

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

DEPOSITO LEGAL: M. 968.—1968

Año XXXIX	Mayo-Junio 1963	Núms. 420-421
-----------	-----------------	---------------

Dos conferencias sobre Propiedad horizontal en torno a la Ley de Puerto Rico

Bajo el generoso patrocinio del Departamento de Justicia de Puerto Rico, cuyo Secretario, el Licenciado Hiram Cancio, es un jurista eminente y un incansable luchador por los adelantos de su patria, dictamos este año en el Colegio de Abogados de esta bella y hospitalaria isla un ciclo de tres conferencias sobre la institución jurídica que mayor relieve mundial ha ganado en estos últimos años: la propiedad horizontal, aquí popularizada con el nombre de condominio. Dichas conferencias tienen por objeto principal mostrar en sus esencias y detalles el sistema acogido en la Ley puertorriqueña número 104 de 25 de junio de 1958, estrechamente unido al de la Ley cubana de 16 de septiembre de 1952, que, en gran parte, fué el resultado de los estudios científicos realizados por el exponente.

El auge de la Ley puertorriqueña es tan importante como el alcanzado por la Ley cubana hasta el momento de la invasión roja que sufre mi patria. Además, los Estados Unidos de América están encaminando sus pasos a la finalidad de adoptar en breve la legislación de Puerto Rico sobre la materia. Ya el Estado de Hawaii la tiene recibida y en pleno vigor. Y el Congreso Federal,

abriendo camino a los Estados, ha prescindido de las formas de apariencia cooperativa que allí se practican (Stock-Lease Cooperative and Co-ownership Cooperative) y ha dado *status* al sistema horizontal. La Sección 104 de la Ley Federal de Construcciones, aprobada recientemente por el Congreso, autoriza al Comisionado del organismo nacional conocido por la sigla FHA (Federal Housing Administration) para asegurar las hipotecas que cubran una determinada unidad familiar en un edificio multifamiliar a la cual corresponda un interés indivisible en las áreas comunes y facilidades (elementos) que sirvan al edificio. El reporte número 447 de dicho organismo, al referirse a la enmienda (reforma) introducida por la expresada Sección 104 al Estatuto del FHA dice:

«Los edificios (*structures*) son frecuentemente considerados como condominios. El concepto de condominio es similar al de una cooperativa, con la principal excepción de que cada unidad en un edificio multifamiliar pertenece en propiedad al ocupante y puede ser separadamente gravada por una hipoteca, así como puede ser objeto de traspaso separado. El dueño de una unidad también es titular de una participación en el área común y facilidades (*facilities*) del edificio, tales como el terreno, los cimientos, pasillos, vestíbulos y escaleras. El área común y facilidades (elementos) permanecen indivisas y no están sujetas a división. El mantenimiento necesario de la propiedad y uso de los elementos comunes (*common facilities*) están gobernados por un convenio entre los dueños de las distintas unidades que integran el edificio. Las ganancias y gastos comunes del edificio son distribuidos entre los dueños de las diferentes unidades.»

De la Ley puertorriqueña ha dicho el jurista norteamericano William K. Kerr (graduado en la Universidad de Princeton en 1925 y actual consejero de «The Equitable Assurance Society of the United States») que es un modelo de sencillez y precisión y puede ser leída con provecho por todos los interesados en la materia. También el mismo jurista ha expuesto una síntesis cuidadosa de la Ley en la revista *Lawyers Title News*, fijando en ella las diferencias básicas entre el sistema horizontal y los norteamericanos antes referidos de cooperativas de accionistas bajo arrendamiento y de copropietarios.

Un notable banquero de Detroit, James T. Barnes, ha declarado enfáticamente que muchos hombres de empresa en el campo de la construcción llaman a los condominios «la nueva frontera de la industria de fabricación». Y agrega: «En los próximos diez años se espera que tales proyectos revolucionen la industria de la construcción en los Estados Unidos.»

Creemos que en España ofrezca interés el conocimiento de la Ley horizontal de Puerto Rico, sobre todo por haberse dictado allí el pasado año una amplia Ley que desenvuelve la misma institución y tiene vigencia en toda la península. De ahí que nos acogemos al bondadoso asilo que siempre nos ha brindado nuestro ilustre compañero don PEDRO CABELLO en las páginas de la REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO, que tanto nos hizo amar el sabio maestro don JERÓNIMO GONZÁLEZ.

