de 1960, de que no cabe volver a abrir los plazos mediante resolución expresa posterior, ya que otorgarle virtualidad al efecto el arbitrio de la Administración enervaría la categórica prevención legal con posible trascendencia en algunos casos a los derechos de terceros. Que los razonamientos anteriores se robustecen con el número 4 del propio artículo 58, que se refiere en particular al supuesto en que se ha llegado al recurso jurisdiccional a través del artículo 38, acogido en el apartado c) del artículo 53, artículo éste comprensivo precisamente de los casos exceptuados del recurso de reposición, previniendo dicho número 4 que cuando se trata de actos presuntos en virtud de silencio administrativo, regulado en el artículo 38 el plazo de un año para promover el recurso contencioso-administrativo será desde el día siguiente a aquel en que se entienda desestimada la petición, salvo si con posterioridad recae acuerdo expreso, en cuyo caso será el del párrafo 1. de donde se infiere que si para este solo caso de haberse llegado al acto a través del artículo 38 que permite esperar sin plazo la resolución expresa, autoriza el 58 en su número 4 que tal resolución dictada después del año determine que a partir de ella sea observable el número 1, preceptivo de los dos meses contados desde la misma, es bien palmario que para el caso presente, del número 2, en que no se regula el silencio por el artículo 38 y se origina *ipso facto*, no sólo no reza tal salvedad del número 4, así circunscrita, sino que manifiestamente queda excluido de ella, y por ende, al no estarse, como no se está ahora en la hipótesis del repetido número 4, tampoco hay posibilidad de atribuir al acuerdo expreso que recayó pasado el año de silencio automático, validez para aplicar el número 1 del artículo 58, absorbido por la meritada caducidad incondicionada del plazo previsto en el número 2 en cuanto expiró sin actuar el administrado ni resolver expresamente la Administración, y en fin, a mayor abundamiento el artículo 126 de la Ley de Procedimiento Administrativa de 17 de julio de 1958 dispone, respecto del recurso de reposición potestativo, que de haberse interpuesto empezará a contarse el plazo para el contencioso-administrativo en la forma prevista por el artículo 58, números 1 y 2 de la Ley de dicha jurisdicción, con lo cual excluye así perceptiblemente la posibilidad de utilizar al efecto los plazos del número 4 del mismo artículo y del 38 de ella».

Otra de 20 de febrero de 1962 afirmaba: «Que así las cosas hay que destacar que el artículo 58 de la Ley jurisdiccional, regulador en sus números 1 y 2, específicamente, del plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo

cuando medie el preceptivo de reposición, establece que dicho plazo será de dos meses contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo resolutorio del recurso de reposición si es expreso, y que si no lo fuere el plazo será de un año a contar de la fecha de interposición del recurso de reposición; por lo que promovida la misma al término para acudir eficazmente a la vía contenciosa que empieza al pasar un mes de instada la reposición, sin haberse decidido, conforme al número 1 del artículo 54 de la Ley, concluye transcurrido el año de impulsar la repetida reposición, salvo que antes se dictara resolución expresa porque entonces determinaría ésta la aplicación del número 1 del artículo 58 de la citada Ley, pero corrido el año caduca el plazo y se produce irrevocablemente una situación jurídica de firmeza, extintiva de la acción contenciosa; situación que por tanto no cabe ya alterar con el acto administrativo posterior —aquí confirmatorio— para abrir de nuevo el paso, cerrado en Derecho positivo, a la reclamación jurisdiccional».

En análogo sentido, entre otras, las sentencias de 3 de marzo y 24 de octubre de 1962, 8 de marzo y 28 de junio de 1963, 16 de marzo, 2 y 18 de mayo de 1964.

B) *Reacción de la doctrina y de la legislación.*

1. *Doctrina.*

Ante la nueva doctrina jurisprudencial, la reacción fué análoga a la que se había producido antes de la LJ frente a la vieja jurisprudencia.

Concretamente, ante aquella doctrina jurisprudencial por nuestra parte, nos planteábamos las siguientes preguntas (9): «¿Qué sentido tiene entonces la obligación de la Administración de dictar resolución expresa? ¿Qué sentido tiene el silencio administrativo? ¿No dice la Ley que el interesado puede, *si lo desea*, entender desestimada su petición? ¿Por qué aquella solución, si siguiendo la Ley opta por esperar pacientemente la resolución expresa?

2. *La revisión de la LPA.*

Al plantearse la revisión de la LPA, en cumplimiento de su disposición final 5.ª, se trató de corregir las desviaciones de la doctrina jurisprudencial. Es decir, que la ampliación de garantías del administrado y la separación de los criterios formalistas se viene a hacer por vía legislativa.

Como una de aquellas desviaciones se habían producido, justamente, sobre la interpretación del silencio administrativo, para superar la doctrina jurisprudencial sobre inimpugnabilidad de la resolución expresa tardía, la Ley 164/1963, de 2 de diciembre, por la que se llevó a cabo la revisión, dió una nueva redacción al párrafo 2 del artículo 94 de la LPA. La nueva redacción era la siguiente: «Igual facultad de opción asistirá, sin necesidad de denunciar la moral, al interesado que hubiere interpuesto cualquier recurso administrativo, entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo». Asimismo añadió un párrafo 3, con esta redacción: «En

(9) *Sistema de recursos y autonomía local*, «El Consultor de los Ayuntamientos», núm. 29, Madrid, 1962, pág. 1.266, y en *La revisión de la LPA*, DA, núms. 62-63, páginas 18 y sigs.

uno y otro caso la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa. Contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse reclamación en queja, que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente» (10).

V. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA

A) Dirección formalista.

A pesar de lo expuesto, aun después de la revisión de la LPA, ha habido decisiones jurisprudenciales que continúan la vieja doctrina. Es cierto que la jurisprudencia rectifica su doctrina tradicional y admite la eficacia de la resolución expresa tardía; pero continúa sin la menor modificación el criterio a declarar inadmisibles el recurso contra la resolución expresa, una vez transcurrido el plazo para recurrir contra la denegación presunta, sin haberle interpuesto. Así, en la sentencia de 18 de mayo de 1964 todavía se afirma: «Que, en orden a la eficacia o ineficacia en este caso de la resolución administrativa objeto del presente recurso contencioso-administrativo, consistente, según se ha dicho, en la tardíamente dictada en 27 de junio de 1962, denegatoria de la marca «Glucosulfina», es preciso reconocer que la misma constituye un acto viable desde el punto de vista de la Administración que lo ha dictado, pues, respondiendo a unos pedimentos formulados por quienes podían interponer recurso de reposición, no le era dable a aquélla dejar de resolverlos expresamente, aun después de su denegación presunta por transcurso del año de silencio administrativo, puesto que ello le compete así hacerlo, a tenor del número 2 del artículo 94, LPA, y hasta también del número 2 del artículo 38 de la Ley jurisdiccional; por lo que, administrativamente hablando, la resolución susodicha es un acto legítimo por sí mismo y perfectamente válido por su origen. Ahora bien, a través del procedimiento que regula, ya el acto examinado tiene que merecer un estudio aparte, pues si ha nacido a la vida del Derecho en actitud procesal preparatoria o previa del recurso contencioso-administrativo de su razón, ya no puede regir para el mismo el artículo 38 de la Ley jurisdiccional, sino que en tal caso y para tal esfera, el precepto que lo ha de regular es indiscutiblemente el artículo 58 de esta última Ley quien claramente preceptúa que el plazo para interponerlo será de dos meses contados desde el día siguiente de la notificación del acuerdo resolutorio del recurso de reposición, si es expreso, mientras que si no lo fuere el plazo será de un año a contar de la fecha de interposición, por lo que fuera de estos plazos y supuestos específicos ya no cabe en forma alguna recurso contencioso-administrativo para ir en contra de la resolución contencioso-administrativa objeto de la reposición entablada, lo que quiere decir que la resolución tardía del recurso de reposición no puede tener eficacia para abrir de nuevo lo que está ya cerrado por el silencio administrativo, con lo que necesariamente se produce la firmeza del acto primero de la Administración —el que en su tiempo fué objeto del recurso de reposición no resuelto dentro del plazo—, pues al no ser impugnado por recurso ninguno produce derechos subjetivos nacidos a su amparo, con todas las garantías propias del derecho ad-

(10) Me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, cit., págs 515-517.

quirido. Que de lo expuesto se deduce que, aun siendo legal y obligado para la Administración el resolver expresamente toda petición que se le formule, sin consideración a plazo y, por tanto, sin sujeción a la desestimación presunta que se deduce del silencio administrativo; es cierto que esta resolución tardía, si bien en sí misma considerada es un acto legítimo, ya no puede guardar procesal deducción del acto primero recurrido en reposición, sino que constituye otro acto desligado de aquél, el que lógicamente podrá ser traído también a revisión de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero como tal acto desligado ya no puede perjudicar a los derechos subjetivos nacidos del acto firme anterior, ya que lo contrario supondría que la Administración goza del privilegio de poder ir contra sus propios actos, y haría, por tal camino, totalmente ilusoria, cuando no arbitraria, la seguridad jurídica de los derechos adquiridos»

Y en análogos términos se pronunciaba, entre otras, la sentencia de 2 de mayo de 1964.

B) *La doctrina correcta.*

Pero, al fin, la buena doctrina ha acabado por prevalecer. Superando la dirección equivocada, ha llegado a sentar unos criterios interpretativos correctos sobre el silencio administrativo. En este sentido hay que citar en la lista de honor los siguientes fallos, cuya claridad de exposición y correcto fundamento nos dispensan de todo comentario:

1. *Sentencia de 22 de junio de 1964* (Ponente: SILVA MELERO). En ella se decía: Que, en relación con el problema que plantea este proceso, es decir, si el transcurso del plazo en virtud del silencio administrativo agota las facultades resolutorias o decisorias, y la ulterior revisión, por aplicación de la normativa vigente, es preciso llegar a la conclusión de que el interesado, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley de esta jurisdicción, y el 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo y sus concordantes, puede formular frente a la denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición, con la consecuencia de perder actualidad la tesis que contradijo este punto de vista, tanto en la esfera de la Administración estatal como en la local, en relación a la cual bastará, para llegar a idéntica solución, interpretar conforme a los principios aludidos el artículo 377 de la Ley de Régimen Local y los 232, 236 y 237 y concordantes del Reglamento de Haciendas Locales, como se proclama en la sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 1963».

2. *Sentencia de 31 de octubre de 1964* (Ponente: BECERRIL). Afirma: «El plazo para recurrir en vía administrativa o contenciosa se abre a partir del momento en que se notifica el acto posterior expreso, criterio ya sentado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo—sentencias de 19 y 23 de noviembre de 1962 y 25 de marzo de 1963—, sin que pueda pretenderse que el acto posterior sea confirmatorio del anterior no expreso, pues en virtud del principio de la garantía que el silencio administrativo supone en beneficio exclusivo del administrado, etc., aunque se haya producido la denegación presunta, puede esperar a que la Administración, cumpliendo con su obligación, dicte acto expreso».

3. *Sentencia de 16 de marzo de 1965* (Ponente: CERVIA). Agotando el tema planteado, afianza la buena doctrina, marcando un jalón decisivo, en cuanto supone un retorno a los buenos principios. En sus considerandos se dice: «Que,

en relación al recurso contencioso-administrativo número 12.119, interpuesto por el Instituto o Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas, es preciso examinar también la inadmisibilidad propuesta, así mismo del apartado f) del artículo 82 de la Ley reguladora de la jurisdicción, del 27 de diciembre de 1956, para concluir rechazándola, pues el hecho de que, interpuesto el recurso de reposición en 28 de abril de 1962 no se dedujera la acción jurisdiccional hasta el 22 de julio de 1963, no implica que hubiera decaído el derecho al ejercicio de la misma, por haber pasado el año que otorga, para hacerlo contra las desestimaciones tácitas al párrafo 2 del artículo 58 de la Ley jurisdiccional, ya que no cabe presumir legalmente la existencia de un acuerdo denegatorio, en virtud del silencio de la Administración cuando ésta, con anterioridad a la finalización de dicho plazo o término se hubiere pronunciado expresamente, aun cuando no se notificare sino con posterioridad, pues existiendo acto resolutorio expreso, cualquiera que sea el momento en que se produzca, será de aplicación el párrafo 1 del artículo 58 de la mencionada Ley, conforme al cual puede interponerse el recurso contencioso-administrativo dentro de los dos meses «contados desde el día siguiente a la notificación», y, como la reposición fué resuelta denegatoriamente en 26 de marzo de 1963, antes del año de deducida, siendo notificado este acto desestimatorio el 22 de mayo siguiente, es visto que en 22 de julio posterior se estaba en el último día del término hábil para comparecer ante esta jurisdicción, pues comenzándose a contar los dos meses del término legal el día siguiente a la notificación, o sea, el 23 de mayo, aun cuando los sesenta días naturales que constituyen los dos meses, en el supuesto más restrictivo, vencían el 21 de julio de 1963, sin embargo, al ser este día domingo, de conformidad con el artículo 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preciso entenderlo «prorrogado al siguiente día hábil», ya que según la disposición adicional sexta de la Ley jurisdiccional, aquella otra es la norma supletoria de la no prevista en éste. Que no puede admitirse frente a este criterio el de que la haberse llegado al final del año de interpuesta la reposición—el 28 de abril de 1963—sin notificarse el acuerdo expreso producido en cuanto a ella, en 26 de marzo anterior, deba entenderse la existencia de un acto tácito, pues no puede darse prevalencia a las presunciones legales cuando existen actos ciertos resolutorios, ya que debe estarse a la realidad jurídica, pues la supuesta denegación tácita no llegó nunca en verdad a producirse, desde el momento en que con anterioridad había tenido lugar el acuerdo expreso, y más aún cuando la doctrina o normativas de la desestimación presunta no significa en forma alguna que ésta se haya producido, sino que constituye únicamente una ficción legal, en beneficio de los administrados para que, ante la pereza o negligencia de la Administración en resolver, puedan éstos obtener el examen de sus presuntos derechos en la vía jurisdiccional, pero nunca cabe aceptarla como impedimento que obstaculice el conocimiento de los actos expresos concretos e individualizados, pues ello iría contra el propósito de la Ley jurisdiccional, que bien claramente consigna en su Exposición de Motivos, como deseo y voluntad de la misma, el que en el «régimen general de silencio administrativo» el acceso del interesado a la jurisdicción contencioso-administrativa se producirá «si lo desea», ya que el «acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración», sin que «el silencio... pueda ser conceptualizado como un medio» para que ésta «pueda eludir su obligación de motivar las decisiones», subsistiendo para ella el «deber de dictar su proveído expreso, debidamente fundado», y que, por tanto, es siempre recurrible

dentro de los correspondientes plazos legales; lo que se encuentra más aún ratificando por la Ley del 2 de diciembre de 1963, que al modificar el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo del 17 de julio de 1958 y darle nueva redacción, tras estatuir en su párrafo 1 el derecho de cualquier peticionario, una vez transcurridos tres meses de la solicitud, a denunciar la mora de la Administración en resolver, y pasados otros tres de haberlo hecho, a poder «considerar desestimada su petición» a los efectos de recurrir administrativa o jurisdiccionalmente, «o esperar la resolución expresa de su petición», añade en su nuevo párrafo 2 que «igual facultad de opción asistirá, sin necesidad de denunciar la mora, al interesado que hubiere interpuesto cualquier recurso administrativo, entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo», finalizando en el párrafo 3, disponiendo que «en uno y otro caso la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa», con lo que es manifiesto que *todo interesado, tanto el que haya formulado solicitud primaria como el que hubiere producido cualquier recurso comprendido en el procedimiento administrativo*, a que se refiere la Ley que regula éste, del 17 de julio de 1958, en sus artículos 113 al 128—los de alzada, reposición o revisión—, *puede esperar a la resolución expresa de su petición, sin que la excesiva tardanza de la Administración en producirla le prive del derecho a acudir a la vía procedente contra ella, dentro de los plazos legales, una vez haya tenido lugar y aun cuando se hubieren agotado anteriormente los términos para recurrir contra las desestimaciones presuntas, si optó por no ejercitar su derecho contra éstas, por preferir esperar a conocer la resolución expresa y sus fundamentaciones*.

4. *Sentencia de 6 de abril de 1965* (Ponente: MORA REGIL). «Que como presupuesto previo al examen del fondo de la cuestión promovida en este recurso, es obligado ante todo al de la causa de inadmisibilidad del mismo, planteada por el Abogado del Estado, toda vez que su estimación vedaría entrar a resolver sobre cualquiera otra, y a tal propósito aparece que el acto administrativo contra el que se recurre en estos autos es la Resolución del Ministerio de la Vivienda de 25 de octubre de 1961, que resolvió la expropiación de la primera fase del polígono denominado de «Carranza», en término de El Ferrol del Caudillo, valorando las diversas fincas que eran propiedad, entre otros, de los recurrentes, pues así se deduce claramente de los escritos que interpusieron en 21 de diciembre de 1962 y 15 de enero de 1963, respectivamente, los dos recursos contencioso-administrativos hoy acumulados, así como también recurrieron, a la vez, contra la resolución denegatoria de los recursos de reposición que oportunamente en 22 de diciembre de 1961 y 15 de enero de 1963 dedujeron contra la primera Resolución mencionada, en virtud de silencio administrativo; mas después de interpuestos ante este Tribunal los recursos expresados y en las fechas consignadas a la Administración, concretamente el Ministerio de la Vivienda, dictó sendas Ordenes en 16 de octubre y 18 de noviembre de 1963, resolutorias sucesivamente de los recursos de reposición antes citados, y los cuales modificaron la Orden de 25 de octubre de 1961, recurrida en los justiprecios de todas y cada una de las parcelas y explotación industrial, respectivamente, y, notificadas en debida norma, a los interesados, no fueron objeto por parte de éstos de recurso alguno, ni ampliaron a ellas el contencioso-administrativo que contra la Orden primitiva tenían ya interpuesto limitándose en lo suplico de la demanda, que presentaron posteriormente, como queda expuesto, a pedir que se revoquen también las citadas Ordenes de resolución de los recursos de reposición citados. Que de lo expuesto anteriormente resulta indudable que el acto

administrativo objeto del presente recurso contencioso-administrativo y constituido como quedó expuesto por la Orden de 25 de octubre de 1961 y su confirmación tácita por silencio administrativo, aprobatorio de la valoración de las fincas expropiadas a que se contrae dicho recurso, ha dejado de tener existencia legal, en cuanto se refiere a dichas fincas, desde el momento en que la propia Administración que la había dictado la dejó sin efecto y la sustituyó por otro u otros actos, que son los constituidos por las Ordenes ministeriales de 16 de octubre y 18 de noviembre de 1963, que rectifican las valoraciones primeramente asignadas a las fincas expresadas, en resolución de los recursos de reposición interpuestos por los interesados contra la Orden ministerial primitiva y aparece también, asimismo, como evidente, que dichas dos Ordenes rectificadas son las que han causado estado en la vía administrativa, puesto que ya no pueden ser modificadas en ellas y que son, por consecuencia, contra las que debía haberse deducido el presente recurso contencioso-administrativo por los afectados por ellas, si no estaban conformes con las valoraciones de sus bienes llevadas a cabo por las mismas, para lo cual, y puesto que en el momento de serles notificadas dichas Resoluciones aún no habían formalizado la demanda correspondiente a estos autos, hecha once meses después, podían haberlas impugnado en nuevo recurso contencioso-administrativo o ampliando el que tenían ya deducido contra estas Ordenes nuevas, de conformidad con lo prevenido en el artículo 46 de la Ley jurisdiccional, pero dentro, naturalmente, del plazo de dos meses que al efecto señala el artículo 58, y sin necesidad de nuevo recurso de reposición, como indica el artículo 55, número 2, ambos de la misma Ley».

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,
Catedrático de Derecho Administrativo.
Registrador de la Propiedad.

P R O C E S A L

SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1965.—*Recurso de apelación: prueba: fase de proposición.*

Desestima el «recurso de casación por quebrantamiento de forma» interpuesto por los actores contra la sentencia dictada en apelación (también por ellos interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera a la demandada.

«Considerando (6.º) que... se impugna en casación que, recibido el juicio a prueba en segunda instancia, se ordenó la práctica de la propuesta y admitida sin abrir el periodo de proposición; y, habida cuenta de que en el escrito de petición de que se recibiera el juicio a prueba ya se hacía constar aquella de que las partes intentaron valerse y la forma de efectuarla, es visto que era totalmente innecesario el periodo de proposición, y fenece... esta causa de impugnación».

SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria: error en la apreciación de la prueba: error de hecho y error de Derecho.*»

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 declarara resuelto el contrato de arrendamiento, estimando la demanda del arrendador.

«Considerando (1.º) que toda la problemática de la sentencia recurrida gira en torno al alcance de un documento de fecha 22 de julio de 1961, consistente en una instancia dirigida a la Delegación del Ministerio de la Vivienda en Murcia, que, no teniendo por objeto inmediato y directo la autorización del arrendador al arrendatario para la realización de las obras que son el fundamento de la demanda de resolución del contrato de arrendamiento, se esgrime por el demandado como documento demostrativo de dicha autorización, o consentimiento, cuya existencia niega la sentencia recurrida en contemplación del contrato de arrendamiento, de la contradicción con derechos del arrendador pactados expresamente en el contrato y no renunciados expresamente, de la finalidad de la instancia, del uso que se hizo de la misma y de la inmediata actitud de protesta del arrendador por las obras ejecutadas o en marcha, es decir, que no ha sido ignorado por la sentencia recurrida el documento de referencia ni se ha contradicho abiertamente, sino que se ha hecho una larga y minuciosa labor de interpretación a la luz de toda la prueba practicada en el pleito, lo que le hace inhábil para basar en él un motivo de injusticia al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), que exige que su significado sea inequívoco e indiscutible habiéndose repetido por la doctrina de esta Sala

que no puede utilizarse como documento demostrativo del error el mismo que ha sido objeto de interpretación, por lo que ha de desestimarse el primer motivo del recurso, con mucha más razón si se tiene en cuenta estas circunstancias: en primer lugar, que el objeto del documento no era ni el de modificar el contrato ni el de autorizar al arrendador al arrendatario la realización de las obras, según queda dicho; en segundo, que no se concreta en aquél las obras especificadas; y, finalmente, que, cualquiera que fuera su valor, no pudo alcanzar al derribo de unas columnas sobre las que se había reservado el propietario la construcción de una terraza, porque no puede presumirse la renuncia de derechos.

«Considerando (2.º) que de la propia redacción de la causa 4.ª del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956) aparece claro que a su amparo no pueden combatirse más que los errores de hecho en la apreciación de la prueba, puesto que se limita a los que sean demostrables por medio de documentos o pruebas periciales, excluyendo los errores por infracción de normas valorativas de la prueba, que se reservan a la causa 3.ª, como toda infracción de precepto legal no implicado en la primera o en la segunda, por lo cual tampoco puede estimarse el motivo segundo».

SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1965.—*Congruencia: se observa cuando no son enjuiciadas las obras realizadas por el arrendatario que el arrendador demandante no recoge en su demanda, aun cuando si integren el tema de actas notariales aportadas con la demanda y de diligencias de pruebas procesales.*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la arrendadora demandante contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el arrendatario demandado) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia (que declarara la resolución del contrato) y absolviendo de la demanda.

«Considerando (1.º) que en nuestro ordenamiento procesal la demanda marca el inicio y ámbito del procedimiento, donde ha de señalarse, conforme al artículo 524 de la Ley de enjuiciamiento civil, el estado o situación de hecho que ha de ser protegido por la resolución judicial que se postula acomodándola al orden legal preestablecido, cerrándose su contenido o extensión con la citación del demandado, sin que, una vez establecida la relación procesal, puedan las partes alterarla ni el juzgador salirse de lo que constituye el elemento causal o presupuesto de hecho, sobre el que ha de aplicar el ordenamiento jurídico, y, fiel a estas reglas formales y al carácter rogado de la jurisdicción civil, la doctrina jurisprudencial, interpretando el artículo 359 (de la Ley de enjuiciamiento civil, citada), referido a la «congruencia», ha dicho, con reiteración que las sentencias han de guardar acatamiento a los hechos que sirven de apoyo a la pretensión oportunamente deducida, de todo lo cual se infiere que, sentado y debatido el supuesto litigioso en las apartados tercero y octavo de los escritos de demanda y contestación, ello configura y estructura el debate, sin que su dimensión o alcance pueda ampliarse por diligencias previas extraprocesales ni por actuaciones dentro del mismo que, por

no afectar al supuesto controvertido, no pueden tener reflejo ni transcendencia en el fallo o parte dispositiva de la sentencia...

«Considerando (2.º) que no constituida la relación jurídico-procesal sobre los hechos que integran el acta notarial obrante a los folios 31 al 34 de los autos no es correcta, con base en la misma, la imputación de error de hecho en la apreciación de la prueba, como se hace en el motivo segundo, por la razón de que no pudo tenerla en cuenta el juzgador de instancia por ser ajeno al supuesto de hecho sobre el que ha de decidir...».

SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1965.—«Competencia jerárquica cualitativa» sobre pretensiones basadas en el Derecho especial de arrendamientos urbanos: la «absolución de la instancia» por el Juzgado municipal basada en su incompetencia jerárquica cualitativa, por estimar competente para el conocimiento del proceso entablado al Juzgado de primera instancia entendiendo que se trata de una «vivienda en la que su inquilino... ejerce profesión colegiada por la que satisface contribución» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 122, excepción 1.ª), carece de valor para en pleito posterior entre las mismas partes y sobre idéntica pretensión mantener los demandados, en cuanto al fondo del asunto, que no se trata de «vivienda», sino de «local de negocio» (otro de los varios supuestos contemplados por el art. 122, excepción 1.ª, de la Ley de arrendamientos urbanos, citada, de competencia jerárquica cualitativa de los Juzgados de Primera Instancia).

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los demandados (arrendatarios) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el arrendador, actor) por la Audiencia territorial revocando la absolutoria del Juzgado de Primera Instancia y dando lugar a la resolución del contrato de arrendamiento.

«Considerando (1.º) que, habiéndose planteado la sentencia recurrida como cuestión previa la de determinar si el contrato cuya resolución se postula debía calificarse como de arrendamiento o de inquilinato, según la terminología de la legislación especial sobre la materia, y habiendo llegado a la conclusión de lo que fué de vivienda, y no de local de negocio, se combate esta calificación, al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), tratándola como un error de hecho en la apreciación de la prueba y estimando que demuestran este error los testimonios de tres sentencias conformes: una del Juzgado municipal en un pleito anterior seguido entre las mismas partes, en el que se pedía la resolución del mismo contrato también por causa de necesidad, otra del Juzgado de Primera Instancia, dictada en la apelación de la anterior, y la tercera recaída en el «recurso de suplicación» ante la Audiencia territorial, en las cuales, según el recurrente, quedó decidido el carácter local de negocio del que fue objeto del contrato, razón por la cual se declaró la incompetencia del Juzgado municipal; pero, dejando aparte que esto es, en definitiva, plantear un problema de «cosa juzgada» por cauces improcedentes, es lo cierto que los documentos de referencia dicen expresamente todo lo contrario de lo que se les atribuye, pues en dichas sentencias se proclama como acreditado cumplida-

mente, según la valoración conjunta de las pruebas practicadas, que el anterior inquilino, don J.M.R.J., causante de los demandados desde el año 1937, en que se celebró el contrato, ocupó el piso como vivienda, aunque teniendo en él su despacho de Agente Comercial Colegiado, y que uno de los demandados, don J.L.R.B., Procurador, lo ocupa en el mismo concepto, por desempeñar en el mismo sus actividades de la misma profesión colegiada, por la que paga contribución, y que fué este carácter de la persona que ocupa ahora la vivienda, y no el tratarse de un local de negocio, el fundamento de la declaración de incompetencia del Juzgado municipal, conforme al privilegio del segundo supuesto del número 1.º del artículo 122 de la Ley de arrendamientos urbanos de (22 diciembre 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril) 1956; y, en su virtud, no puede aceptarse la referida alegación...».

SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1965.—«Competencia territorial»: *sumisión expresa: el órgano jurisdiccional designado por las partes en el «pactum de foro prorrogando» es el competente aun cuando la parte demandante presentara su demanda ante otro; la cláusula del contrato de préstamo con garantía hipotecaria en la que las partes designan determinado lugar, como domicilio del prestatario hipotecante, para la práctica de requerimientos y notificaciones, sin más especificación no aparece limitando su observancia en consideración a la clase de procedimiento (ordinario o sumario especial) que en su día siga el prestamista para hacer efectivo el reintegro del préstamo. Incompetencia territorial: no cabe declarar la del órgano ante el que fué presentada la demanda cuando el demandado que la excepciona se basa en la competencia territorial de otro órgano que tampoco es competente. «Recurso de casación por quebrantamiento de forma»: procede, como «más pertinente», por la vía de la Ley de enjuiciamiento civil, artículo 1.693, número 4.º («falta de citación para sentencia definitiva»), en lugar del número 1.º («falta de emplazamientos»), cuando se invoca algún defecto en la «citación de remate»; no debe estimarse por defecto en la práctica «de las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos» (Ley de enjuiciamiento civil, arts. 260 a 283) si, a pesar de tales defectos, dichas diligencias fueron en realidad eficaces (Ley de enjuiciamiento civil, art 279, segundo párrafo).*

Desestima (con costas) el «recurso de casación por quebrantamiento de forma» interpuesto por el prestatario demandado (en «juicio ejecutivo») contra la sentencia dictada en apelación (por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la «de remate» dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

«Considerando (1.º) que el primer motivo del recurso, por la vía del número 6.º del artículo 1.693 de la Ley de enjuiciamiento civil, denuncia la infracción del artículo 62, número 1.º, en relación con los (artículos) 56, 57 y 58 de la misma Ley (de enjuiciamiento civil), por entender que debió hacerse aplicación del primeramente citado, desde el momento en que la parte ejecutante prescindió de lo pactado en la cláusula 13 del contrato de 2 de marzo de 1962, sometién dose expresamente al Juzgado de primera instancia de León, pero basta la simple lectura del precepto citado como infringido para advertir que el mismo sólo entra en función «fuera de los casos de

sumisión expresa o tácita de que tratan los artículos anteriores». lo que, «contrario sensu», indica que dentro de los casos de sumisión no se seguirán las reglas de competencia contenidas en el artículo 62; la interpretación del recurrente en el sentido de que, por el simple hecho de haber prescindido la parte contraria de la cláusula sumisoria, se encontraba autorizado para hacer lo mismo y que esta especie de mutuo disenso respecto al pacto competencial implicaba automáticamente la necesidad de acudir a las reglas subsidiarias de competencia, no es correcta y, por el contrario, con más acierto, la Sala sentenciadora ha entendido que el único derecho que asistía a la parte demandada, ahora recurrente, era el de solicitar que, en cumplimiento de aquella cláusula, se definiese la competencia a favor de los Juzgados de primera instancia de León; y, al no haberlo hecho así, y no pudiendo en esta materia, a diferencia de lo que ocurre con la competencia absoluta o conflictos de jurisdicción, actuar los Tribunales de oficio, no cabe definirla a favor de quien no se solicitó, aun cuando resulte el verdaderamente competente por lo que, no habiendo hecho uso el demandado del único derecho que al respecto le asistía, no puede prosperar su oposición a la unilateral y tácita sumisión por su contrario realizada, acudiendo a reglas supletorias que aparecen excluidas por la mera existencia del pacto de sumisión.

«Considerando (2.º) que en el segundo motivo, y al amparo del número 1.º del artículo 1.693 (de la Ley de enjuiciamiento civil, citada) se denuncia la infracción del artículo 1.459 de la Ley procesal, en relación con los artículos 270 y 274 de la misma, por entender que la «citación de remate» debió hacerse en el domicilio personal del demandado, y no en aquel que no lo era, aun cuando en el mismo radicasen sus bienes, pero, aparte de que la especial índole del defecto alegado haría más pertinente su denuncia por el cauce del número 4.º del precepto que se invoca, es lo cierto que, para realizar aquella citación en el lugar en que lo fué, se tuvo indudablemente en cuenta el contenido de la cláusula 11.ª del referido contrato, de 2 de marzo de 1962, en la que aquel lugar quedó designado como domicilio del hipotecante para la práctica de requerimientos y notificaciones, sin que de los términos literales de la cláusula aparezca limitación alguna para la observancia de la misma, según fuere en su día ejercitado el procedimiento ordinario o el sumario especial, para hacer efectivo el reintegro del préstamo, y aun, aparte de todo ello, ha de tenerse en cuenta, para desestimar el motivo, como razón necesaria y suficiente, aun en caso de existir el defecto alegado, que cuantas formalidades establece la Ley para la práctica de las diligencias a que se refieren los artículos 260 a 283 del ordenamiento (Ley) procesal lo son para asegurar su efectividad, y, si ésta se produce, pese a que aquellas formalidades no fueron debidamente observadas, la Ley no estima ni puede tener como nulo aquello que la realidad evidenció como eficaz y, por tanto, válido: de aquí que el párrafo segundo del artículo 279, como excepción al principio de que serán nulas las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto para ello, establece que, «sin embargo, cuando la persona notificada citada o emplazada se hubiese dado por enterada en el juicio, surtirá desde entonces la diligencia todos sus efectos, como si se hubiese hecho con arreglo a las disposiciones de la Ley», por lo que no cabe que alegue eficazmente su infracción al respecto, aunque ésta existiere, quien a virtud de la diligencia supuestamente efectuada tuvo ocasión de acudir y acudió oportunamente al juicio para defender sin trabas sus derechos».

SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1965.—*Declaración de pobreza: ni para la pobreza inicial ni para la sobrevenida son de tener en cuenta las ayudas económicas voluntariamente dispensadas al pretendiente por sus familiares ni ningún otro ingreso proveniente de la caridad; basta para denegarla la estimación como probado de' hecho de que el pretendiente continúa viviendo con una cierta holgura económica (en piso alquilado, con servidumbre y otras comodidades), presunción de riqueza que tanto el Juzgado como la Audiencia pueden apreciar. «Recurso de casación por infracción de Ley»: no puede basarse en la de normas de índole exclusivamente procesal; no es admisible el que, basado en la de la Ley de enjuiciamiento civil, artículo 15, no concreta cuál de sus cinco números, o párrafos, es el infringido (Ley de enjuiciamiento civil, art. 1.720); ni el que, basado en error de Derecho en la apreciación de las pruebas, no determina las normas valorativas de ellas que considera vulneradas, sin que por esta vía quepa apoyarse en la infracción del Código civil, artículo 1.253 (presunciones), que sólo puede utilizarse por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil.*

Desestima (con costas) el «recurso de casación por infracción de Ley» interpuesto por el actor contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por uno de los demandados) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que había declarado pobre al actor.

«Considerando (1.º) que el primer motivo del recurso, formulado al amparo de igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, impugna la sentencia, por violación de los artículos 24 y 15 de dicha Ley (de enjuiciamiento civil), violación que se comete, según el recurrente, porque la sentencia, después de reconocer que la situación económica de él ha sufrido variación subjetiva—pues su hermano le ha retirado las cantidades que antes le pasaba—y variación objetiva—pues se elevó a 60 pesetas el jornal mínimo—, sin embargo, no le concedía el beneficio legal de pobreza que solicitaba.

«Considerando (2.º) que, para sostener la procedencia de tal motivo, razona que, sea cual sea la causa, lo cierto es que, ahora, al suprimirle su hermano esas ayudas económicas que antes le dispensaba, se encuentra en distinta situación que cuando empezó el pleito, y, en dicho término, ha quedado privado de toda clase de bienes y rentas o ingresos, sin haber buscado de propósito tal situación.

«Considerando (3.º) que, al determinar el artículo 15 de la Ley procesal que «sólo podrán ser declarados pobres los que se hallen comprendidos en alguno de los cinco párrafos que relaciona», quiere indicar que el que postule tal declaración ha de justificar hallarse en alguno de esos casos de tal artículo; y la jurisprudencia, en aplicación de ese precepto, así lo viene declarando con reiteración—sentencias de 30 de diciembre de 1908, 17 de febrero de 1922 11 de junio de 1935, 7 de diciembre de 1943 y 20 de marzo de 1945—.

«Considerando (4.º) que, además, constando el artículo 15 de varios párrafos separados y numerados, comprensivos de otros tantos supuestos diferentes, su invocación, a los efectos de la casación, no puede hacerse en abstracto, sino especificando cuál o cuáles son los párrafos que se entienden infringidos, pues, de otro modo, se falta a la claridad y precisión que exige el artículo 1.720 de la Ley (de enjuiciamiento civil); por eso esta Sala hubo de declarar en su

auto de 5 de octubre de 1888 que por contener el artículo invocado cinco párrafos diferentes, se exige imperiosamente la determinación de cuál era el infringido, y, en el auto de 11 de diciembre de 1893, que, fundado el recurso en la supuesta infracción del artículo 15 de la Ley de enjuiciamiento civil, que contiene cinco disposiciones distintas, había que citar concretamente la que se suponía infringida, para que el recurso pudiera ser admitido.

«Considerando (6.º) que en el motivo segundo del recurso se ataca la sentencia, también por la vía del número 1.º del artículo 1.692, atribuyéndole violación del artículo 28 de la Ley procesal, en relación con el 524, a tenor de los cuales, en tesis del recurrente, las demandas que se formulen para solicitar el beneficio de pobreza han de reunir los requisitos allí establecidos, sin que puedan exigirse otros; y, como en ninguno de tales preceptos se ordena que deba expresarse el número del artículo 15 (de la Ley de enjuiciamiento civil) en que ha de basarse la petición, es visto que, al entenderlo de otro modo, la sentencia los viola.

«Considerando (7.º) que este motivo tampoco puede prosperar, en primer lugar porque los preceptos que se citan como infringidos contienen normas de índole exclusivamente procesal, y no pueden ser invocados para apoyar un recurso de casación de fondo; y, en segundo lugar, porque, como queda razonado, el artículo 15 (de la Ley de enjuiciamiento civil) exige que se concrete y justifique en qué caso de los cinco que abarca se halla comprendido el solicitante.

«Considerando (8.º) que el otro razonamiento que en este motivo se esgrime —y que en verdad no guarda concordancia con los preceptos que se invocan como infringidos— tiene que ser desestimado, porque, frente a la alegación de que la privación de los auxilios económicos que le dispensaba su hermano dejó reducido al recurrente a la falta absoluta de ingresos, se alza la terminante realidad, que afirma la sentencia, de que dicho recurrente continúa viviendo con una holgura que le permite disfrutar de piso alquilado, servidumbre y otras comodidades, no compatibles con esa carencia total de ingresos.