Al dictar la tercera conferencia hubimos de dedicarla en la forma que ahora extendemos a todo el ciclo, así:

«Si me fuera permitido dedicar estas conferencias a personas que luchan tesoneramente por el engrandecimiento de Puerto Rico, lo haría a quienes sin desmayo son paladines de la iniciativa privada y del espíritu de empresa, a los que invierten sus capitales con la fe puesta en el futuro de la isla, y también a quienes con su trabajo personal, bajo el amparo de las sabias leyes que aquí rigen, llevan a efecto la construcción de los condominios.»

PRIMERA CONFERENCIA

SUMARIO: 1. Cuestión de nombre.—2. Precedentes históricos. a) El hecho remoto. b) Periodo intermedio.—3. La sistematización institucional.

1. CUESTIÓN DE NOMBRE.

No existe aún unanimidad de criterios acerca del nombre más apropiado para esta *nueva* institución jurídica. *Nueva* en cuanto a su sistematización y clara precisión de sus características. Por lo demás, tan vieja, que, como veremos más adelante, su origen lo encontramos dos mil años antes de Jesucristo.

Algunos autores, entre ellos PIERRE POIRIER, la consideran un *condominium*. NAVARRO AZPEITIA, mirando a su forma geométrica, la denomina «parcelación cúbica de los predios urbanos». La mayoría prefiere usar el nombre de propiedad horizontal, en que concurren la propiedad singular y exclusiva de una parcela cúbica o unidad de fabricación, delimitada por dos o más planos horizontales y el condominio anejo, indivisible e inseparable de los elementos comunes del edificio.

Por otra parte, en Cuba llamamos desde hace más de un cuarto de siglo *apartamento* a un tipo de vivienda que reúne los requisitos de construcción necesarios para construir, dentro de un edificio y formando parte del mismo, una verdadera casa o unidad de alojamiento para familia, oficina, taller, etc. La característica de este tipo de vivienda es su plena autonomía dentro del edificio, teniendo inclusive salida directa a la calle o a un espacio de libre tránsito que conduce a la calle.

Pero el vocablo «apartamento» no está reconocido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, aunque en la última edición se le cita como un galicismo (1).

Sobre esta cuestión de nombre solicitamos la opinión de un buen escritor y gramático cubano, miembro de la Real Academia de la Lengua. Nos contestó, en síntesis, lo siguiente:

«... estimo que apartamento es un anglicismo, extensamente difundido a causa de la influencia norteamericana en nuestro país. Tanto es así, que el doctor RICARDO J. ALBARO, en su «Diccionario de Anglicismos», afirma que el referido vocablo es traducción servil del inglés *apartment* y que lleva trazas de arraigarse en el habla castellana. La palabra es también un galicismo, pues el francés *appartement* tiene el mismo significado, por lo cual ZEROLO e IZAZA, RESTREPO y SANTAMARÍA la condenan. A nosotros nos vino por la ruta inglesa. En castellano tenemos dos términos para denominar esa parte de un edificio que se destina a vivienda o habitación. Uno es *apartamiento*, de muy diversas acepciones, tildado de arcaísmo por algunos, aunque el Diccionario de la Real Academia Española no lo reconoce así. El otro es *departamento*. AGUIRRE piensa, con razón, que el uso constante llega a imponer vo-

(1) Recientemente la Real Academia aceptó el vocablo «apartamento».

cablos de exótico origen. En definitiva—concluye—, el pueblo consigna en estos casos discutibles su fácil y referida manera de hablar. Nada de raro tendría que andando el tiempo la propia corporación que «limpia y da esplendor al idioma» aceptara *apartamento*.

Como en nuestros estudios históricos sobre esta institución encontramos algunos textos escritos en latín que emplearon las voces *appartamentum*, *uppartamenta* y *appartamenti*, decidimos adentrarnos en el estudio detenido de la gramática oficial española, es decir, la publicada por la Real Academia.

Y encontramos lo siguiente: La derivación consiste en formar palabras nuevas por medio de sufijos que se añaden al radical de un vocablo que tiene existencia independiente en la lengua. Hay que distinguir dos clases de derivaciones: la *erudita* y la *vulgar*: la primera añade los sufijos al vocablo primitivo en su forma latina y la segunda al vocablo castellano.