«Considerando (5.º) que, para que pudiera estimarse violado el artículo 24 de la Ley procesal, que invoca el recurrente, sería preciso que la sentencia reconociese que se había justificado plenamente que había venido al estado de pobreza después de haber entablado el pleito, es decir, tendría que haber aportado a los autos, en momento procesal oportuno, unos elementos fácticos que impusieran la deducción de que, efectivamente, había sufrido una disminución en sus ingresos por jornales, salarios, rentas, cultivo de tierras, cría de ganados o productos del ejercicio de industrias, que le colocaba en alguno de los casos del artículo 15 referido, y que la sentencia recurrida había errado en la apreciación de esos hechos o en la calificación jurídica de la situación posterior a aquella iniciación, nada de lo cual ha probado, ya que, como la sentencia recurrida proclama, recogiendo la doctrina jurisprudencial contenida en los fallos de 24 de abril de 1959 y de 4 de mayo de 1962, no se pueden tener en cuenta a estos efectos las ayudas económicas que voluntariamente dispensan los familiares, y, por tanto, todo evento que a ellas afecte, bien que prive de ellas al solicitante o bien que las disminuya en cuantía, no tiene la trascendencia pretendida; nuestro ordenamiento jurídico tiene en cuenta, para la dispensa o para la denegación del beneficio de pobreza, los ingresos que se obtienen o por el capital o por el trabajo, y no los que se consigan por caridad.

«Considerando (9.º) que el motivo tercero ataca la sentencia por la vía del número 7.º, imputándole error de Derecho en la apreciación de las pruebas; pero, en vez de determinar cuáles fueron las normas valorativas de ella que la sentencia impugnada ha vulnerado—que sería lo que tendría que demostrar para que el motivo prosperase—, se dedica a manifestar que el error de apreciación es en la prueba de presunciones, en relación con el requisito que para la eficacia de la misma exige el artículo 1.253 del Código civil, alegando que la sentencia recurrida acude a una verdadera presunción para proclamar la existencia de una ocultación de ingresos, deducida, de una parte, de la subsistencia del recurrente, y de la otra, de sus signos exteriores de riqueza, y, además, que la apreciación de estas presunciones la remite el artículo 17 de la Ley de enjuiciamiento civil) al Juez, que es quien mejor puede conocer las circunstancias que se dan en el caso, y no le compete, por tanto, a la Audiencia.

«Considerando (10.º) que este motivo tiene que ser desestimado, no sólo porque el artículo 1.253 del Código civil no contiene una norma valorativa de prueba, cuya vulneración pueda ser invocada en casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, sino también porque tal precepto, al exigir la existencia de un enlace lógico entre el hecho demostrado y el deducido, comporta la emisión de un juicio por el Tribunal sentenciador, y, si se pretende atacar la falta de ese enlace, o sea, el desacierto en ese juicio, hay que hacerlo por la vía del número 1.º del artículo 1.692 (de la Ley de enjuiciamiento civil).

«Considerando (11.º) que entender limitada la facultad de apreciación de los signos exteriores de riqueza únicamente al Juez es otorgar un reducido alcance a ese vocablo, que nuestra Ley de enjuiciamiento civil emplea siempre en sentido amplio y como equivalente a órgano jurisdiccional, y, además, es desconocer la función que al Tribunal de apelación asigna nuestro ordenamiento jurídico; con reiteración tiene proclamado esta Sala que las palabras «a juicio del Juez», que emplea el precepto, se refieren lo mismo al Juzgado que a los demás Tribunales Superiores (sentencias de 23 de septiembre de 1882 y 8 de octubre de 1921)».

SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1965.—*«Recurso de injusticia notoria»: por error en la apreciación de la prueba: el error de hecho ha de ponerse de manifiesto mediante documentos o pericias obrantes en los autos, y el error de Derecho, en cuanto a la prueba de presunciones, no es estimable cuando los hechos de que éstas nacen no tienen sentido unívoco.*

Desestima (con costas) 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 del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera al arrendatario demandado de la demanda de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio basada en la realización por él de obras en el inmueble

«Considerando (3.º) que lo que se hace en el motivo cuarto, formulado al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), no es señalar prueba documental o pericial demostrativa del error de hecho en la apreciación de la prueba, sino tratar de

deducirlo de aquéllas, como reconoce el propio recurrente al decir que, habiéndose neutralizado las pruebas testifical y pericial, la primera por su falta de crédito y la segunda por su imprecisión, debió la Sala acudir a otros medios de prueba que, bien de una manera directa o indirecta, ayudaran a esclarecer el problema, lo que, en su defecto, trata de hacer el recurrente por su cuenta, lo que no puede practicarse por el cauce elegido, ni cabe en ningún caso sustituir la función privativa de valoración de la prueba, que corresponde a los Tribunales de instancia, por otra valoración subjetiva y parcial, para la que las partes carecen de autoridad; defecto que trata de subsanar en el motivo quinto, en el que, al amparo de la causa tercera y entendiendo infringido por violación el artículo 1.253 del Código civil, pretende convertir en presunción una mera conjetura, puesto que el hecho de que en una especie de desván se encuentra almacenada una taza de servicio sanitario es susceptible de diversas interpretaciones y no revela la fecha de supresión del servicio, si obedeciera a esta causa, ni implica una necesaria relación de autoria, con mayor motivo dada la fecha posible atribuida por la prueba pericial...»

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*»: *no son admisibles, y deben ser desestimados, los motivos que atacan declaraciones de la sentencia impugnada que no sirven de fundamento a su fallo*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los actores (arrendadores) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el demandado: arrendatario) por la Audiencia territorial revocando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda y declarara resuelto el contrato de arrendamiento de vivienda y local de negocio.

«Considerando (3.º) que, como los motivos segundo y tercero atacan declaraciones de la sentencia que no fueron fundamento del fallo, pues fueron argumentos a mayor abundamiento, que hablaban de limitaciones de la propiedad en los locales de negocio, pero nada estimaron de obras mandadas por la Autoridad, se desestiman...».

SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*». *Ley de arrendamientos urbanos* (de 22 diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), *artículo 136, causa 4.ª: error de hecho en la apreciación de la prueba*

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 y declarara resuelto el contrato de arrendamiento de local de negocio.

«Considerando (1.º) que... no sirven para evidenciar el error de hecho en la apreciación de la prueba los mismos documentos que han sido objeto de interpretación, ... no es tampoco la confrontación de los hechos establecidos por la sentencia con el texto de los documentos lo que se hace, pues (el recurso) se limita a oponer una interpretación subjetiva del recurrente a la objetiva, imparcial y más autorizada del Tribunal...».

JOSÉ M. GONZÁLEZ LÓPEZ.



Jurisprudencia Fiscal

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1965.

LA PRESENTACIÓN A LIQUIDACIÓN DE LA RELACIÓN DE BIENES DEJADOS POR EL CAUSANTE, SIN EXPRESAR EL COHEREDERO PRESENTADOR QUE OSTENTA LA REPRESENTACIÓN DE LOS DEMÁS HEREDEROS, NO IMPLICA QUE ÉSTOS HAYAN ACEPTADO LA HERENCIA, Y, POR TANTO, SI LOS MISMOS LA RENUNCIAN DESPUÉS PURA Y SIMPLEMENTE, ES APLICABLE EL APARTADO 17) DEL ARTÍCULO 31 DEL REGLAMENTO, EN RELACIÓN CON EL 1.000 DEL CÓDIGO CIVIL, Y NO PROCEDE PRACTICAR LIQUIDACIÓN ALGUNA A CARGO DE LOS RENUNCIANTES.

SI EL PRESENTADOR RENUNCIA TAMBIÉN A SU PARTE, NO LE FAVORECE LA RENUNCIA, Y SOBRE ESA PARTE RECAERÁN DOS LIQUIDACIONES, UNA A CARGO DEL MISMO Y OTRA A CARGO DE LOS FAVORECIDOS CON LA RENUNCIA.

Antecedentes.—El caso ofrece la particularidad de que es el mismo que resolvió la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de abril de 1964, de la cual conoce ahora la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, revocándola. Nosotros la habíamos comentado favorablemente, con ciertas salvedades, en el número de marzo-abril de 1964 de esta REVISTA.

Sintéticamente expuestos los hechos, son los siguientes: la causante doña C. L. fallece el 19 de febrero de 1961 en estado de viuda, dejando tres hijos y tres nietos, hijos de una difunta hija, y uno de los hijos, sin expresar que actuaba en nombre del resto de los herederos, presentó en la Oficina liquidadora, con fecha 11 de agosto del mismo año, una relación de los cuantiosos bienes de la herencia,

pidiendo la correspondiente liquidación, la cual fué realizada a cargo de todos los herederos, siendo ingresado el impuesto el 27 de diciembre del mismo año de 1961.

A instancia del mismo heredero presentador, el Juzgado dictó auto en 17 de enero de 1962, declarando herederos a los citados tres hijos y tres nietos, y el 21 de marzo del mismo año los hermanos y los tres nietos otorgaron escritura renunciando a la herencia pura y simplemente, para que su parte en la misma recaiga en quien legalmente corresponda, de acuerdo con el artículo 1.000 del Código civil, y en consecuencia resultó ser única heredera la hija de la causante, llamada Maria, la cual aceptó la donación.

Presentada a liquidación la escritura de renuncia, fué liquidada sin tener en cuenta el apartado 17) del artículo 31 del Reglamento del impuesto, en relación con el citado artículo 1.000 del Código civil, o sea, que se liquidó la transmisión de la herencia a los renunciantes y la transmisión de la misma a la hermana favorecida con la renuncia.

Las liquidaciones fueron recurridas por esa señora ante el Tribunal provincial, con fundamento en que la renuncia fué gratuita y redundó en su beneficio por el derecho de acrecer, conforme a los artículos 981 y 984 del Código civil, siendo de aplicar el número 3 del artículo 1.000 del mismo texto, sin que la presentación de la instancia inicial para la liquidación provisional supusiese la aceptación de la herencia, porque se renunció a ella tan pronto como se tuvo conocimiento de la condición de herederos; y en definitiva, que eran de aplicar las mencionadas disposiciones, estimando que la solicitud de liquidación provisional del impuesto fué un acto de mera conservación y administración de la herencia, a tenor del artículo 999 del citado Código, y además que el pago de una obligación lo puede hacer cualquier persona en la forma y con los efectos del artículo 1.158 del mismo auto, y en conclusión que la supuesta renuncia no encerraba la pretendida donación de la herencia.

Desestimado el recurso por el Tribunal Provincial se planteó el problema ante el Tribunal Central, reforzando la argumentación con el argumento de que fué violado el artículo 995 del civil, que prohíbe a la mujer casada aceptar o repudiar una herencia sin licencia de su esposo o, en su defecto, con la aprobación del Juez, requisito omitido en el caso, puesto que siendo casadas dos de las

renunciantes de la herencia, no hay indicio en los autos de que sus maridos otorgaran tal licencia.

El Tribunal Central cita en primer lugar la sentencia de 22 de junio de 1925, que afirma que la instancia del marido pidiendo la liquidación de la herencia referente a su mujer no implica la aceptación de la herencia por la misma, y la sentencia de 23 de mayo de 1955, en la que se afirma que el acto de gestionar la liquidación del impuesto encierra la aceptación de la herencia, y a ello añade el Central su propia doctrina en varias resoluciones en las que afirma que, salvo prueba en contrario, las liquidaciones son pagadas por el contribuyente a cuyo nombre se giraron, y que es acto de aceptación de la herencia el pago de las liquidaciones giradas a los herederos.

A ello añade el Tribunal Central en la Resolución referida que aunque sería prudente moderar los efectos que el artículo 106 del Reglamento atribuye a la presentación de la instancia de liquidación por uno sólo de los interesados, hay que notar que de acuerdo con el 129-3) del mismo texto, la notificación al presentador del documento surte los mismos efectos que si se hubiera hecho a cada uno de los contribuyentes; a lo que añade que no habiendo hecho uso el heredero presentador de la facultad que contiene el artículo 125 del mismo Reglamento, relativa a gestionar en su propio nombre y obligación, no se dan las circunstancias limitativas de las referidas presunciones. En conclusión, y a falta de pruebas en contrario, el Central estima que los demás herederos conocieron y pagaron sus respectivas liquidaciones, siendo hechas las renunciaciones después de aceptar la herencia tácitamente, produciéndose los actos liquidados.

La interesada planteó el recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, pidiendo que se anulasen las liquidaciones por el concepto de donación hecha a su favor por sus dos hermanos y por los tres nietos de la causante, con el aditamento de que si se entendiese que había existido aceptación por el presentador, se mantuviese la liquidación por donación en cuanto al mismo.

El Abogado del Estado alegó la inadmisibilidad del recurso por no haberse justificado el previo pago del impuesto, como previene el artículo 57 de la Ley de la jurisdicción, en relación con el 82.

La Sala comienza por desestimar tal alegación, dada su insigni-

ficante consistencia, puesto que estaba concedido el aplazamiento del pago del impuesto y satisfecho el primer plazo, por lo que no se puede afirmar que haya un crédito exigible de momento a favor de la Hacienda, y además porque el exigirlo de momento equivaldría a hacer ineficaz el beneficio del aplazamiento.

Entrando en el fondo del problema, dice la Sala que consiste en determinar si el hecho del pago del impuesto por uno de los coherederos antes de la escritura de renuncia de la herencia, hace practicable o no las liquidaciones que se deduzcan de tales renunciaciones, a tenor de los citados artículos del Reglamento y del Código civil, es decir, si de ellas nacen o no sendas donaciones a favor del heredero beneficiado.

Enunciado el problema, la Sala empieza por decir que, en cuanto a la parte de herencia renunciada por el heredero presentador del documento a liquidación, es ajustado a derecho considerar tal acto como liquidable a cargo de la nieta favorecida.

En cuanto a los restantes renunciantes, no consta, añade, que realizaran acto alguno anterior a la escritura de renuncia que permita deducir la presunción legal de que aceptaran tácitamente la herencia, porque el firmante del escrito inicial sobre la liquidación, no expresó que actuara por mandato, ni siquiera verbal, de los restantes herederos, y por lo mismo es obligado estimar, a tenor del citado apartado 17) del artículo 31 del Reglamento del Impuesto de 15 de enero de 1959, que la renuncia en cuestión no es acto sujeto a impuesto, debiendo acrecer lo renunciado a favor de la demandante como dispone el número 3 del artículo 1.000 del Código civil.

Eso dicho, la sentencia añade que no es de admitir el mandato presunto previsto en el número 3 del artículo 106 del Reglamento, porque ello desborda el alcance del precepto, ya que tal mandato es de carácter fiscal, atinente a diligencias de gestión y trámite y no comprende facultades para actos de voluntad y consentimiento o renuncia de derechos, que al crearlos o extinguirlos implican disposición de dominio y requieren mandato especial y expreso, que jamás pueden ampararse en el mero mandato fiscal expresado, tanto más cuanto, como en el caso ocurre, dos de las renunciantes son casadas, y por lo mismo, tanto para la aceptación como para la renuncia necesitan la autorización marital como condición indecli-

nable que no puede quedar cumplida con la aceptación tácita su-puesta.

Además, por lo que se refiere a la interpretación del artículo 999 del Código civil, es de tener en cuenta que deja a la interpretación ponderada del juzgador la valoración en cada caso de las circunstancias de hecho que concurren para estimar o no la aceptación tácita de la herencia, y en el que se discute en los herederos, **excepto** en el presentador, no se ven motivos para apreciar actos personales de aceptación, ni se vislumbran motivos para deducir que la renuncia busque la finalidad de sustraerse a la obligación de tributar, siendo así que pudieron acudir a fórmulas más eficaces para obtener la economía tributaria.

Por otra parte, añade la sentencia, lo resuelto en la invocada de 9 de abril de 1958 no es identificable al caso actual, ya que en él el coheredero compareció pidiendo la liquidación provisional e invocando la representación verbal de los coherederos, cuya circunstancia no concurre en el caso debatido.

La Sala, en definitiva, desestima el motivo de inadmisibilidad alegado por el representante de la Administración y estima en parte el recurso contencioso-administrativo y anula las liquidaciones giradas por el concepto de donación, en cuanto a los bienes adquiridos por renuncia de los coherederos de la recurrente, **excepto** los bienes correspondientes al coheredero y presentador de la instancia inicial en que el mismo solicitó la liquidación.

Comentarios.—Como hemos hecho notar al iniciar la reseña de la presente sentencia, ésta revoca la Resolución que el Tribunal Económico-Administrativo Central dictó el 17 de abril de 1964 y que nosotros comentamos en el número de esta REVISTA, correspondiente a marzo-abril pasados.

Entonces expusimos nuestro criterio favorable al de la Resolución revocada, siquiera fuese con la salvedad de la dureza del artículo 106 del Reglamento, en su apartado 5, y hoy, con la misma salvedad o restricción, seguimos en la misma línea, reconociendo que la Sala, con la ponderación y ecuanimidad habitual en ella, razona perfectamente en derecho sus puntos de vista.

Creemos que sería más defendible e incluso más jurídico el texto reglamentario, si en vez de establecer con el carácter de *juris* el de

jure la presunción de mandatario de los interesados en el presentador del documento, la hubiese definido con el de *juris tantum*, o sea, haciendo posible la prueba en contrario y una mayor posible flexibilidad en el juzgador, haciendo así evitable el choque del texto literal del precepto con la realidad.

Dicho esto, e insistiendo en el criterio que expusimos en dicho anterior comentario, siempre con nuestro habitual respeto para la Sala, añadimos que en el caso no deja de ser sorprendente que siendo el presentador tan próximo pariente de los restantes herederos, como hermano y tío de ellos y, por añadidura, tratándose de una herencia cuantiosa de más de dos millones y cuarto de pesetas, junto con la gestión ante el Juzgado instando el auto de declaración de herederos, dejasen éstos de estar al tanto de las cosas en el lapso de tiempo que medió entre la defunción de la causante el 19 de febrero de 1961 y el 21 de marzo de 1962, fecha de la escritura de renuncia de la herencia, sostengan los renunciantes que el heredero presentador procedió por sí ante sí, incluso pagando las cuotas liquidadas en considerable cuantía, sin la anuencia de los restantes partícipes.

A la vista de todos estos elementos de juicio necesario es reconocer que si bien es verdad que no consta concretamente que los renunciantes, como dice la Sala, «realizaron acto alguno precedente a la escritura de renuncia que permita establecer la presunción legal de que aceptaron tácitamente la herencia», también es inconcuso que los hechos mencionados conducen derechamente a deducir una fortísima presunción de que los repetidos coherederos tuvieron que conocer y asentir a todas las gestiones sobre una cuantiosa herencia durante más de un año que medió entre la muerte de la causante y la fecha de la escritura de renuncia de la herencia.

Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que nos encontramos ante dos presunciones contradictorias: la una en contra de la aceptación de la herencia por carencia de prueba de la representación y personalidad del gestor ante sus coherederos, y la otra, que pudiéramos llamar de carácter positivo y nacida de actos o hechos como los enumerados, que hacen humanamente inexplicable la ausencia de conocimiento y aprobación de la actuación del gestor por los restantes partícipes en el *ab intestato*.

Ante ese enfrentamiento nos parece que el texto del artículo 1.253

del Código civil resuelve la cuestión al decir, respecto a las presunciones no establecidas en la Ley, que para su eficacia «es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», y nos inclinamos a sostener que los renunciantes, ante la prolongada y variada gestión del heredero actuante, conocieron y aprobaron su actuación con anterioridad a la fecha de la escritura de renuncia de la herencia, y que, por consiguiente, tal renuncia no pudo tener eficacia para aplicar el artículo 1.000 del Código civil, en relación con el apartado 17) del artículo 31 del Reglamento, siendo, por tanto, reglamentarias las liquidaciones impugnadas; todo ello, repetimos, con el mayor respeto para la Sala sentenciadora.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1965.

LA DISPOSICIÓN DEL ARTÍCULO 7.º DE LA LEY DEL IMPUESTO, RATIFICADA EN EL ARTÍCULO 59 DEL REGLAMENTO, EN VIRTUD DE LA CUAL, EN DETERMINADOS CASOS, LA OBLIGACIÓN DE TRIBUTAR RECAE SOBRE EL TRANSMITENTE Y NO SOBRE EL ADQUIRENTE DE LA COSA, SE APLICA AUNQUE EL ADQUIRENTE ESTÉ EXENTO DEL PAGO POR EL ACTO O CONTRATO DE QUE SE TRATE.

EN TAL SUPUESTO LA LIQUIDACIÓN SE GIRA A NOMBRE DEL TRANSMITENTE, Y, ELLO NO OBSTANTE, ESTÁ LEGITIMADO PARA ENTABLAR RECURSO CONTRA LA LIQUIDACIÓN EL ADQUIRENTE.

Antecedentes.—En esta sentencia se examina un caso idéntico al estudiado y resuelto en la sentencia de 6 de enero de 1964, y a ella se refiere expresamente la que ahora nos ocupa, para sentar idéntica doctrina y confirmar la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de enero de 1961, que había sido a su vez confirmada por la Presidencia del Gobierno expresamente y por silencio administrativo del Consejo de Ministros.

Se trataba, entonces como ahora, de la compra por la Compañía Telefónica a un particular de un automóvil, cuyo documento de compra fué liquidado a cargo del vendedor y confirmada la liquidación por acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de enero de 1961.

Este acuerdo había sido confirmado por la Presidencia del Gobierno de 12 de octubre de 1962 y ratificado, a su vez, en virtud del silencio administrativo del Consejo de Ministros, ante el que se planteó el problema en apelación.

La argumentación de la Compañía demandante se fundó en que no había lugar a liquidar tal contrato ni a su cargo ni al del vendedor, porque el acto estaba exento merced a la exención nominal que a su favor se consigna en el contrato entre ella y el Estado, regulado en las bases del Real Decreto de 1924, en la Ley de 31 de diciembre de 1945, en el Decreto de 31 de octubre de 1946 y en el número 10 de la letra B) del artículo 3.º de la Ley del Impuesto de Derechos reales.

A ello opone la sentencia que la argumentación es inoperante porque «la exención se establece para los casos en que legalmente está la Compañía obligada al pago del impuesto, lo que no acontece en el caso de que sea compradora de bienes muebles».

Comentarios.—La expresada sentencia de 6 de mayo de 1963 la comentamos en esta REVISTA, correspondiente a marzo-abril de 1964, números 430-431, con bastante detalle, en el sentido de que, no obstante la gran respetabilidad que siempre nos merece la Sala en sus determinaciones, nos ofrecía serios reparos, y ahora, ante la ratificación que de sus puntos de vista hace la que comentamos, también nosotros insistimos en lo que entonces dijimos, o sea, en síntesis, que el imponer al transmitente la obligación tributaria contradice y desnaturaliza la esencia del impuesto que impone al que adquiere la cosa y con ello acrecienta su patrimonio la obligación de pechar con el impuesto, mientras que lo contrario es de difícil, por no decir imposible, justificación jurídica.

Fuera de esto hay un punto en la sentencia a que este comentario se refiere que tiene dos vertientes, cuales son: por qué la Empresa reclamante se considera perjudicada, o sea, con derecho a impugnar una liquidación que no está girada a su cargo, y por qué estima que está legitimada para entablar el recurso.

El primer extremo lo estudiamos con suficiente amplitud en el comentario aludido de la sentencia de 6 de mayo de 1963 y parece excusado insistir ahora en tal extremo.

Más importante es el de la legitimación, esto es, el de la *legittimatio ad causam* o carencia de acción, que en dicho comentario insinuamos,

aunque no había sido planteado el problema por el Abogado del Estado al contestar a la demanda. Pero en esta contienda si lo planteó con fundamento en la ausencia de interés directo exigido por la Ley de la jurisdicción, en el apartado 2) del párrafo 1 de su artículo 28, a los demandantes. La Sala desestima tal alegación y dice que «por interés directo ha de entenderse el beneficio jurídico que en favor del demandante se produciría en el caso de prosperar la pretensión, según la noción que se ha reiterado por la jurisprudencia, y en este sentido, si bien no se llega a patrocinar la 'acción popular', sí se ha estimado el llamado interés 'competitivo', 'el profesional o de carrera', el interés 'por razón de vecindad', y tantos otros que permiten llegar a la conclusión de que cuando, como en el caso enjuiciado, se trata en cierto de intereses económicos, y sobre todo del alcance de una cláusula contractual que la reclamante estima favorable a su tesis, no cabe a la actora la legitimación activa».

Por nuestra parte, entendemos que en esta contienda el interés «directo» que la Ley ritual exige en los citados preceptos, está muy difuminada, pese a los casos o conceptos que la Sala expresa, y al hablar así nos apoyamos en que el argumento esencial esgrimido por la Compañía accionante es éste: ella está exenta del impuesto en sus adquisiciones en virtud de su contrato con el Estado, pero los que le transmiten la cosa, sabedores de que el impuesto recaerá sobre ellos, recargarán el precio al contratar, o bien disminuirán los descuentos que normalmente concedan a los compradores, compensándose así del impuesto que les transfiere la Ley, y, por consiguiente, la obligación tributaria por este indirecto camino recaerá sobre la Empresa compradora recurrente, con desconocimiento de la exención pactada.

Ante esta manera de argumentar, fácilmente se vislumbra que el perjuicio o interés es perfectamente problemático y lejano y no encaja en el concepto «interés directo» exigido por el artículo 28 de la Ley, antes citado.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL,

Abogado del Estado.

LIBROS

CENTENARIO DE LA LEY DEL NOTARIADO.—Sección Tercera: *Estudios jurídicos varios*.—Volumen I.—Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.—Madrid, 1964.

Este volumen, uno de los más interesantes con que el Notariado español celebra el Centenario de su Ley orgánica, se compone de los siguientes trabajos:

I.—*Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, por F. de Castro y Bravo.

Admite el autor que ésta constituye la parte preparatoria o de desbroce de un estudio que está realizando acerca de la persona jurídica.

Consta de dos partes bien diferenciadas, a tenor de lo que el título indica: la formación de la persona jurídica y su deformación.

1. Respecto a la formación, pone de relieve el diverso sentido y significado que en los textos jurídicos tiene la voz «persona». Analizando la evolución del concepto de persona jurídica se afirma que no siempre recibió esta designación y que fundamentalmente por obra de la doctrina sufrió una evolución que es preciso tener en cuenta para no caer en equívocos.

En Derecho romano, el término persona hacía referencia a cada hombre (incluso parece que también al esclavo), según su estado o condición jurídica. Pero el famoso pasaje de Florentino (D. 46, 1, 22) constituye el texto más interesante del Derecho romano para la dogmática de la persona jurídica. La glosa lo entendió en el sentido de que la herencia yacente continuaba como si su dueño fuera el causante. Análogamente, había de predicarse la titularidad de aquellas masas de bienes cuyo dueño no era un hombre determinado («collegia», «municipia», «societates publicanorum»). Pero del texto de Florentino no puede deducirse en Roma la existencia de un con-

cepto técnico de persona jurídica. Las masas de bienes independientes y los grupos de hombres considerados de modo unitario eran denominados con los calificativos especiales de «universitas» y «corpus», que son las figuras que después se denominarán personas jurídicas.

Para llegar a esta expresión antes se pasó por las de «persona ficta» y «persona moral». Por vía penal nació la idea de la persona ficta. ¿Era posible castigar a una ciudad, como tal ciudad, si se rebelaba contra su soberano? Se respondió afirmativamente desde los glosadores; y se recogió por los canonistas (Sinibaldo Flisco, después Inocencio IV), que emplean ya este término de «persona ficta», el que por la doctrina medieval se viene utilizando en diversos sentidos, pues hay autores que tienen de ella una concepción disgregante, atomística—creen que sólo el hombre es persona, lo demás es pura ficción—; mientras otros siguen la teoría de la abstracción—la «persona ficta» es un mecanismo realizado por el Derecho que funciona con independencia de sus miembros—y hasta pueden encontrarse indicios de una concepción realista. Se reconoce un patrimonio a la «universitas», sus miembros tienen derechos independientes de los de la «persona ficta», ésta tiene nombre, distintivos, domicilio, honor, voluntad (que se formará por la mayoría acorde de sus miembros). Pero se observa la necesidad de tener en cuenta, en ciertos casos, el substrato personal, la actuación de los hombres que la forman. Se admitió la subsistencia de un «*ius universitatis*» mientras existiera un miembro, y aún transitoriamente si no existiera ninguno. Con relación a los «*loca pia*» (que luego serían las fundaciones) se les caracteriza por su finalidad benéfica. Estas ideas subsisten fundamentalmente hasta principios de la Edad Moderna, si bien el tipo de gobierno de la monarquía absoluta exigió la previa licencia regia para las asociaciones.

Paulatinamente se evoluciona hacia la designación de «persona moral», que arraiga gracias a Hugo de Grocio, Puffendorf y sus seguidores. El cambio no es sólo de nombre, indica algo más profundo: los entes corporativos o asociativos tienen una sustancia y un modo. No se trata de una ficción, es una realidad que, amparada incluso por el Derecho de gentes, no conviene a la idea de Estado que se va formando, lo que provoca se mire con recelo a esas personas morales, como se manifiesta en el Código de Napoleón.

Todo derecho subjetivo ha de tener un sujeto actual, ya sea una persona física, ya otras agrupaciones o universalidades, que constituyen, según la pandectística, la persona jurídica, sin más distinciones ni matizaciones. Y a pesar de que SAVIGNY, aún dentro de su tiempo, muestra un sentido medio, prudente, por lo que su doctrina se fuerza al objeto de servir a la dogmática constructiva que pueda identificar los conceptos de persona, sujeto de derecho y capacidad jurídica.

Abierto ya el campo de la persona jurídica, se tiene de ella dos concepciones: la estricta (a la que pertenecen el Derecho alemán y el inglés) y la amplia (en la que el autor incluye al Derecho francés y al español). Las necesidades del comercio hicieron necesario justificar las sociedades por acciones, lo que el Derecho alemán resuelve dotándoles de personalidad jurídica, pero cerrando a la vez la posibilidad de ser persona jurídica a las demás sociedades comerciales y civiles, lo que, evidentemente, resultaba arbitrario. Y es que no convenía asimilar el régimen de la sociedad anónima al de la sociedad—porque los socios responderían más allá del haber social—ni a la corporación—porque quedaría sometida al Derecho público—. Para el Derecho inglés es fundamental la figura de la «corporation», que se obtenía mediante el acto formal y muy difícil de conseguir de la «incorporation», dificultad que allanó por leyes de 1844 y 1855, que señalaron los requisitos necesarios para obtener la «incorporation», con lo que el sistema inglés se aproxima al continental. A pesar del recelo con que se miró a la persona jurídica en el Código de Napoleón, es lo cierto que por obra de la doctrina y jurisprudencia, concedieron los autores franceses el carácter de persona moral a las asociaciones mercantiles y se llegó a dudar de si concedérsela también a las sociedades meramente civiles. Incluso llegan a admitir, estimando más el concepto de personalidad, a figuras intermedias de pequeña, media o incompleta personalidad. En cambio, el terror a las manos muertas, impide considerar personas jurídicas a las fundaciones.

El Derecho español ofrece ciertas particularidades. Si bien arranca de la concepción estricta, desde el Proyecto de 1851 y los Comentarios de GARCÍA GÓYENA, comienza a tomar sentido la concepción amplia; en la Ley de 1869 se establece la libre creación de asociaciones mercantiles e industriales. El Código civil no se aparta de

esta concepción: asimila las sociedades a las asociaciones, con evidente olvido del sistema tradicional español. La persona jurídica existe sin necesidad de aprobación ni de intervención del Gobierno, con libertad de establecer sus estatutos, e incluye las fundaciones.

Pone de relieve el autor que seguir una u otra concepción es importante, por cuanto las dificultades que ya lleva en sí, la idea de persona jurídica aumentarán en el ámbito internacional, dado que al ponerse en relación las personas jurídicas de diferentes Estados. habrá que determinar previamente a las normas que habrán de regirlas, cuál es el contenido mínimo que se precisa para ser reconocida como persona jurídica y el alcance que ello lleva consigo. Esto se puso de manifiesto en diversas reuniones internacionales.

2. Deformación del concepto de la persona jurídica.

Al querer ensanchar tanto el concepto de la persona jurídica, se ha convertido en un mito. Las teorías se han producido con profusión, pero especialmente a partir de la pandectista alemana, la cuestión de la naturaleza jurídica de la persona jurídica enturbió el tema, al pretender compaginar su concepto con la clasificación de los sujetos de los derechos subjetivos en personas naturales y personas jurídicas, y su prejuicio de desconocer la posibilidad de derechos subjetivos sin sujeto dominical actual.

La persona jurídica ha venido a llenar nuevas funciones que exceden de la naturaleza jurídica y alcance de su esencia. Tal ha ocurrido con la sociedad anónima, la fundación y las personas jurídicas de Derecho público.

La atribución de personalidad a la sociedad anónima produce ciertas consecuencias de variado y aun contradictorio sentido. Mucho se elogió, llegando a considerarse como el mayor descubrimiento de todos los tiempos. Para justificarlo se cambia la nota que había venido siendo considerada como esencial a la persona jurídica —el interés público permanente—por la de la autonomía patrimonial. Por otro lado, el carácter de las relaciones societarias, basadas en el «*ius fraternitatis*», se abandona para ser sustituida, en la anónima por unos Estatutos autónomos, sin control estatal y que se imponen a la voluntad de los socios. Queda indefenso el socio minoritario, al ser la voluntad de la mayoría soberana (así lo reconoce la misma jurisprudencia inglesa en los casos «*Foss v. Hartbottle*» y «*Salomón v. Salomón y Cia*»). En el ámbito internacional se crean

conexiones e interdependencias que permiten a veces a un reducido número de socios, y de capital que constituyen una sociedad, maniobrar a su antojo en otras mucho más poderosas económicamente, pero que dependen de la primera. Se admite la subsistencia de la sociedad anónima de un solo socio; sociedades ficticias, con la amenaza latente de fraude, etc., etc.

La fundación estaba caracterizada por la atribución de bienes a un fin de beneficencia—«causa pia»—; al atribuirle el carácter de persona jurídica sin más, se cambia el sentido de la institución.

La consideración de los Departamentos y Organismos de la Administración como persona jurídica ha servido para dar cauce a la necesidad de descentralizar la Administración. Con ello, ciertos aspectos del Estado cobran independencia, tienen caja especial, asumen sectores de la industria, la economía y el comercio, ya que las empresas nacionalizadas habrán de adoptar la forma de sociedades anónimas, por lo que gozarán de personalidad jurídica (art. 6 de la Ley de s. a.). Se forman así personas jurídicas públicas de primero y segundo grados, que ven la luz en leyes, decretos y órdenes ministeriales. A pesar de que la Ley sobre Entidades autónomas de 26 de diciembre de 1958 parece proponerse reducir la libertad de la Administración para crear personas jurídicas, al decir que habrá de ser autorizada siempre por una ley, lo cierto es que se admiten divisiones internas de determinados organismos o departamentos por simple orden ministerial.

Todo esto produce una evidente deformación del concepto de persona jurídica; forzar de tal manera su esencia contribuye a que cada vez con más insistencia se hable de la crisis de la persona jurídica.

Las causas de tal crisis no pueden enumerarse, sino sólo de modo aproximado. Poderosamente han contribuido a ello el análisis del abandono de la naturaleza jurídica de la persona jurídica, cargando el acento sobre la independencia del patrimonio, dato que se considera esencial y requisito único (lo mismo en las concepciones estrictas que en las amplias de la persona jurídica), sobre lo que ya llamó la atención un libro publicado en Harvard en 1938; la consideración nueva del verdadero significado social de la persona jurídica, que en la forma admitida de sociedad anónima, con el hermetismo de sus normas—Estatutos—reguladoras, viene a ser comparado con insti-

tuciones del feudalismo; la observación del poder económico-social que han adquirido, de suerte que hasta el Estado llega a verse inquietado por ellas. La consideración de que el mismo fundamento tiene la empresa individual de responsabilidad limitada, que la sociedad de un solo socio, ha venido asimismo a poner de relieve los fallos que la admisión de ésta presenta. Todo esto hace que se concluya que la Administración debe mostrar una mayor vigilancia sobre las personas jurídicas y que su campo de estudio sea el del Derecho público.

Se acentúa la tendencia que quiere examinar lo que hay en el fondo, de verdad, en las personas jurídicas (especialmente en las sociedades anónimas), llevando a las teorías de «levantar el velo de la personalidad» (doctrina anglosajona), «empresario oculto», «dueño real», o «tirano de la sociedad» (doctrina italiana). El mundo de los negocios se ha conmovido a impulsos de estas nuevas direcciones; pero DE CASTRO recomienda prudencia, pues es cuestión delicada, que ha de manejarse dejando a salvo los derechos legítimamente adquiridos de terceros. Se pretende que la forma de la sociedad anónima no siga siendo un asilo intangible ante el que haya de detenerse la eficacia de los principios fundamentales del Derecho, de la buena fe, simulación, abuso del Derecho y fraude.

En el campo internacional, en momentos de guerra, se echan de ver los inconvenientes de la personificación desmesurada. Ya durante la Primera Guerra Mundial se advierte la incomodidad y el peligro que suponen las sociedades extranjeras, con socios extranjeros o con capital extranjero (especialmente si tales extranjeros son enemigos). Para obviarlo se acude al recurso de negar nacionalidad a las personas jurídicas, y para facilitar la inspección se levanta la máscara de la sociedad. Desde otro lado, la protección diplomática de los accionistas ha motivado una ofensiva contra la persona jurídica. La protección de los bienes de extranjeros ha inducido a deshacerse del concepto de persona jurídica.

Nuestro Tribunal Supremo, en materia de arrendamientos urbanos, ha señalado las desventajas de usar el concepto de persona jurídica en casos que ha estimado de traspaso, subarriendo o cesión no consentida, con el consiguiente desahucio.

Concluye afirmando DE CASTRO la pervivencia del concepto de persona jurídica, pero reduciéndole a sus justos límites.

El gran valor de la parte publicada por el autor, nos aviva el deseo de conocer el resto del estudio relativo a la persona jurídica, que anuncia se está preparando.

II.—*La realidad del Derecho.*—L. Legaz y Lacambra.

¿Qué es el Derecho?, se pregunta el autor.

Si se contrapone la realidad a la irrealidad y se equipara la realidad al ser y la irrealidad al no ser, es obvio que el Derecho es algo que pertenece al mundo de la realidad, pues de otro modo nada cabría decir ni preguntarse acerca de él. Sin embargo, se trata de una realidad ideal.

¿Qué es en realidad el Derecho? Realidad quiere decir ahí verdad y la verdad es la indole misma del ser; con lo que el problema muestra dos vertientes: una metafísica (ser radical) y otra ontológica (conjunto de normas).

El punto de partida es si hay Derecho. El haber es una categoría más radical que la del ser. Efectivamente «hay» Derecho, existe el Derecho, el Derecho «es», es real, tiene realidad. Y además es susceptible de «ciencia», pues «acontece», ya que es un fenómeno. Su acontecer es histórico, porque es humano. Pero en la ciencia existe un convencionalismo, un acuerdo de acotar el campo de su objeto, lo que si en alguna rama científica puede tener un sentido plausible en la de Derecho carece de él tal convencionalismo, en virtud del cual se prescinde en la Ciencia del Derecho del Derecho natural (Derecho es, se dice, el conjunto de normas impuestas por la coacción estatal).