Respecto a *miento* y *mento*. Son derivados verbales que denotan acción, efecto, o acción y efecto. Cuando proceden de verbos de la primera conjugación (los que terminan en *ar*) se usa el sufijo *amiento*, y si de la segunda o tercera (los que terminan en *er* e *ir*), se emplea el sufijo *imiento*. Así tenemos: de alumbrar, *alumbramiento*; de acaecer, *acaecimiento*; de fingir, *fingimiento*. Luego en la derivación vulgar o castellana es inobjetable que de apartar proviene *apartamiento*. Pero en los latinos y eruditos—añade la gramática—encontramos el sufijo sin el diptongo, y de ahí que se diga *encantamento* y *salvamento*. (Obsérvese que nuestros usos expresan *encantamiento*, pero dicen *salvamento*, tomando así—según satisface a la fonética popular culta—tanto la derivación erudita como la vulgar.)

En definitiva, señores, estos problemas del idioma, de naturaleza académica, nos llevan a recordar un viejo proverbio francés: *el nombre no hace a la cosa*.

Usaré la voz que es familiar a ustedes: *apartamiento*.

2. PRECEDENTES HISTÓRICOS.

a) *El hecho remoto.*

En un acta del periodo en que gobernó Inmeroum, rey de Sippar, confeccionada unos dos mil años antes de Jesucristo, consta la venta de la planta baja de una casa, quedando el piso superior en el dominio del vencedor. (Así lo revela CUG, en su estudio sobre los contratos que tenían efecto en época de la primera dinastía babilónica.)

Es seguro que otros pueblos del antiguo Oriente conocieron tal forma de propiedad. En el libro siro-romano y en el manuscrito de JULIÁN ESCALONITA—anteriores a JUSTINIANO—aparecen reglas que ordenan las relaciones entre propietarios de viviendas distintas en un mismo edificio.

También los romanos conocieron de situaciones semejantes. Y, a pesar del principio que sustentaban de que lo edificado cede al suelo (*superficies solo cedit*), hay en el *Digesto* pasajes altamente reveladores. Al respecto, dice RACHTER: «... la división de casas por pisos o apartamentos se practicaba en Roma, pues entre los ciudadanos pobres y los ricos había una clase media que sólo habitaba casas de las que fueran propietarios y miraban con horror el hecho de ser inquilinos. Para evitar esa humillación—agrega—se reunían tres o cuatro personas de dicha clase a fin de adquirir una casa, cuya propiedad dividían de la manera siguiente: uno la planta baja o de recepción, otro el primer piso, otro el segundo, y así sucesivamente.»

En el *Digesto* hay dos textos de gran significación: El primero, de PAPINIANO, dice así:

«Tenía uno dos casas que tenían un mismo techo y las legó a dos personas diferentes; dije, porque me parecía lo más cierto, que el techo pudiera ser de los dos, de tal forma que ciertas partes del mismo fuesen privativas de cada uno, pero que no tenían acción recíproca para prohibir que las vigas de la una estuvieran dentro de la otra. Y no influye para nada—añadi—que las casas se legasen a ambos puramente o a uno de los interesados bajo condición.»

El segundo, de ULPiano, expresa:

«Si alguien transmite parte de una casa o de un fundo, no le puede imponer servidumbre, porque ésta no se puede imponer o adquirir por partes. Pero si se dividió el fundo en partes, y así, pro-diviso, transmitió la parte, se le puede a una u otra imponer servidumbre, porque no es la parte de un fundo, sino un fundo. Lo mismo se puede decir de los edificios si el dueño dividiere, como hacen muchos, la casa en dos, edificando una pared en medio, pues en este caso se tienen dos casas. Pero si sobre una casa que poseo hay un cenáculo en el que otro viviera como dueño, el interdicto *Uti possidetis* puede ser utilizado por mí y no por el que ocupare el cenáculo, ya que siempre la superficie cede al suelo. Mas si el cenáculo tuviere acceso por sitio público no se reputa que posee la casa el dueño de la cripta, sino aquel cuya casa estuviese sobre la cripta. Por otra parte, el superficiario utilizará el interdicto propio y las acciones del pretor mientras el dueño del suelo será preferido en cuanto el interdicto *Uti possidetis*, aunque el superficiario es amparado en su derecho por el pretor conforme a la Ley de arrendamiento.»