La Ciencia del Derecho presenta una situación ambigua en cuanto a si Derecho es el objetivo solamente, o también el subjetivo (facultad de actuar, «ius» romano primitivo y clásico), lo que fue puesto de relieve por Kelsen, que identifica derecho subjetivo con libertad, y por tanto con Derecho natural, por lo que, añade, una ciencia jurídica consciente debe proceder a la destrucción de ese concepto (del Derecho subjetivo). Contra esta afirmación arguye Legaz que el Derecho es primitivamente Derecho natural que se positiviza y que el Derecho natural es la forma radical de la realidad jurídica.

Desde otro lado puede argumentarse, como hace Santo Tomás,

que la ley natural se inspira en los principios supremos y eternos de Justicia, que está fuera de lo jurídico y, por ende, por encima incluso del Derecho natural. Es la posición iusnaturalista, que puede derivar hacia el normativismo al considerar que la ley es una, eterna, inmutable, impresa en el hombre y deducible mediante la recta razón.

Esta concepción ha sido duramente criticada por Amor Ruibal, que afirma que en realidad no hay ley eterna; ésta es una construcción de nuestra mente, proyectada sobre la divinidad. Se viene a sustituir una normatividad abstracta por una normatividad concreta, adaptable a la dimensión mudable de la naturaleza humana.

La concepción egológica del Derecho centra su naturaleza como derecho subjetivo: el Derecho es conducta y como tal libertad. Esta posición—Cossío—es antijusnaturalista.

El Derecho como ciencia.—Así fue considerado claramente ya desde Aristóteles. La escuela del Derecho natural racionalista es la que con más energía ha construido un gran sistema científico del Derecho e íntimamente ligada a ella está la tendencia normativista (Puffendorf, Grocio): El Derecho es fundamentalmente poder de hacer, pero en tanto ha sido admitido por las leyes adaptadas a la naturaleza humana (racionalismo).

También para Kant la realidad jurídica primaria es la libertad; ha de haber una ley que haga posible esta libertad. El Derecho, en realidad, es libertad y existe como «Derecho innato» del hombre; si bien necesita manifestarse. Así se evoluciona hacia el formalismo normativista neokantiano: La forma o apariencia del Derecho es la legalidad.

El movimiento antinormativista comienza con Ihering. Parte de la idea de que no hay un querer, acción, sin un fin, hacia el que tiende la voluntad. Esto constituye una verdadera ley: la voluntad es fuerza verdaderamente creadora. El fin es el creador de todo el Derecho. Pero lo que hace pretender el fin es el interés. Así, fin e interés son elementos inseparables en la doctrina de Ihering. Para que el fin mueva a la voluntad se precisa un interés. Los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos. Aunque Ihering no se desprende totalmente del normativismo, es el jurista, a juicio de Legaz, que ha abierto el camino a la consideración del Derecho como realidad social.

Riesgos de la reacción antinormativista.—Sin embargo, la disolución del pensamiento normativista puede conducir a una disolución del pensamiento jurídico como tal. Un realismo excesivo puede caer, al buscar la realidad del Derecho fuera de las normas, en zonas ajenas a él. Esto acontece en una doble dirección: hay una disolución sociologista y una disolución psicologista de la realidad jurídica. La primera tiene su expresión en la jurisprudencia de intereses desarrollada por Heck, que toma como punto de partida el de llegada de Ihering; y que deriva en una verdadera sociología del Derecho con Müller Erzbach, que sustituye totalmente los «conceptos» por los «intereses».

La segunda, la disolución psicológica de la realidad, ha sido seguida por la escuela nórdica de Upsala y gran parte del realismo jurídico norteamericano.

También los idealistas italianos han buscado la realidad del Derecho en una esfera extranormativa, y muy reducida. Así, Croce lo ha reducido a «economía» y G. Gentile a «moralidad».

El Derecho como uso social y forma de vida social.—Cree el autor que el Derecho es una forma de vida social en la que se realiza un punto de vista sobre la Justicia. Por ser una forma de vida social pertenece (incluso el Derecho natural) a los usos sociales, entendiendo por uso todo cuanto el hombre hace desde su dimensión de la socialidad y con las características propias de ésta. Ahora bien, primordialmente el Derecho natural, como todo Derecho, radica en la libertad. El engarce de esa libertad con los usos precisa de introducir una idea previa: la persona, ya que lo social se funda en la persona. Por ser persona el hombre tiene una libertad que le constituye como tal. Pero lo social, por fundarse en la persona, produce la secuela de la impersonalidad. Los individuos en relación producen el fenómeno social de la alteridad, relaciones interindividuales. La realidad del Derecho consiste en la relación.

Las normas integran el sistema de legalidad que es la apariencia del Derecho. La aplicación de éste se realiza mediante la función judicial; y también, con mayor eficacia, por cuanto es previa a la actuación jurisdiccional propiamente dicha, por la función notarial. El Notario suministra al Juez la razón inmediata de su experiencia, la existencia de una realidad jurídica sobre la cual tiene que juzgar

y sentenciar. Por otra parte, el Notario contribuye a dar forma legal a las relaciones jurídicas, de tal suerte que por ella se evite el llegar a un litigio; cumple así en la sociedad un papel muy semejante al que en Roma desempeñaba el jurisconsulto.

III.—*Variaciones sobre la hipoteca cambiaria.*—R. M.^a Roca Sastre.

La hipoteca puede garantizar el crédito derivado de letras de cambio, libranzas, vales, pagarés y cheques a la orden, o de otros títulos transmisibles por endoso. Lo que ocurre es que la regulación de este tipo de hipoteca se ha hecho en la legislación española tardíamente (se admitió en 1869, se reguló en 1909) e insuficientemente porque los actuales artículos 150, 154 y 156 de la Ley Hipotecaria y 211 y 247 de su Reglamento parecen dedicados con preferencia a regular la hipoteca en garantía de títulos transferibles al portador. Parecen referidos a regular los títulos valores emitidos en masa, pero no a los emitidos individualmente (ejemplo típico, la letra de cambio o el cheque). Ahora bien, a juicio de Roca Sastre, y a pesar de ciertas dificultades interpretativas que pueden surgir en los preceptos indicados, no cabe duda de que la hipoteca en garantía de estos títulos a la orden y emitidos individualmente debe estimarse recogida en la Ley Hipotecaria y su Reglamento, especialmente si se tiene en cuenta el artículo 150 de la Ley.

Será preciso, pues, suplir las deficiencias de regulación legal. Las ventajas prácticas de su admisión son evidentes, pues aunque cierto sector de la doctrina duda de ellas no cabe duda de que se dota de una posibilidad de garantía al acreedor, que vendrá a reforzar, si lo estima preciso, la que en sí ya lleva la letra de cambio o el cheque.

En punto a esclarecer su naturaleza jurídica, cree Roca que esta hipoteca cambiaria es de las del tipo de seguridad; el crédito cambiario garantido vive su propia vida; el Registro sólo garantiza la existencia de la hipoteca, pero no las circunstancias derivadas de la natural circulación para la que ha sido emitida la letra de cambio, por lo que no se podrá aquí invocar los plenos efectos protectores del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La accesoriedad del crédito a la hipoteca es mayor que en la hipoteca ordinaria.

La hipoteca cambiaria sólo puede constituirse por escritura pública y de modo voluntario. En el caso de existir endosatarios, la hipoteca garantizará al que al momento de su constitución sea endosatario y a los endosatarios sucesivos, pero no al tomador ni a los endosatarios anteriores. Cabe que se constituya unilateralmente. El importe de la obligación asegurada debe expresarse en moneda nacional o su equivalencia, por ser de aplicación el artículo 219 del Reglamento hipotecario. La escritura de constitución habrá de expresar los datos y circunstancias relativas a la letra o letras que se garantizan.

La inscripción deberá efectuarse a favor del tenedor de la letra al tiempo de constituirse la hipoteca, con lo que quedará inscrita también a favor de los sucesivos tenedores.

Lo que ha olvidado lamentablemente el legislador es la renovación de la letra garantizada por hipoteca. Como quiera que esto implica en realidad una prórroga, debería expresarse así en la constitución de la hipoteca, con lo que registralmente bastaría extender la oportuna nota que acreditará la renovación efectuada.

Por el simple endoso de la letra ha de entenderse transmitida la hipoteca que la garantiza, por ser de aplicación el artículo 150 de la Ley hipotecaria.

No hay modo de aplicar el artículo 155 de la Ley hipotecaria, por lo que Roca cree que sólo cabe utilizar el procedimiento ejecutivo ordinario.

Para la cancelación parece aprovechable el artículo 156 de la Ley hipotecaria.

IV.—*Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*, por A. Sanz Fernández.

La modificación del artículo 1.413 del Código civil ha producido diversas consecuencias en el ámbito de los bienes del matrimonio, lo que ha hecho que la reforma del Reglamento hipotecario de 17 de marzo de 1959 diera nueva redacción a los artículos 95 y 96 y modificara el 144.

A esclarecer los numerosos puntos dudosos que tales reformas legislativas han dejado sin resolver va dirigida esta valiosa aportación de Sanz Fernández.

Comienza por separar en dos grandes grupos la situación de los bienes gananciales: durante la sociedad y disuelta ésta.

Vigente la sociedad de gananciales, examina sucesivamente la adquisición de los bienes, su disposición y su embargo.

La adquisición de los bienes durante el matrimonio por personas casadas puede hacerse a título ganancial, a título privativo, y en esa forma quizá intermedia (y que ha sido reconocida legalmente por el art. 95 del Reglamento hipotecario) que supone la adquisición por uno de los cónyuges, aseverando el otro que la contraprestación es de la exclusiva propiedad del cónyuge que hace la adquisición; son las adquisiciones con carácter privativo confesado.

Las adquisiciones de carácter ganancial son reguladas, en cuanto a su inscripción, por el número primero del artículo 95 del Reglamento hipotecario. El fundamento de este precepto no es, a juicio de Sanz, ni armonizar su contenido con la reforma del artículo 1.413 C. c., ni exigencias del principio de tracto sucesivo (como pretende parte de nuestra doctrina); y esto: 1) porque no es la ganancial una comunidad de tipo germánico, sino de tipo germánico pero referida al total patrimonio ganancial, no a cada uno de sus elementos; 2) porque existiendo el artículo 1.401 C. c.—que no ha sido modificado—a éste corresponde determinar, juntamente con las demás normas de Derecho material, la titularidad de tales bienes; 3) porque cumpliendo el artículo 95 la inscripción revelará un desacuerdo con el título de adquisición; 4) porque el del 1.413 no es problema de tracto sucesivo, sino de facultades dispositivas del titular; 5) porque aunque el artículo 95 del Reglamento ha dado una interpretación extensiva al 1.413 C. c., este precepto debe ser interpretado de modo restrictivo.

Las adquisiciones con carácter privativo confesado se regulan en el número segundo del artículo 95 del Reglamento hipotecario, a base de los precedentes de la Resolución de 11 de octubre de 1941 y la sentencia de 30 de marzo de 1943. Afirma Sanz que la aseveración hecha por el cónyuge que figura como adquirente carece en absoluto de trascendencia, por cuanto la que se tiene en cuenta es la hecha por el cónyuge no adquirente (más frecuentemente el marido en las adquisiciones que realiza la mujer) antes de la inscripción.

¿Qué efectos produce la confesión de ser privativa la contra-

prestación? De momento, que se inscriban los bienes a nombre del adquirente y que en punto a disposición dicte el artículo 96 del Reglamento hipotecario una regla especial. La aseveración del carácter privativo del precio surte efectos entre las partes y los herederos voluntarios de los cónyuges que hicieron la confesión, pero es inoperante frente a terceros, incluyendo entre ellos los legitimarios del cónyuge confesante, y esto, ya sea por aplicación de la doctrina de la confesión, de los actos propios, de la eficacia del reconocimiento hecho formalmente, o de la conversión de la donación «mortis causa», pues para todas ellas hay respuesta en la doctrina española.

Ahora bien: disuelto el matrimonio, ¿cuál debe ser el destino de los bienes así adquiridos? Criterios dispares mantiene en este punto la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo. Para éste—sentencia de 2 de febrero de 1951—tal aseveración vinculaba al marido confesante frente a la mujer, mientras no probare se hizo por simulación; en tanto que la Resolución de 11 de marzo de 1957 negó valor a tal reconocimiento del carácter de la contraprestación, y éste, cree Sanz, debe estimarse como posición hoy vigente. Defiende, frente a cierto sector de nuestra doctrina, la posición de la Dirección General, por entender que ésta se mueve en el ámbito exclusivamente registral y no contradictorio, mientras que a los Tribunales se acude con todo medio de prueba que autorizan los juicios contradictorios.

A las adquisiciones privativas se refiere el número tercero del artículo 95 del Reglamento hipotecario. Cree que en su segunda parte es aplicable también a las realizadas con carácter gratuito. Examina los diversos supuestos de aplicación, siguiendo fundamentalmente la enumeración del artículo 1.396 C. c. y señalando los puntos más salientes, de los que entresacamos: en el caso de que tratándose de una adquisición a título gratuito existan contraprestaciones accesorias esto sólo repercutirá en las indemnizaciones o colaciones que a la disolución del matrimonio tengan lugar, conforme al artículo 1.419 del C. c.; en el caso de adquisiciones realizadas por permuta deben hacerse constar los bienes permutados, para el caso de que no sean inmuebles; y en el supuesto de que la adquisición del cónyuge casado haya de completarse con metálico, Sanz cree como lo más acertado considerar en todo caso que la adquisición ha de ser única (o para el cónyuge permutante o para la sociedad conyugal), pero la

sola voluntad del cónyuge permutante no puede determinar la naturaleza y destino de la adquisición, por lo que habrá de atenderse a la verdadera naturaleza del acto realizado, siendo un criterio aprovechable el del artículo 1.446 C. c.; en los casos de retracto ha de atribuirse el bien retraído al cónyuge titular de tal derecho de retracto, aunque se haya adquirido con dinero ganancial; y respecto a los retractos arrendaticios especiales rústicos y urbanos parece deberán atribuirse a la sociedad conyugal, dado que el fin económico y el interés protegido por ellos tienen carácter familiar. Si se tratara de bienes comprados, la dificultad estriba en demostrar la pertenencia privativa del dinero; si se tratara de precio aplazado, opina Sanz que si tenemos en cuenta que la compraventa se perfecciona sin necesidad del pago del precio, a cuyo momento hay que atenderse para determinar el carácter ganancial o privativo de lo comprado, dedúcese que el pago posterior del precio no afecta al carácter de la adquisición, sino sólo habrá lugar a cumplir el artículo 1.419 C. c.

El artículo 96 del Reglamento hipotecario se refiere a los actos dispositivos otorgados durante el matrimonio, precepto que parece adaptarse al 95, pero se diferencia de él en que contiene normas de carácter no reglamentario, sino material o sustantivo. Hay así una duplicidad de normas, Código civil y Reglamento hipotecario, que cuando coinciden (disposición de bienes gananciales y privativos) no ocasionan mayores problemas, pero que cuando hay disparidad, como ocurre con los bienes privativos confesados, surge la cuestión de cuál será preferente, estimando Sanz que el Código civil.

En las disposiciones realizadas a título gratuito de bienes gananciales rige la norma de la codisposición de ambos cónyuges; para los a título oneroso inmuebles se exige el consentimiento de la mujer, según la reforma del artículo 1.413 C. c. Ahora bien, es aquí donde surgen mayor número de problemas. Aunque lo correcto es que disponga el marido con consentimiento de la mujer, se admiten también como válidas las formas de disposición conjunta y de disposición de la mujer con consentimiento del marido.

Este consentimiento «uxoris» se ha configurado en la doctrina patria de diversa forma; Sanz entiende que se trata de un negocio de asentimiento a la disposición hecha por el marido, necesario para la eficacia de ésta, pero no para la validez y existencia del acto dispositivo y que tiene por finalidad proteger a la mujer contra la ac-

tuación fraudulenta o simplemente imprudente o desacertada del marido. La falta de ese consentimiento hace al acto anulable simplemente, pero no por ello será inscribible. Confrontada esta posición doctrinal del autor con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (y posterior a la publicación de su trabajo) se observa una sustancial coincidencia en cuanto a la naturaleza y efectos generales de la falta de consentimiento «uxoris»; pero recordamos nosotros lo que en la página 178 del año 1965 de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO dice B. Menchén acerca de la posibilidad de autorizar la escritura e inscribir el acto dispositivo en base a las sentencias de 13 de marzo y 21 de abril de 1964, pues especialmente la primera, en sus considerandos, da base a entenderlo admisible.

La mujer necesita capacidad de disposición para otorgar su consentimiento, por su defecto, precisará de los complementos legales, aunque aquí no hay unanimidad en la doctrina. Cabe que actúe por medio de poder, ya sea al marido, especial para el acto o general; ya incluso a un tercero, cuando no haya razones para excluir su actuación.

Los actos para los que se requiere el consentimiento de la mujer son los de enajenación de bienes inmuebles; Sanz, precisando más en algunos casos concretos, cree es dudoso para la división de comunidad, no siendo necesario para la modificación de entidades hipotecarias. En las enajenaciones forzosas opina, con sólidas razones, que no es necesario el consentimiento de la mujer, a pesar de que el último inciso del párrafo primero del artículo 144 del Reglamento hipotecario recoja la posición contraria. En materia de cancelación de hipotecas en garantía de créditos gananciales o presuntivamente gananciales, y frente a alguna posición doctrinal, no cree necesario el consentimiento de la mujer (tampoco parece exigirlo la Resolución de 2 de noviembre de 1959). En los actos de adquisición, si bien en principio no se precisa el consentimiento de la mujer, en el caso de que se constituya sobre los bienes adquiridos algún derecho real por el marido, cabe pensar en la necesidad de tal consentimiento.

En caso de falta de consentimiento, que ha de ser expreso, el artículo 1.413 establece la autorización judicial. Esta procede en defecto del consentimiento de la mujer—ya sea por imposibilidad jurídica de prestarlo, por imposibilidad natural o por negativa, fundada o no—y procederá siempre que el acto no constituya una ame-

naza grave para los intereses de la sociedad, debiendo ser especial para cada acto de disposición, salvo que, no pudiendo la mujer prestar el consentimiento, se admita la de tipo general, y si bien lo normal es que sea anterior, puede también ser dicha autorización judicial posterior al acto dispositivo.

Disposición de bienes de carácter privativo confesado.—Si son a título gratuito, la disposición corresponde conjuntamente a ambos cónyuges.

Para los a título oneroso regirá el artículo 96 del Reglamento hipotecario. Conviene distinguir: 1) Los inscritos a nombre de la mujer han de ser enajenados por la mujer con consentimiento del marido, de conformidad al artículo 96 del Reglamento hipotecario, aunque lo normal sería mantener la disposición por el marido con consentimiento de la mujer, según el artículo 1.413 C. c. La desarmenia entre las normas hipotecarias y las civiles es evidente, y la reforma del Reglamento no se justifica ni por la legitimación registral (pues el art. 38 de la Ley hipotecaria nunca habrá querido desvirtuar el 1.407 C. c.), ni por el principio de tracto sucesivo, pues aquí no hay problema de tracto (la titularidad de los bienes se determina en el Derecho material por el art. 1.407 C. c.), sino de facultades dispositivas. Sea lo que fuere, lo cierto es que este consentimiento del marido no es un simple asentimiento, es rigurosamente necesario, sin que se pueda suplir por ningún otro medio y ha de exigirse también en los actos de riguroso dominio en que no se produzca una enajenación, como son las modificaciones de entidades hipotecarias.

2) Bienes inscritos a nombre del marido: Aunque para ellos se siga la misma regla que para las anteriores determinada por el artículo 96 del Reglamento hipotecario, no obstante, esta equiparación es más aparente que real, debiendo resolverse la situación de conformidad al artículo 1.413 C. c., por lo que, en contra de cierto sector doctrinal, estima Sanz será posible acudir a la licencia judicial cuando el consentimiento de la mujer falte.

Erbargo de bienes.—El artículo 144 del Reglamento hipotecario, en su última redacción, ha introducido dos modificaciones importantísimas en esta materia, complicando la cuestión.

Después de la reforma del Reglamento hipotecario, el embargo de bienes gananciales se extiende tanto a los gananciales propiamente dichos como a los privativos confesados, por deudas a cargo de la sociedad conyugal; pero entiende Sanz que por las deudas y obligaciones a cargo exclusivo de uno de los cónyuges no incluidas en el artículo 1.410 C. c., podrán embargarse los bienes presuntivamente gananciales o privativos confesados inscritos a nombre del cónyuge deudor. El exigir que la demanda se dirija contra ambos cónyuges carece de fundamento, pues no lo justifica ni la reforma del artículo 1.413 C. c., ni que procesalmente deban ser ambos cónyuges demandados, ni el principio del tracto sucesivo, ni que signifique una protección a la mujer.

En cuanto a los procedimientos a que debe ser aplicado este artículo 144 del Reglamento hipotecario, cree Sanz que es indudable a los de carácter judicial, pero deben quedar excluidos de su ámbito los procedimientos administrativos de apremio, así como los especiales de ejecución hipotecaria.

Disuelta la sociedad de gananciales se transforma la comunidad que existía durante el matrimonio, y si bien puede disponer cualquiera de los cónyuges—o por el que falte sus herederos—de su cuota indivisa sobre la totalidad del patrimonio, afirma Sanz que el derecho que a los interesados corresponde sobre la masa ganancial no puede tener acceso al Registro, y consecuentemente tampoco serán inscribibles los actos de disposición otorgados respecto a la cuota ganancial abstracta. Por otro lado, se transforma asimismo el régimen de disposición de los bienes de la masa ganancial, pues regirá el principio de unanimidad o codisposición de los interesados; y según reiterada jurisprudencia de la Dirección General, el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto pueden proceder conjuntamente a la enajenación de bienes concretos.

Si bien los bienes gananciales presuntivamente, o privativos confesados, se equiparan, a juicio de Sanz a los gananciales (a pesar de que un marcado sector doctrinal mantiene posición distinta), conviene aclarar que en tal situación el cónyuge titular puede probar que son privativos, y el cónyuge no titular, o sus herederos, aseverar que tales bienes pertenecen al otro cónyuge, aseveración que si bien será eficaz «inter partes» no surtirá efectos con respecto a terceros. Lo que no resulta claro, aunque así lo pretenda un sector impor-

tante de nuestra doctrina, es que tales bienes privativos confesados puedan ser enajenados, disuelto el matrimonio por el cónyuge titular exclusivamente, y en contra de tal posibilidad se pronunció la Resolución de 11 de marzo de 1957.

Tratándose de bienes privativos la cuestión se halla más simplificada, siendo conveniente recordar que la Resolución de 8 de noviembre de 1944 declara inscribible la escritura de manifestación de herencia otorgada por los herederos, sin intervención del cónyuge sobreviviente y sin previa liquidación de la sociedad conyugal, en atención a que todos los bienes inventariados tenían carácter privativo.

* * *

De las breves notas que anteceden, por necesidad escuetas, se deduce el valor que tiene este trabajo de Sanz Fernández. En él, además de recoger la abundante doctrina patria y la jurisprudencia producida sobre la materia, formula su equilibrado punto de vista, planteando y resolviendo las cuestiones con un marcado matiz práctico y de gran utilidad para cuantos nos dedicamos, de una u otro forma, a la realización práctica del Derecho.

Por esto nos permitimos apuntar la conveniencia de que, si ello fuere posible, sea publicada íntegramente en estas páginas la obra de A. Sanz Fernández, pues sólo beneficios para todos puede reportar de ello. Es un tema de actualidad y de práctica constante, magníficamente tratado en este estudio.

V.—*Cautelas de opción compensatoria de la legítima*, por J. Vallet de Goytisolo.

Aborda el estudio de las cautelas testamentarias que se han querido englobar bajo la denominación, que resulta inexacta, de cautela Socini o sociniana, y que más propiamente son llamadas cautela Angeli, cautela Cumani, cautela Durantis o Gualdensis.

Las legítimas tienen determinado su contenido por la ley cuantitativamente—«quantum»—y cualitativamente—«quale»—. Según esto, ¿podrá el testador mermar ese «quale» atribuyendo un mayor

«quantum»? ¿podrá ofrecer una opción al legitimario para que éste elija el «quantum» y el «quale» mínimos prefijados o bien un «quantum» mayor con gravamen en el «quale»? ¿Podrá en estos casos el legitimario a quien se plantea esta elección salirse fuera de los dos términos únicos que tiene esa alternativa de la cual se le hace único árbitro? ¿Le queda o no, además, la posibilidad jurídica de elegir una tercera vía media, aunque el testador no se la haya brindado ni la haya querido?

A contestar estas cuestiones dirige su estudio Vallet, dividiéndole en tres grandes apartados: utilidad, en caso de ser válidas tales cautelas testamentarias; posibilidad de validez, y requisitos necesarios para su eficacia.

1.—Utilidad, caso de ser válidas, las cautelas que ofrecen una opción de compensación legitimaria.

El autor llega a la consecuencia de que ni la compensación «ipso iure» del aumento en el «quantum» legitimario con su gravamen en el «quale», ni la necesidad de optar en ese caso entre la legítima estricta y la atribución testamentaria, puede decirse que sean una regla general. A pesar de los textos del Digesto conocidos como Ley «Uxori meae» y Ley «Si pater puellae» que imponían una automática compensación, textos que parece quedaron derogados por las leyes «quoniam in prioribus» y «Scimus», par. «Cum autem», solamente en las donaciones en concepto de dote, y quizá igualmente en las demás que sean colacionables, cabe entender jurídicamente estimable la compensación automática del mayor «quantum» donado con la reserva del usufruto establecido a favor del cónyuge superviviente del donante, o la sustitución impuesta, aceptadas al otorgarse la donación.

La opción forzosa sólo la vemos establecida en términos generales en el párrafo 2.306 del B. G. B.; y limitada a los supuestos de gravamen de usufruto, nuda propiedad o renta vitalicia, se encuentra en el artículo 550 del Código italiano, y sólo de usufruto o de renta vitalicia en los artículos 917 del Código francés y 820, número tercero, del Código español. Todo ello aparte de los sistemas que exigen que la legítima sea atribuida por título de herencia, y de aquellos que imponen se satisfaga la legítima en cuerpos hereditarios.

Por tanto, no cabe duda de que las cautelas de opción de compensación legitimaria, en caso de ser posibles, pueden rendir una evidente utilidad, que no tendrían en caso de que «ex iure» fuese necesario al legitimario despejar esa opción.

A tales consecuencias llega Vallet después de hacer un exhaustivo y profundísimo examen, tanto de los diversos supuestos que pueden plantearse como de la forma en que ha sido tratado y entendido por los autores. La opinión de éstos, especialmente la de los glosadores y postglosadores, es sacada a la luz en toda su pureza. Los diversos supuestos son examinados sucesivamente: atribución de la legítima a título diverso o en bienes distintos de los debidos; sujeción de la legítima a una condición, prohibición de disponer o de partir, sujeción a una determinada forma de explotación personal o social; aplazamiento del goce de la legítima por su atribución mediante fideicomiso, o gravándola con un usufructo o renta vitalicia; imposición de fideicomiso, vínculo o mayorazgo sobre la legítima, o bien satisfacción de ésta con un usufructo.

2.—Validez de tales cautelas.

Analizando las objeciones que a su validez pueden plantearse, Vallet sucesivamente replica cumplidamente a las que tienen carácter general, como las que entienden el gravamen como no puesto; las que estiman que no puede perjudicar tal adquisición a los descendientes o ascendientes del legitimario, ya que esto equivale a confundir el derecho adquirido con una mera esperanza, y pudiendo hacerse lo más—repudiar—se podrá hacer lo menos; las que se refieren a ser ilícita la condición impuesta, porque la ilegalidad o ilicitud no se refieren al testador: no se trata de si éste condiciona su disposición a algo que no pueda ordenar que sea, sino que la ilegalidad, ilicitud o imposibilidad se refieren al acto del llamado a que se condiciona el llamamiento; las que hacen referencia a que lo prohibido directamente no puede imponerse indirectamente, porque no hay en tales cautelas una opción entre menos o nada, sino entre lo justo o bien más aceptando ciertas condiciones si se prefiere así; y las que se fundan en conceptos preestablecidos, es decir, las de carácter dogmático conceptual que utilizan el método de inversión, pues ya es sabido que Vallet es contrario a la utilización de tal método, aparte de que, a su juicio, la legítima en el Código civil español

es de reglamentación negativa, o freno, por lo que su satisfacción por el causante tiene un mayor margen de flexibilidad. Seguidamente se ocupa de refutar las objeciones alegadas para los supuestos en que la cautela está formulada como una sanción o imposición de pena, pues históricamente si fueron nulas en el Derecho romano clásico se admitieron en el justiniano (Constitución del año 529); y aunque la cuestión en el Derecho intermedio aparece muy posteriormente a los primeros glosadores, es rechazada la diferencia de efectividad entre la cautela redactada en forma alternativa y la expresada en forma penal; el Derecho francés, tanto el «Droit coutumier» como el actual, es favorable, especialmente los autores, a su admisión; para acabar concluyendo que aunque las redactadas en forma penal puedan sonarnos mal, no por eso han de reputarse inválidas, ocurrirá que se ha expresado algo incorrectamente, pero eso no debe acarrear su ineffectividad. Finalmente, aun reconociendo el defecto práctico que presenta la cautela llamada «Cumani», refuta los argumentos que pretenden su ineficacia.

Muchas y muy variadas razones esgrime en favor de tales cautelas, apoyadas fundamentalmente en las opiniones de los autores de todos los tiempos y países. Para él el fundamento de la cautela radica en la aceptación por el legitimario de una mayor atribución ofrecida al mismo por su causante con carácter incompatible con la reclamación de su legítima. El padre no puede gravar la legítima de su hijo, pero sí puede condicionarle la atribución de lo que le deje además de su legítima.

En nuestra Patria expresamente se admite, en el artículo 133 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña y en el artículo 49 de la de Baleares. En la jurisprudencia, las sentencias de 29 de diciembre de 1939 y 12 de diciembre de 1958 la admitieron; no así la de 12 de diciembre de 1959, relativa a una cautela afectante a la herencia de la viuda y a bienes de su marido. En la práctica notarial está acreditado su uso en muy variadas regiones, pero recomienda no se emplee en forma de pena, sino otorgando claramente al legitimario su opción a la legítima estricta, o a un mayor «quantum», si bien gravando o reduciendo el «quale».

A juicio de Vallet, el punto más delicado de la aplicación de las cautelas lo encontramos con referencia a la mejora. Partiendo de la idea, ya expuesta por él en otros lugares, de que la mejora es legi-

tima de los hijos respecto a extraños, pero que no lo es con respecto a los hijos entre sí, es decir, es legítima voluntaria o electiva entre éstos, llega a la conclusión de que hay que distinguir si en la cautela juega además el tercio de libre disposición o que éste se halle fuera de la acción de la misma. En aquel caso es admisible la cautela, pero en éste no.

3. Requisitos necesarios. Son:

a) Atribución al legitimario de un mayor «quantum» del legalmente debido. Esto puede hacerse bajo muy diversas formas, pero en todo caso hay una cuestión de valoración comparativa entre esta mayor atribución y el valor del gravamen.

b) Expresa imposición del gravamen incluso sobre la legítima. Si bien, en opinión de la mayoría de los autores, la imposición de un gravamen general al heredero no se estimaba extensivo a la legítima, salvo que expresamente se especificara así, en el derecho vigente del Código civil será ésta una cuestión a interpretar de la última voluntad del causante, conforme al párrafo primero del artículo 675 C. c., con el que el gravamen genérico se entenderá que no afecta a la legítima, salvo que así lo diga expresamente el causante.

c) Expresa imposición por el testador de la absoluta incompatibilidad de reclamar la legítima y recibir lo atribuido «ultra legitimam». Este requisito no es necesario para aquellos sistemas que establecen la necesidad de opción cuando se den los primeros requisitos; viene a establecer la conexión entre la mayor atribución conferida y el gravamen impuesto al legitimario. La cuestión surge en punto a determinar cuándo el testador ha querido establecerlo así, para lo que en Derecho actual debemos acudir, como problema de interpretación del testamento, al artículo 675 C. c.. Por esto llama la atención Vallet sobre la conveniencia de que sea redactada la cláusula testamentaria del modo más claro, a fin de no dejar lugar a duda acerca de si el testador ha hecho un mero ruego o recomendación a sus herederos o les ha impuesto su voluntad de modo imperativo.

d) Aceptación por el legitimario de la atribución testamentaria con su gravamen, es decir, con la limitación de su «quale» legítima-

rio. Si bien los tres anteriores requisitos son determinantes de la eficacia de la cautela, este cuarto se refiere a su desenlace, es decir, a la efectividad del gravamen compensado con un mayor «quantum» atribuido. La cautela puede desembocar en dos resultados diversos, según cual sea la voluntad decisoria del legitimario. Este cuarto requisito ha dado lugar a muy diversas opiniones de la doctrina, y para examinarlas mejor el autor reconduce la cuestión al modo cómo han de ser interpretadas la aceptación de la herencia testada, la aprobación del testamento y la renuncia a impugnarlo, según el modo, término y circunstancias en que se verificaron, y en especial midiendo su alcance según se hayan efectuado en términos o circunstancias generales o especiales.

4. Proyección de las cautelas en el Derecho actual.

Como aplicaciones al Derecho vigente, cree Vallet que conjugando los principios de los artículos 990 y 813, párrafo segundo Código civil, cabe establecer las siguientes:

Si bien la aceptación pura y simple de la herencia no implica la del gravamen de su legítima (art. 813 C. c.), ello no quiere decir que deferida la herencia el legitimario no pueda aceptar la carga impuesta a su porción legitimaria, o dicho de otro modo, renuncie a reclamar contra el gravamen impuesto, pues ello se autoriza en el artículo 4.º, párrafo segundo, y en el 816, ambos del C. c. Ahora bien, esa aceptación del gravamen sobre la legítima ha de ser expresa (expresa, pero no hace falta que sea literal ni nominal). La aceptación por parte del legitimario de la mayor atribución establecida por el testador significará la renuncia a impugnar el gravamen impuesto sobre la legítima y la aceptación de ese gravamen, por su carácter de incompatibilidad de aceptar lo así dispuesto por el testador y a la vez pretender la legítima completamente libre. Si bien el heredero que se inmiscuyere en actos de administración de la herencia (supuesto del art. 999 C. c.) no se entiende que la acepta, para el caso de estar sujeto a una cautela de opción, si posteriormente reclama contra el gravamen impuesto a su legítima, perderá retroactivamente la atribución compensatoria de tal gravamen, que deberá devolver a quien corresponda (art. 816 C. c.); y asimismo los que estén interesados en la herencia podrán usar del

cauce del artículo 1.005 C. c., a fin de que el heredero manifieste por cual de los dos términos de la opción que le concede el testador se decide.

* * *

Si bien Vallet de Goytisolo domina todos los campos del Derecho, se ha dicho que es uno de los más excelsos conocedores del Derecho sucesorio, lo que se corrobora en esta ocasión. Profundo investigador, no se detiene en el aspecto de las cosas, sino que las examina y desmenuza hasta descubrir su esencia; de visión amplia, nunca se deja llevar por el dogmatismo conceptualista, que partiendo de conceptos preestablecidos trata de aplicarlos a cada situación previo encaje en moldes rígidos—método de inversión—, sino que analiza la naturaleza, fundamento y fin de las instituciones jurídicas. En esta monografía, una vez más, nos demuestra su erudición y conocimiento de las fuentes jurídicas, exponiendo la doctrina de los autores, especialmente la de los glosadores, postglosadores y autores del Derecho patrio, de modo que agota la materia.

VI.—*Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, por Manuel de la Cámara Alvarez.

La doctrina española entiende que la legítima de los herederos forzosos debe pagarse con bienes de la herencia; pero el autor, con su documentada exposición, pone de relieve los puntos vulnerables de esa común opinión, basado en argumentos lógicos y teleológicos, unidos a muy poderosas razones jurídicas en base a los preceptos del Código civil español. La escasa jurisprudencia que existe sobre la materia, aunque también contraria a la tesis de Cámara, resulta certeramente atacada. Todo ello hace de ésta una excelente y sugestiva monografía.

Ahora bien: una cosa es que la facultad de pagar las legítimas en metálico se conceda al heredero sin más y otra muy distinta que sólo pueda imponerla el testador. Recordemos que, en todo caso, el Código civil concede al padre facultades dispositivas bastante am-

plias si las ejerce dentro del círculo de sus hijos o descendientes.

Los sistemas jurídicos varían en punto a determinar el modo como ha de satisfacerse la legítima de los herederos forzosos. En nuestro Derecho, a juicio de Cámara, ni el legitimario es necesariamente heredero—en lo que hay bastante unanimidad en la doctrina—ni la legítima es, obligadamente, «pars hereditatis», en el sentido que esta expresión tiene en los Derechos francés o italiano. Es, en principio, «pars bonorum», porque el legitimario tiene derecho a que sea satisfecha en bienes de la herencia, tanto si es heredero como si ha de pedir el suplemento que le autoriza el artículo 815 C. c. Por otro lado, no hay que dar una interpretación severamente restrictiva a los artículos 829 y 1.056, párrafo segundo, del C. c., porque nuestro sistema hereditario no pugna institucionalmente con la posibilidad de disponer testamentariamente el pago de la legítima en metálico, ni existe en él una regla general prohibitiva de tal posibilidad.

El Código civil no ha recogido los precedentes del Derecho patrio en punto a pago de la legítima; por otro lado, no parece justificado que el testador sólo pueda dejar metálico a un legitimario si lo hay en la herencia, con lo cual se hace depender la eficacia de la disposición de una circunstancia aleatoria, muchas veces difícil de prever cuando el testamento se otorga. Y si se plantea el problema en punto a garantías del legitimario, cree Cámara que cualesquiera que sean las garantías que el legislador haya querido conferir al legitimario éstas son compatibles con el pago de la legítima en metálico. Efectivamente, el artículo 806 no defiere, directamente, al legitimario una cuota de la herencia, sino que sólo reserva a su favor una parte alicuota del patrimonio hereditario líquido, lo que no quiere decir que con esta afirmación quede exento de garantías, pues tiene éstas:

— La partición no puede realizarse sin su consentimiento, hasta quedar completamente pagado de su haber, pudiendo en todo caso promover el juicio de testamentaria. A través de la clásica acción de suplemento, artículo 815 C. c., puede reclamar la cuota reservada si los bienes que el testador le deja en sustitución de la cuota no existen, no son suficientes, no se le satisfacen o no son aptos para pagar la legítima. Hasta tal punto que afirma Cámara que las enajenaciones de bienes hereditarios intentadas por los herederos, sin

contar con el legitimario, son actos impugnables que, por tanto, no deben formalizarse en escritura pública (art. 45 del Reglamento Notarial), ni inscribirse en el Registro de la Propiedad.