Los textos transcritos evidencian que los romanos enfrentaron los problemas de la horizontalidad y que, mediante una retorsión curiosa de sus clásicas concepciones jurídicas, protegieron los derechos de propiedad en edificios divididos, otorgando acciones procesales distintas, pero conforme al ordenamiento tradicional de ellos. Y no puede olvidarse que en el año 298 de la fundación de Roma, la Ley Sicilia autorizó a los plebeyos la construcción de casas en el monte Aventino y su división por pisos.

b) *Periodo intermedio.*

Surge la Edad Media y se caracteriza por la regulación de la horizontalidad mediante Ordenanzas.

En Francia, la Ordenanza de Orleáns dispuso (art. 257):

«Si una casa está dividida de tal manera que uno tiene el piso bajo y el otro el alto, el que tiene el bajo está obligado a sostener y conservar lo edificado por debajo de la primera planta, junto

con el del primer piso, y el que tiene el alto está obligado a sostener y conservar la cubierta y lo edificado bajo ella hasta dicho primer piso, juntamente con las carreras del pavimento de éste, si no hay convención en contrario. Serán hechas y mantenidas a expensas comunes las aceras que están delante de las referidas casas.»

Parecidas reglas—escritas en latín—fueron establecidas en la ciudad de Milán (Italia).

Pero también en este periodo intermedio los conceptos clásicos se mantienen inalterables. Y todas las legislaciones se orientan en las ideas de comunidad, o de servidumbre, o de superficie.

En esta época, la propiedad horizontal alcanza un auge enorme en Francia y en España. Grenoble, Rennes, Lyon, Chamberi y Córcega son ciudades francesas en que la división por pisos era ilimitada. Hay el dato interesante de la ciudad de Rennes, que, destruida por un fuego en el año 1720, sus moradores la reconstruyeron en forma de casas con viviendas múltiples, pertenecientes a distintos propietarios.

En cuanto a España, afirmaba don JERÓNIMO GONZÁLEZ que desde Santander a San Fernando y desde Galicia a Cataluña—o sea toda la península—quedó difundido este tipo de propiedad.

Ahora bien: en Francia, bajo la idea de servidumbre, se adoptó la indivisión forzosa y permanente de los elementos comunes; mientras en España la orientación tomó el rumbo de la comunidad de bienes, en cuanto al edificio y a los pisos o departamentos. La conclusión fué que Francia creó un condominio pro-diviso de los elementos comunes al servicio de los pisos o apartamentos y España un condominio pro-indiviso del edificio, sujeto a la acción de división de la comunidad.

Alemania y Suiza acogieron la teoría de la superficie y establecieron un derecho real o gravamen de naturaleza perpetua sobre el terreno a beneficio de los propietarios de los pisos o apartamentos.

En América hay un antecedente muy valioso que pone de manifiesto el tránsito de esta época intermedia a la actual de sistematización de la propiedad horizontal. En Colombia no existía Ley alguna sobre la materia. Y ocurrió que en la ciudad de Túquerres

un terremoto destruyó, entre otras, una casa cuya planta baja correspondía al señor Abel Mena y el piso alto a los señores Alomía.

El caso fué a los tribunales, porque el señor Mena estaba construyendo por sí y para sí sobre el terreno de su planta baja un edificio de dos pisos. Y a ello se opusieron los señores Alomía. El Tribunal Superior del distrito, en vía de apelación, falló a favor de los señores Alomía, ordenando al señor Mena suspender los trabajos y destruir toda obra nueva que excediera del primer piso o comprometiera el aire del pedazo de terreno donde existió la construcción de la planta baja, agregando que si los demandantes se aprovechaban para levantar un nuevo piso de las paredes maestras construidas por el demandado, pagarían a éste la cuota que en proporción a su derecho le corresponde, previa tasación por medio de peritos.

Los fundamentos del fallo son de tipo romano, cuya síntesis dice: hay una yuxtaposición, radicada en un mismo objeto (edificio) de derechos que tiene la naturaleza de comunidad de indivisión forzada, respecto de unas partes de ese objeto y con referencia a las otras partes del mismo (las que no son principales con relación a los distintos dueños) de propiedad privativa.