— Frente a la partición, el legitimario tiene acción para impugnarla cuando no ha sido pagado de su haber. Si ha sido practicada por los herederos tendrá el recurso de la rescisión por lesión en el caso de errónea valoración de los bienes relictos, aun a pesar de la dicción literal del artículo 1.080 C. c. (como han reconocido la sentencia de 5 de febrero de 1918 y resolución de 5 de septiembre de 1896), la partición practicada sin la intervención de un heredero es nula. Si la partición es judicial, los contadores partidores no pueden adjudicar todos los bienes de la herencia a los herederos, con la simple obligación por parte de éstos de pagar al legitimario lo que le corresponda. Si se tratare de una partición extrajudicial realizada por contadores partidores se debe examinar qué facultades tienen en el punto que nos interesa y a este respecto no cabe duda que carecen de potestad para adjudicar metálico no hereditario a un heredero forzoso. Ahora bien, debiendo pagar los albaceas a algún legitimario su legítima en metálico y no habiéndolo en la herencia, ¿pueden enajenar bienes hereditarios? No cabe duda de que la contestación afirmativa se impone. Pero entonces, ¿necesitarán la intervención en el acto dispositivo de los legitimarios? Aunque Cámara discrepa del criterio de la Resolución de 19 de julio de 1952, que declaró no inscribibles tales enajenaciones hechas sin el concurso de los legitimarios, cree que siendo herederos los legitimarios y dudándose de si podrá lastimarse su derecho o sufrir algún perjuicio con la enajenación deberán concurrir a ésta con el albacea, pues esta regla práctica se impone al entender que la impugnación sólo es posible cuando los herederos forzosos demuestren que la enajenación perjudicó su legítima. Finalmente, si la partición fue practicada por el propio testador, estima que tiene facultades para atribuir la legítima con dinero extrahereditario en todo caso y no sólo en el supuesto del artículo 1.056, párrafo segundo, del C. c., porque de otro modo no se explicaría bien la relación de este precepto con los 829 y 1.040, también del C. c. Estima Cámara aplicable el artículo 15 de la Ley Hipotecaria al Derecho común para el caso del párrafo segundo del artículo 1.056 C. c., puesto que se dan los requisitos o presupuestos de aplicación de este precepto, o sean: tratarse de

legitimarios de parte alicuota, hallarse el heredero autorizado para pagar las legítimas en metálico y no poder el legitimario promover el juicio de testamentaria, pues habiendo realizado la partición el testador no cabe que plantee dicho juicio.

Ahora bien, que el legitimario pueda recibir en metálico su legítima por haberlo así dispuesto el testador, no quiere decir que en todo caso haya de ser calculada en función del valor que los bienes hereditarios tengan al momento del fallecimiento del testador; existe el riesgo de una desvalorización monetaria en los supuestos en que sea dilatado el tiempo de duración de la liquidación de la herencia, por lo que habrá de estarse al valor que tenga la cuota cuando los herederos ejerciten esa facultad de pagar en metálico la legítima y la paguen, es decir, cuando se liquide la herencia.

Resulta, pues, que no hay obstáculos, a juicio de Cámara, para admitir el pago de la legítima en metálico extrahereditario en el régimen del Código civil, a pesar de que la doctrina opine lo contrario. No es obstáculo a ello el artículo 806 C. c., pues éste no es incompatible con la posibilidad de que el testador sustituya la cuota reservada por un legado de suma determinada, y por otro lado hay dos preceptos del mismo C. c. en que el pago en metálico de la legítima se funda en la voluntad testamentaria, como son los artículos 829 y párrafo segundo del 1.056, a que después nos referiremos. Finalmente, tampoco es obstáculo a tal tesis la sentencia de 28 de mayo de 1958, que aunque acepta la tesis de la doctrina dominante, los razonamientos en que se funda para llegar al fallo dice el autor que no resisten la más ligera crítica.

El artículo 829 C. c. tiene su origen en la Ley 19 de Toro, y aunque la doctrina española estima que tiene carácter excepcional no justifican esta afirmación, que le parece al autor poco fundada. La reducción «ad valorem» que prevé este precepto se establece exclusivamente para respetar o cumplir mejor la voluntad del testador. El análisis de la norma, hecho sin prejuicios ni preconceptos, demuestra que aquella facultad es reflejo de una posibilidad que la Ley no acepta ni rechaza con carácter general, pero que de suyo es susceptible de más amplios desenvolvimientos. Por aplicación indirecta de este artículo 829 resultará que cuando la mejora o mejoras de bienes determinados dispuestas por el testador agoten toda la herencia, los legitimarios no mejorados vendrán obligados a percibir

su legítima en metálico. No hay razón para estimar que el criterio que establece el artículo 829 con respecto a los hijos y descendientes no se extienda a otros legitimarios (ascendientes, por ejemplo), pues en todo caso este precepto puede encajar dentro del más general supuesto contemplado por el párrafo segundo del artículo 821 C. c.

El párrafo segundo del artículo 1.056 C. c. carece de antecedentes en nuestro Derecho. De él se ha querido hacer la base fundamental de los que niegan la posibilidad de la legítima en dinero. La doctrina dominante piensa que el supuesto que contempla es que en la masa hereditaria no existen más bienes que la explotación y que frente a él, el artículo 829 C. c. debe quedar en la penumbra. Cámara afirma que ese artículo 1.056 no es obstáculo a su tesis de la posibilidad del pago de la legítima en metálico y que no existe contradicción entre tal precepto y el 829 C. c., y que de existir deberá prevalecer este precepto sobre aquél, por ser más amplio, menos excepcional, aun en el caso de que se admitiera que supone una excepción al sistema legítimo.

Para concluir su estudio, Cámara examina los siguientes supuestos de pago en metálico dispuestos por la Ley al margen o con independencia de la voluntad del testador: 1) el artículo 821, que estima aplicable a cualquier caso de legado inoficioso que consista en un bien indivisible o de incómoda división; 2) el artículo 839 C. c., del que conviene aclarar que concede una facultad a los herederos; que el «mutuo acuerdo» que exige o la decisión judicial en su defecto no se precisan para decidir la forma de pago, pero sí para la ejecución del procedimiento solutorio elegido; que la conmutación establecida por el causante es vinculante para el cónyuge, aunque no es tan claro que lo sea para los herederos (herederos no sólo, como quiere algún autor, hijos y descendientes del testador); y no cabe duda de que el causante puede prohibir la conmutación; 3) el segundo párrafo del artículo 840 C. c., que no debe entrar en función si el testador ha hecho por sí mismo la partición de sus bienes y señalado los que deben percibir los hijos naturales en pago de su cuota, o ha legado, en sustitución de la legítima de aquéllos, bienes específicos de su patrimonio, los hijos naturales, en tanto en cuanto las disposiciones testamentarias no sean inoficiosas, acreditarán derecho a dichos bienes.

INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL: *Derecho de Cosas*, por Manuel Albaladejo. (Barcelona, 1964; un volumen de 615 páginas.)

Se publica este Manual del profesor Albaladejo bajo los auspicios del Real Colegio Mayor de San Clemente, de los españoles en Bolo-nia, y dentro de la colección de estudios jurídicos «studia alborno-tiana», que dirige Evelio Verdura. Comprende siete capítulos, señá-lados con los números 21 al 27, de los cuales vamos a destacar los puntos que consideramos más interesantes.

El capítulo primero del libro (señalado con el número 21) lo de-dica el autor al estudio del Derecho real en general, abordando el problema de su distinción del derecho de crédito, que si bien en la mayoría de los casos es neta y clara, no deja a veces de ofrecer difi-cultades, sobre todo en lo que al aspecto externo de la relación jurí-dica se refiere (piénsese, por ejemplo, en el arrendamiento y el usu-fructo). Se inclina francamente por la tesis del «numerus apertus» y critica la Resolución de 21 de diciembre de 1943, que sostuvo la tesis contraria, como más conveniente para facilitar la función cali-ficadora del Registrador, argumento éste que nunca debió ser esgri-mido.

Seguidamente se ocupa de la posesión, palabra que encierra dos acepciones: hecho y derecho. La posesión, nos dice el autor, es un poder de hecho y un hecho (el hecho de ostentar tal poder), el que tenga efectos jurídicos, no hace de ella un derecho, sino un hecho jurídico (con lo que se aparta de la teoría de Savigny); pero, a la vez, por razones de conveniencia práctica, ciertas situaciones que no son de poder de hecho producen iguales efectos que éste, y como en ellas el poder que tiene la persona sobre la cosa no consiste en una dominación efectiva, sino sólo en el señorío que le concede la Ley, puede decirse que son casos de posesión como derecho. Estudia a continuación las diversas clases de posesión, así como los modos de adquisición y pérdida, su protección y efectos.

En el capítulo veintitrés de la obra hace un examen general del ciclo de vida de los derechos reales, desde su nacimiento a su extin-ción. Analiza brevemente los diversos sistemas históricos en orden a su adquisición y los modos de adquirir, especialmente la tradición y usucapión, sin olvidar sus interesantes conexiones con el Registro

de la Propiedad. A los clásicos modos de adquirir, apuntados por el Código civil y la doctrina, añade: «la separación de partes del cuerpo humano, si no choca con el Ordenamiento jurídico, la adquisición sobre ellas de un derecho patrimonial (por ej., sangre que se extrae). A nuestro juicio, esta pintoresca forma de adquisición que señala el profesor Albaladejo carece de entidad propia y sería más lógico subsumirla en uno de los modos clásicos (tradicción precedida de contrato, que bien puede ser el de donación). Acoge dos medios de publicidad de los derechos reales: posesión y Registro, aquélla para los muebles y éste para los inmuebles.

En el detalladísimo y meritorio estudio que hace en el capítulo siguiente sobre el derecho de propiedad se detiene especialmente en el análisis de sus limitaciones, distinguiendo entre límites al poder del propietario y limitaciones propiamente dichas. Los primeros constituyen el régimen ordinario de restricciones a que está sometido el poder del dueño, delimitando la extensión normal de ese poder. Las segundas reducen en casos singulares el poder que normalmente tiene el dueño sobre la cosa. Son límites de la propiedad, las que el Código civil califica impropiaamente de servidumbres de utilidad pública, las relaciones de vecindad, la medianería y los derechos reales de adquisición establecidos directamente por la Ley (tanteos y retractos legales). Son limitaciones todos los derechos reales no establecidos directamente por la Ley, las llamadas servidumbres administrativas y las prohibiciones de enajenar. Estudia también en este extenso capítulo la ocupación, accesión, la protección del derecho de propiedad mediante los diversos tipos de acciones; los problemas que plantea la pluralidad de propietarios y las llamadas propiedades especiales.

Entre los derechos reales de goce, a cuyo estudio dedica el capítulo veinticinco, incluye en primer lugar el usufructo, distinguiendo las relaciones obligatorias que nacen del derecho real y las que nacen del acto constitutivo de éste. Se trata, a su juicio, de un derecho perfectamente transmisible, tanto «inter vivos» como «mortis causa». El uso y la habitación, las servidumbres y la «enfitéusis» merecen también, dentro de este capítulo, la atención del autor, así como la arcaica figura del censo, derecho real de goce en cosa ajena, si bien con muchas salvedades. Concluye este capítulo con la sugestiva figura del derecho de superficie.

Al estudiar los derechos reales de garantía (capítulo veintiséis) dedica, como es lógico, especial atención a la hipoteca, entrando con minuciosidad en todos sus detalles, a la luz de los textos legales.

Por fin, el último capítulo está reservado a los derechos reales de adquisición, o sea, aquellos, dice el autor, que facultan a su titular para convertirse en propietario de la cosa sobre que recaen, razón por la que también pueden calificarse de pretensiones de transmisión o poderes encaminados a obtener ésta. Distingue dentro de ellos los de origen legal y voluntario, analizando sus tres típicas manifestaciones: tanteo, retracto y opción.

En suma, una obra clara, sencilla y muy sistemática, que de seguro ha de ser bien recibida en el terreno pedagógico, al que indudablemente va destinada.

FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.

Comentarios a la Ley de Reforma del Sistema Tributario. Inspección General del Ministerio de Hacienda. Madrid, 1965. Un volumen de 708 páginas.

La Inspección General del Ministerio de Hacienda ha publicado estos *Comentarios a la Ley de Reforma del Sistema Tributario* y tiene la obra como objeto principal, según dice su prólogo, «aumentar la información de nuestros funcionarios acerca de la nueva configuración del Sistema Tributario español».

Se divide la obra en cuatro partes. La primera trata de los antecedentes y fundamentos y en ella se incluye el Memorándum sobre la reforma del Sistema Tributario español, remitido por el Gobierno a consulta de diversos Organismos.

Los discursos pronunciados en las Cortes por el Excmo. Sr. Ministro de Hacienda y el Excmo. Sr. Subsecretario del mismo Departamento, y el Preámbulo de la Ley de Reforma del Sistema Tributario.

La segunda parte trata del significado económico, social y jurídico de la Ley de Reforma del Sistema Tributario. Se incluyen aquí cuatro trabajos, que tratan de: «La fundamentación económica de la reforma tributaria», a cargo de don Juan Carlos de Ory Aranaz; «El nuevo sistema tributario y la política social», por don Rafael

Acosta España; «El sistema fiscal español y la política de educación», por don Ricardo Pedreira Pérez; y «Las nuevas estructuras tributarias», por don César Albiñana García-Quintana.

La tercera parte, titulada «Estudio analítico de la reforma del Sistema Tributario», estudia por separado, en forma de monografías breves y comentarios, cada uno de los Impuestos. Son títulos de los trabajos y autores los siguientes: «Objetivos de la reforma fiscal en la imposición directa», por don Francisco Merino Guinea; «La contribución territorial rústica y urbana después de la reforma», por don Rafael Gómez-Aparici Pajares; «Aspectos técnicos en la nueva ordenación de la Contribución Urbana», por don Mariano Gomá Pujada; «El Impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal después de la reforma del Sistema Tributario», por don Bernardo Revuelta García; «El Impuesto sobre las rentas del capital», por don José Rubio y Albarracín; «La licencia fiscal del Impuesto industrial en la Ley de Reforma del Sistema Tributario», por don Ramón Drake Drake; «La determinación de bases impositivas en régimen de evaluación global del Impuesto industrial, cuota de beneficios como tipo de estimación objetiva de bases», por don Juan Barrio de Frutos; «Esquema general del Impuesto sobre la renta de sociedades y demás entidades jurídicas», por don Francisco Ramírez González; «Fondo de previsión de inversiones y regímenes especiales de amortización», por don Julio Monedero y Carrillo de Albornoz; «El gravamen de los beneficios de las personas jurídicas en el Ordenamiento positivo español y la doble imposición internacional», por don Manuel Rozas Zornoza; «El Impuesto general sobre la renta de las personas físicas», por don Alfonso Gota Losada; «Inserción de los impuestos de productos en los generales sobre la renta», por don Joaquín Casanovas Ogué; «El antiguo Impuesto de derechos reales y los nuevos Impuestos generales sobre Sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados», por don Luis Peralta España; «El Impuesto general sobre las Sucesiones», por don José María Tejera Victory; «El Impuesto general sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (Estudio general)», por don Armando de las Alas-Pumaríño Cima; «El Impuesto general sobre transmisiones y actos jurídicos documentados (aumento de valor de las fincas rústicas y urbanas)», por don José Martínez Agulló, Marqués de Vivel; «El Impuesto general sobre transmisiones

y sobre actos jurídicos documentados (actos jurídicos documentados)», por don Leopoldo López-Chaves Sánchez; «El Impuesto general sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (grandezas, títulos, honores y condecoraciones)», por don José Antonio González Bueno; «La imposición indirecta en el ámbito de un verdadero sistema fiscal», por don Félix Ruz Bergamín; «El Impuesto general sobre el tráfico de las empresas», por don José López Berenguer; «Los Impuestos sobre el lujo en la Ley de Reforma del Sistema Tributario», por don Gonzalo Ferré Sempere y don José Luis Correas García; «Los Impuestos especiales en la Ley de Reforma del Sistema Tributario», por don Angel Gregori Malet; «Las Tasas fiscales», por don José López Berenguer; «Los tributos parafiscales», por el mismo autor; «El Timbre del Estado como medio de recaudación en la Ley General Tributaria y en la Ley de Reforma del Sistema Tributario», por don Francisco Guijarro Arriazabalaga; «La incidencia de la Ley de Reforma del Sistema Tributario sobre los gravámenes exigibles en las Aduanas», por don Víctor Castro Sanmartín; «Reestructuración de los gravámenes exigibles en las Aduanas», por don Manuel García Comas.

Por fin, la última parte trata de otros aspectos de la Ley de Reforma del Sistema Tributario. En ella han colaborado don Carlos Cubillo Valverde, con un trabajo sobre «Nuevas normas sobre regularización de balances»; don José M.^a Fernández Pirla, sobre «Concentración de empresas y actividades económicas»; don Antonio Saura Pacheco, sobre «Trascendencia de la Reforma Tributaria en la imposición local española»; don Juan José Perulles Bassas, sobre «Reforma del Sistema Tributario y los Jurados»; y don Fernando Ximénez Soterías, sobre «Sistemas Fiscales extranjeros».

S. DE F.

El caso fortuito y la fuerza mayor, por Francisco Soto Nieto. (Ediciones Nauta. Barcelona, 1965.)

Si el hombre está obligado a todo aquello a que quiso comprometerse no debe estarlo a nada que se realice en contra de su voluntad. Este ha de ser, nos dice el autor, el punto de partida para el estudio del «caso fortuito» y la «fuerza mayor», estudio que inicia con los

rasgos definidores que contornean la noción de ambas figuras y de las diferencias que a la luz de la jurisprudencia y la doctrina las separan. Ni la doctrina negativa de la inexistencia de culpa, ni la positiva de la imprevisibilidad o inevitabilidad de los hechos son capaces por sí solas de ofrecernos un concepto adecuado del «caso fortuito» y la «fuerza mayor», dado que los dos aspectos negativo y positivo, subjetivo y objetivo se complementan y yuxtaponen en uno y otra. Sin tomar partido, resume las diversas teorías formuladas en torno a su distinción, cuestión ésta que no deja de tener interés, pues la legislación positiva alude en ocasiones al efecto exculpativo de uno de los dos eventos con exclusión del otro.

Analiza a continuación las condiciones o requisitos que han de concurrir para que el «caso fortuito» y la «fuerza mayor» tengan virtud de exoneración: hechos imprevisibles o previstos, pero inevitables; imposibilidad de cumplimiento; inimputabilidad del obligado; y finalmente realización por la parte obligada de actos que eviten la agravación de los efectos del evento fortuito. En forma casuística y muy detallada recoge aquí los numerosos supuestos considerados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, llegando a la conclusión de que la extinción de la relación obligatoria y consiguiente liberación del deudor sólo puede tener lugar cuando concurre la más absoluta inimputabilidad en el mismo.

La segunda parte de su estudio está dedicada por el autor a determinar los efectos característicos del caso fortuito y la fuerza mayor; y el alcance de la exoneración de responsabilidad, que se predica como reflejo inmediato de aquellos acaecimientos. La llamada doctrina de los riesgos en los contratos sinalagmáticos, ocupa dentro de ella una atención preferente, dado el apasionante interés que por sus repercusiones prácticas despierta en la doctrina. Si el deudor experimenta un daño que le priva de la cosa debida y el acreedor ha de satisfacer a pesar de ello el precio, quedará afectado doblemente, porque a la frustración del objeto que aguardaba habrá que añadir un cercenamiento de su patrimonio («casus sentit creditor»). Por el contrario, si eximimos al acreedor de entregar el precio, todos los riesgos vendrán a darse cita en el patrimonio del deudor («casus sentit debitor»). Y es que, como dice el autor, son dos cosas distintas el riesgo de la cosa y el riesgo del contrato. El primero es fácilmente determinable atendiendo al vínculo domini-

cal; el segundo, en cambio, encierra toda la enjundia del problema. La clave de todas las dificultades radica en la fijación del momento en que la carga de los riesgos debe desplazarse de uno a otro contratante. Estudia este interesante problema en los Códigos Civil y de Comercio, circunscribiéndolo a la compraventa, como prototipo entre los contratos sinalagmáticos y onerosos.

Añade finalmente diversos supuestos de enunciación legal, tanto en el área civil como en la mercantil, de exoneración de responsabilidad por caso fortuito y fuerza mayor, con determinación de la carga de los riesgos.

Sendos índices de jurisprudencia y legislativo facilitan el manejo de esta obra, esencialmente práctica, en la que el autor, sin abandonar intentos de elaboración teórica, se preocupa con minuciosidad de recoger las soluciones concretas aportadas por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.

Apuntes de Derecho inmobiliario registral, Madrid, 1963-1964, 2 tomos. Autores: CHICO ORTIZ, J. M., y BONILLA ENCINA, J. F.

La dificultad que de por sí encierra cualquier intento de crítica constructiva de una obra de Derecho se incrementa notablemente, si como en el presente caso, el amplio campo sobre el que versa—Derecho inmobiliario registral—se encuentra ya plenamente desarrollado por las aportaciones de nuestros mejores juristas.

Intentaremos por ello su examen, atendiendo a dos aspectos siempre esenciales:

- Nuevas aportaciones que los autores hayan realizado al desarrollo de las Instituciones propias de la materia, y
- Finalidad y utilidad de su publicación.

Al primer aspecto, podrían aplicársele las palabras consignadas en la Exposición de Motivos de la Ley de 1909: «No es esencialmente reformadora ni innovadora»; sin embargo, ello no obsta a que por su elevado rigor científico y sistemático se hagan acreedores estos «Apuntes» a la consideración de muy completo, detallado y actuali-

zado estudio de conjunto de nuestro sistema inmobiliario registral.

Por ajustarse al vigente programa de ingreso al Cuerpo de Registradores de la Propiedad, se dividen, al igual que éste, en tres partes; todas ellas englobadas bajo la denominación de Derecho inmobiliario registral, que es de desear prevalezca frente a la restringida y menos adecuada acepción de Derecho hipotecario.

En la parte primera, y siguiendo el orden del citado cuestionario, se condensa lo relativo a la institución registral, sistemas registrales, principios hipotecarios, desarrollándose, con gran claridad y profusión de doctrinas, las cuestiones suscitadas por los elementos personales de la relación jurídica registral: titular registral y tercero, por sus elementos reales: finca y derechos reales inscribibles, por sus elementos formales: título inscribible y asientos; destaca igualmente el detenido estudio de los problemas suscitados en torno a la deseada concordancia entre la base física de las fincas—Catastro—y la base jurídica de las mismas—Registro—, así como los relativos a la concordancia jurídica entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral y medios para lograrla.

Constituye un acierto el acogerse a la reciente doctrina, que desarrolla la publicidad, en relación con los antitéticos principios de la seguridad del derecho y la seguridad del tráfico; que diferencia, lo que se inscribe—el título—, de lo que se publica—el Derecho—, y el determinar a través de esta publicidad la eficacia defensiva y ofensiva de la inscripción y sus consecuencias fundamentales en nuestro sistema de Registro.

En la segunda parte, destinada al proceso de registración en particular, inscripciones especiales, anotaciones preventivas, cancelaciones, notas marginales, destaca el desarrollo doctrinal de las reformas introducidas últimamente en nuestra legislación con la sintetización de las diferentes posiciones que respecto a ellas se han producido así en materia de adquisiciones por mujer casada, tanto en el régimen común como en el foral, derecho de retorno, de superficie, de elevar o profundizar, la nueva regulación de foros, subforos y censos, el posible reflejo registral del contrato sucesorio del hijo adoptivo, el régimen de minas, montes, etc.

En la tercera parte se examinan las diversas clases de hipoteca inmobiliaria y mobiliaria bajo el signo de la inscripción constitutiva, así como el aspecto orgánico y formal del Registro, finalizando la

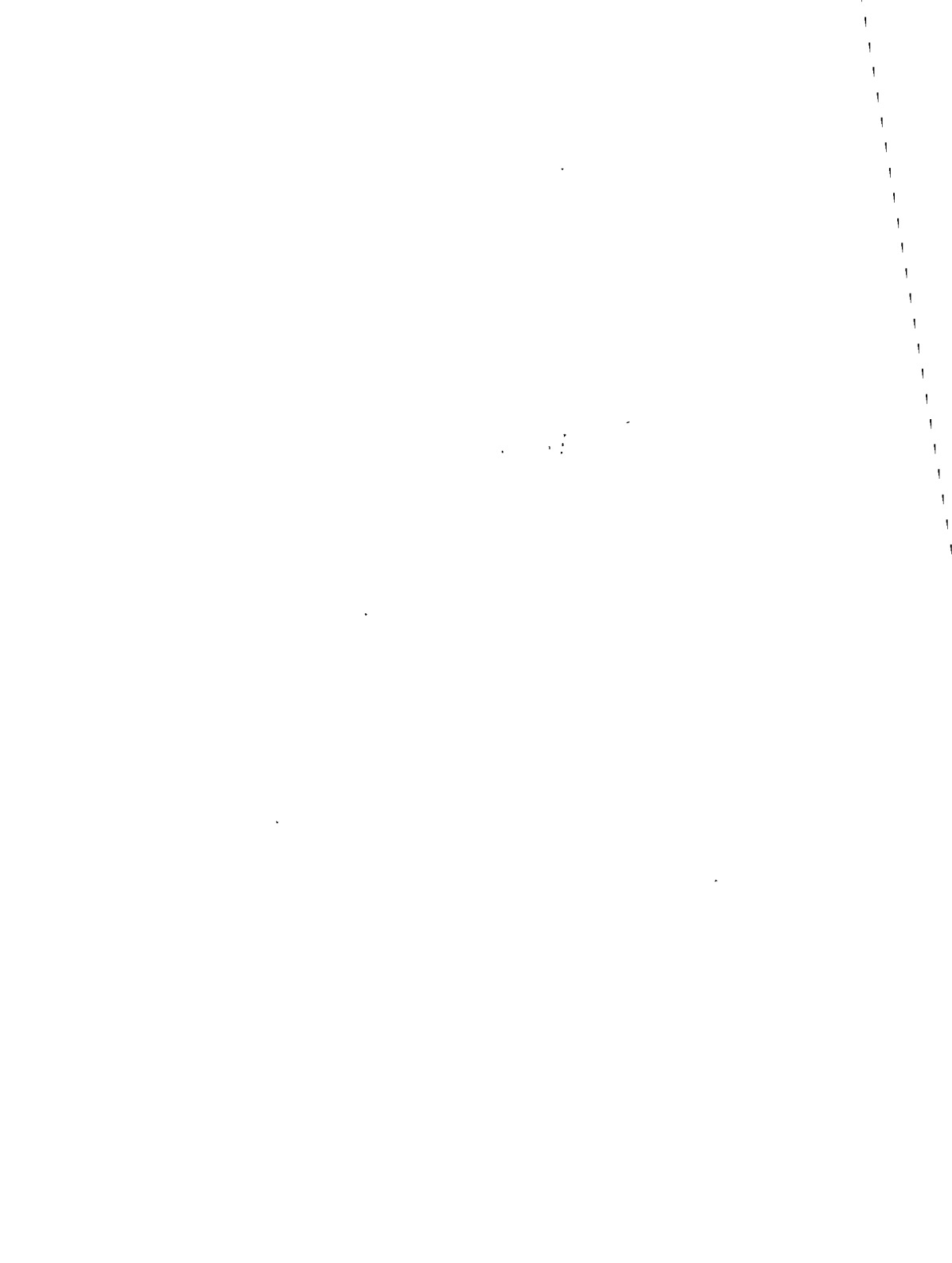
obra con un Apéndice relativo a la materia del Registro Mercantil exigida por el programa de oposiciones.

El segundo aspecto reseñado: finalidad y utilidad de su publicación, es, a nuestro juicio, el más destacado de los *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, ya que presuponen éstos un trabajo serio y consciente de los autores, de trascendencia realmente positiva.

Su mérito principal estriba en analizar y refundir con gran criterio de síntesis no sólo las mejores y más valiosas aportaciones efectuadas en el campo inmobiliario registral, sino también la prolifera legislación relacionada con la materia—Leyes de Concentración Parcelaria, Unidades Mínimas de Cultivo, Montes, Ley del Suelo, Permutas Forzosas, Patrimonio Familiar, Explotaciones Familiares, Vivienda, Expropiación Forzosa, Propiedad Horizontal, etc.—; por consiguiente, aparte de ser una obra de consulta insustituible, representa una indudable ventaja para todos aquellos que pretendan ajustar esta rama del Derecho a las necesidades de tiempo y espacio indispensables en las contestaciones a cualquier programa determinado. Constituyen, a nuestro juicio, estos «Apuntes» un magnífico resumen de nuestro Derecho inmobiliario registral, bastando por sí sola esta labor sistematizadora y compendiadora para mostrar la verdadera valía de dos estudiosos del Derecho y lo injusto de su tardío reconocimiento como tales.

EUGENIO FERNÁNDEZ CAVALEIRO.

REVISTAS



ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Tomo XVIII, fascículo I, enero-marzo de 1965.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS:

Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima, por Juan Vallet de Goytisolo.

Excepciones legales al personalismo de las disposiciones «mortis causa» (I. Sobre el artículo 671 del Código civil), por Antonio Díaz Fuentes.

Estudios de Derecho extranjero.

Algunos aspectos de la domiciliación cambiaria en el derecho uniforme, por Carlos Fernández Novoa.

Notas de Derecho norteamericano: Ley aplicable a los daños extracontractuales, por Alejo Cervera.

Vida jurídica.

I. NOTICIAS:

El espíritu del Derecho foral español y los problemas agrarios de hoy, por Juan Vallet de Goytisolo.

II. DICTÁMENES:

Facultades de los Contadores-partidores para interpretar el testamento, por Juan Vallet de Goytisolo.

REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL Y AMERICANO

Enero-marzo de 1965.

ESTUDIOS:

Aspectos jurídicos del proceso descolonizador en la Organización de las Naciones Unidas, por Adolfo Miaja de la Muela.

Sociedades mercantiles puertorriqueñas, por J. J. Santa Pinter.

Consideraciones en torno a la teoría de las condiciones generales de los contratos y de los contratos por adhesión, por Manuel García-Amigo.

NOTAS:

La vacante del Jefe del Estado en Italia, por Francesco Leoní.

Panorámica de las infracciones contra el Estado, por Domingo Teruel Carralero.

La situación del Juez como garantía de la mejor justicia, por Luis Fernández Martínez Ruiz.

Tulio Ascarelli. El hombre y su obra, por Evelio Verdera Tuells.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Marzo de 1965.

DOCTRINA:

De la contabilidad de los entes autónomos, por Luis Simón Díaz.

La sucesión en las relaciones tributarias, por Alvaro Rodríguez Bereijo.

Crónica financiera.

ESPAÑA:

Política tributaria y presupuestaria en 1964, por Jaime García Añoveros.

PORTUGAL:

Los impuestos directos portugueses después de las recientes reformas fiscales, por Alfonso Rodríguez Sáinz.

Crónica de Iberoamérica.

MÉXICO:

La reforma fiscal mexicana y la derogación de impuestos sobre herencias, legados y donaciones, por Francisco Lozano Noriega.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 94, octubre - diciembre de 1964.

Contribución al estudio del nombre comercial (segunda parte), por Luis Carlon.

La relación contractual de transporte entre las Agencias y sus usuarios; Legislación y condiciones generales de contratación, por Manuel García Amigo.

VARIA:

La noción jurisprudencial de empresa en la C. E. C. A., por Jesús A. Pellicer Valero.

Concepto de corporación en el Derecho de Estados Unidos y de Puerto Rico, por J. J. Santa Pinter.

El desarrollo de la reforma bancaria y crediticia en 1964, por Fernando Vicente-Arche Domingo.

Panorama de Derecho mercantil italiano (1962-1963), por Gerardo Santoni, Francesco Galgano, Alberto Caltabiano, Gaetano Castellano, Giovanni L. Pellizzi, Franca Semiani-Bignardi (Traducción de E. Verdera).

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Enero-marzo de 1965.

ESTUDIOS:

Derecho romano vulgar, por J. Burrillo.

Ni unilateral ni revocable (Aportación a la teoría del negocio), por Pedro Porras Ibáñez.

Consultas sobre teoría general del Derecho. Segunda parte: La conducta humana, por Antonio Carrero Pérez.

FÓRMULAS Y PROBLEMAS DE PRÁCTICA NOTARIAL.

Las Capitulaciones matrimoniales gallegas antes y después de la Compilación de 2 de diciembre de 1963, por Enrique Blázquez Sánchez.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Abril de 1965.

Usura civil y usura penal, por A. Quintano Ripollés.

Las «tierras en exceso» en el conjunto del ordenamiento de la colonización, por José Luis de los Mozos.

Mayo de 1965.

La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar, por Antonio Hernández Gil.

El seguro y la responsabilidad en función de la reparación de los daños producidos en la circulación vial, por Dositeo Barreiro Mourenza.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 247, abril de 1965

PROBLEMAS JURÍDICOS ACTUALES CON MOTIVO DEL PLAN DE DESARROLLO:

SECCIÓN DOCTRINAL:

Limitación de la autonomía de la voluntad en la propiedad horizontal, por Antonio Ventura-Traveset González.

SECCIÓN PRÁCTICA:

El artículo 1.473 del Código civil y la inscripción registral, por Celestino A. Cano Tello.

Número 248, mayo de 1965.

SECCIÓN DOCTRINAL:

Los caracteres de la indemnización expropiatoria y los criterios para valorarla, por Juan Antonio Tamayo Isasi-Isasmendi.

SECCIÓN PRÁCTICA:

La responsabilidad civil subsidiaria de los ejércitos y el nuevo régimen de Seguro Obligatorio de riesgos de la circulación, por Juan Gómez Calero.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Marzo de 1965.

El retracto de colindantes y la legislación de concentración parcelaria, por Gabriel García Cantero.

En torno a la jurisdicción social y su contenido actual. por Fernando Hernández Gil.

Abril de 1965.

Los extranjeros en el Ordenamiento jurídico español, por José Bonnet Correa.

Prevención y tratamiento de la delincuencia juvenil, por Antonio Sabater.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

Números 16 y 17, enero-junio de 1963

SECCIÓN DOCTRINAL:

Reflexiones sobre un sistema de Derecho tributario español, por Fernando Sáinz de Bujanda.

NOTAS Y COMENTARIOS:

Acaecimientos en la mar, por Raimundo Fernández-Cuesta.

Los juegos ilícitos, por Lorenzo Olarte Cullén.

Núm. 18, julio-diciembre de 1963.

SECCIÓN DOCTRINAL:

A propósito de la escuela egológica argentina, por Manuel Rico Lara.

La unificación y la actuación administrativa en la Ley de Procedimiento Administrativo, por Ricardo Ruiz Serramalera.

NOTAS Y COMENTARIOS:

Apuntes críticos en materia de coexistencia pacífica, por M. Aguilar Navarro.

La VI Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Derecho internacional de la coexistencia pacífica, por Julio D. González Campos.

Número 19, enero-junio de 1964.

SECCIÓN DOCTRINAL:

El problema de la «naturaleza de las cosas» en la teoría jurídica, por Günter Stratenwerth.

Aspectos del saber jurídico, por Angel Sánchez de la Torre.

NOTAS Y COMENTARIOS:

Notas sobre la prestación de trabajo del torero y su cuadrilla, por Juan A. Sagardoy Bengoechea.

El estado de necesidad, por Carlos March Delgado.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Enero-marzo de 1964.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS:

Institución de heredero por fiduciario, por Luis Puig Ferrer.

Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán, por Jesús Lalinde Abadía.

La agricultura y la explotación familiar, por Juan Vallet de Goytisolo.

Fundamentos del contrato de corretaje, por Manuel Sapons Salgado.

ESTUDIOS PRÁCTICOS:

Consideración jurídica de las terrazas ante la Ley de Propiedad Horizontal, por Antonio Ventura-Traveset y González.

La tercera instancia en Andorra. La prescripción en las ventas a carta de gracia, por Juan Anglada Vilardebó.

El interés legal en la expropiación forzosa, por José Vázquez Ríchart.

La novela 159 de Justiniano y el artículo 180 de la Compilación, por Santiago Vilaseca Farrés.

Abril-junio de 1964.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS:

Las asociaciones de empresas y la Ley de 28 de diciembre de 1963, por Juan J. Bergos Tejero.

Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán, por Jesús Lalinde Abadía.

Los procesos especiales ante el Tribunal de las Comunidades

européas, por Jesús A. Pellicer Valero.

Recurso administrativo de revisión y recurso contencioso-administrativo: su exclusión recíproca, por Eduardo Vivancos.

ESTUDIOS PRÁCTICOS:

Síntesis de la Compilación Civil foral catalana, por Luis Pérez-Ordoyo Cillero.

Actualidad de los estudios de Derecho agrario, por Agustín Luna Serrano.

Julio-septiembre de 1964.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS:

El error de cualidad en el matrimonio ante la reforma del Código de Derecho canónico, por Jaime M. Mans.

Capitulaciones y donaciones matrimoniales en Derecho catalán, por Jesús Lalinde Abadía.

Gestión de la comunidad ordinaria, por José Peré Raluy.

Las normas procesales en el Derecho administrativo, por José María Pi Suñer.

ESTUDIOS PRÁCTICOS:

Jurisprudencia de Andorra, por Francisco Soto Nieto.

Bibliografía de Derecho penal, por
Eugenio Cuello Calón.

Enero-marzo de 1965.

Octubre-diciembre de 1964.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS:

Notas sobre el secuestro de la empresa, por Joaquín Torres de Cruells.

Incumplimiento de las obligaciones civiles, por José J. Plató Ruiz.

La inhibitoria, por Manuel Serra Domínguez.

ESTUDIOS PRÁCTICOS:

La imposición fiscal en los Bancos de negocio, por Emilio Trillo.

Aplicación indebida del artículo 1.404, 2.º del Código civil, por Rafael Flores Micheo.

El cambio de destino en los locales de negocio y la reforma de la L. A. U., por Juan V. Fuentes Lojo.

La titularidad jurídica de las aguas, por Tomás Guí Morí

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS:

Algunas cuestiones que plantea actualmente el testamento ante el párroco en Cataluña, por Juan Verger Garáu.

La disolución del concepto de actos propios, por Germán Gambón Alix.

Las servidumbres personales discontinuas y el Registro de la Propiedad, por Luis Martínez Calcerrada.

Reconvención y adhesión a la apelación, por José María Martínez Val.

Remarques sobre el Dret interplacetari, por Antoni Pelegri.

ESTUDIOS PRÁCTICOS:

El incumplimiento de los contratos bilaterales de promesa de compraventa, por Sebastián Auger Duró.

Uso indebido de vehículos de motor, por Fernando Díaz Palos.

VALERIANO DE CASTRO.