Este período intermedio mantiene sus orientaciones de stirpe romana. Francia, en el artículo 664 de su Código civil, reafirma su criterio de servidumbre. España, en el artículo 396 de su Código, el de la comunidad de bienes. Italia sigue a Francia. Y Alemania y Suiza, así como Austria, prohíben la división por pisos, que actualmente aceptan sin reservas. En América, Argentina sigue el criterio prohibicionista alemán, que ha superado en este siglo mediante una magnífica Ley de propiedad horizontal.

3. LA SISTEMATIZACIÓN INSTITUCIONAL.

Corresponde a nuestros días. Y produce en todas partes ordenamientos legales específicos, en que la propiedad horizontal aparece con caracteres propios y apartándose de los clásicos moldes romanistas.

Desde un punto de vista sociológico, la propiedad horizontal

tiene su razón de ser en la racionalización de las ciudades. El urbanista francés RAUL DAUTRY dice al respecto:

«Las ciudades modernas, en general, están superpobladas, son malsanas y socialmente peligrosas; sus alrededores son anárquicos y horribles y su vida social no existe. Ambos ahuecan literalmente a sus habitantes, los consumen sin renovarlos. Y la única forma de aumentar el número, la calidad y el rendimiento de los individuos es mediante la aglomeración racionalizada y armónica de las familias en núcleos aireados, llenos de sol, organizados y bien atendidos.»

Jurídicamente, la propiedad horizontal ha cobrado caracteres propios que la convierten en una institución autónoma del Derecho, con las variantes que la peculiar organización política, social y económica de cada nación han introducido en ella. Por orden de fechas, podemos citar las leyes de Bélgica de 1924, de Rumania de 1927, de Brasil de 1928, de Italia de 1934, de Bulgaria de 1935, de Chile de 1937, de Francia de 1938, de España de 1939, de Uruguay de 1946, de Argentina de 1948, de Colombia de 1948, de Bolivia de 1949, de Cuba de 1952, de Puerto Rico de 1953, etc. (2).

Aunque la Ley belga de 8 de junio de 1924—primera dictada sobre esta propiedad—considera que se trata de un *condominium*, regula sus diferentes aspectos como un tipo de copropiedad bastante alejado de la comunidad romana.

Al respecto, dice POIRIER:

«El apartamento es una forma de propiedad individual, con obligaciones colectivas, forma compleja integrada por elementos de diversas modalidades, que van desde el principio absoluto de la propiedad individual hasta el principio relativo del respeto al derecho ajeno... Su conjunto constituye una institución nueva. Para distinguirla de las otras formas patrimoniales sugerimos una denominación clásica: *condominium*.»

El nuevo Derecho se aparta enteramente de los regímenes tradicionales. Actualmente la propiedad horizontal está regulada en

(2) El pasado año España amplió su Ley de propiedad horizontal, estableciendo un sistema que está de acuerdo con las características adicionales de su «propiedad por pisos», comprensivas de las situaciones de hecho—sin convenio expreso—y de derecho—mediante convenio expreso.

casi todos los países de Europa y América como una institución jurídica independiente, con caracteres propios. En principio, se acepta como origen de ella la voluntad de sus titulares. Se armonizan las reglas urgidas de esa voluntad privada con las normas de derecho necesario (*Jus cogens*). Se deslindan o separan claramente los elementos que constituyen la propiedad individualizada y exclusiva de los pisos o apartamentos, de los que integran la propiedad común en estado de indivisión forzosa. Se subordinan expresa e ineludiblemente los elementos comunes al servicio y disfrute de los pisos o apartamentos, como anejos inseparables de éstos. Se determina el costeamiento de los gastos y cargas que afectan al edificio en su totalidad, siguiendo criterios de igualdad, proporcionalidad o de libre pacto, entre los que forman el consorcio de propietarios. Se fijan reglas de imperativo cumplimiento para todos los propietarios, en cuanto a la administración general del edificio, su destino, cumplimiento de las condiciones esenciales a toda vivienda múltiple, debida atención de la unidad en que existe la propiedad exclusiva, régimen de seguro, medidas de cautela, etc.

En el pasado, la propiedad horizontal se apreciaba como un simple hecho, al que se aplicaron las normas de instituciones jurídicas en uso. En los días presentes se considera que dicha propiedad tiene existencia propia y diferente de las demás instituciones del Derecho tradicional, aunque no deja de advertirse, en determinados aspectos, algunas semejanzas entre una y otra.

Pero, antes de adentrarnos en el estudio de la propiedad horizontal como institución jurídica autónoma—lo que, Dios mediante, llevaremos a cabo en la próxima conferencia—, nos referiremos a las necesidades humanas y la vivienda.

La vivienda tiene diversos aspectos que deben tomarse en consideración. En estos días resulta indispensable unir y apreciar los factores individuales y colectivos, conforme al sentido y significación de la vida moderna. Hay un bello ideal: la ciudad jardín, utopía que conviene recordar a menudo para orientar las nuevas construcciones. Es la ciudad espaciosa, llena de luz y alegría, con grandes avenidas y excelente sistema de tránsito, de aceras muy amplias y muchos jardines, sembrada de árboles por todas partes;

de grandes y bellos parques y, sobre todo, de casas muy higiénicas y confortables.

Otros lugares—como Nueva York—no pueden alcanzar ese ideal, y el espíritu constructivo de sus habitantes (junto al gran desarrollo económico del país) coordina las posibilidades del medio. Así surgen los rascacielos, el tránsito subterráneo y el de elevados, un inmenso parque central y zonas bien clasificadas de movimiento y desahogo humano. Son maravillosas ciudades artificiales.

Y hay también regiones que crecen según la realidad económica de los pueblos lo permite, aunque sabiamente las autoridades planifican dicho crecimiento. Estas ciudades van ensanchándose de acuerdo con el aumento de su prosperidad material. Así son, en sentido general, las grandes y medianas urbes de nuestra América latina. Y en ellas ya está presente el edificio gigante, de múltiples actividades humanas, que constituye, dentro de la grande o mediana población, una ciudad satélite.

Las casas de apartamentos, destinadas a viviendas, oficinas y comercios, están en dichos centros urbanos facilitando, en no escasa medida, la manera de resolver la crisis del alojamiento.

La vivienda tiene importancia decisiva en los días en curso. Así lo ha puesto de manifiesto el sociólogo W. LLOYD WARNER, profesor de la Universidad de Chicago, quien hubo de basar, en su magnífica obra *Yankee City*, en la vivienda y su naturaleza el más alto porcentaje (de un 40 a un 50 por 100) de sus deducciones sobre las clases sociales norteamericanas.

LLOYD WARNER señala cuatro elementos básicos para el estudio de la vivienda: el tipo de casa (estructura, tamaño, condiciones, panorama que la circunda, etc.); el vecindario o área en que el inmueble está situado; las vías de comunicaciones, y el desenvolvimiento económico del lugar.

Es, pues, de suma importancia considerar dos puntos esenciales en el problema de la vivienda: la ciudad y su región, por un lado, y la casa de hoy y de mañana, por otra parte.

En cuanto al primer extremo, nada mejor que recordar la Carta de Atenas en materia de urbanismo. De ella seleccionaremos las afirmaciones siguientes:

1.ª La ciudad no es otra cosa que una parte del conjunto económico, social y político que constituye la región.

2.^a Las dimensiones de todos los elementos en el dispositivo urbano no pueden ser regidas más que por la escala humana.

3.^a Las claves del urbanismo se hallan en las cuatro funciones: habitar, trabajar, divertirse (tiempo libre) y circular.

4.^a En el ciclo de esas funciones cotidianas (habitar, trabajar, divertirse y circular) el urbanismo considera la vivienda como el centro mismo de las preocupaciones y el punto de enlace de todas las medidas.

5.^a En ciudades compuestas de edificios de pocos pisos la densidad de construcción es aún más perjudicial que la densidad de población.

6.^a Las distancias entre los lugares de trabajo y de vivienda deben reducirse a un mínimo.

7.^a Los edificios íntimamente unidos a la vida urbana, de donde proceden directamente, pueden ocupar lugares claramente asignados en el interior de la ciudad.

8.^a El rascacielo aislado, debida y artísticamente concebido, constituye una individualidad envidiable de los distritos de ciudades modernas.

9.^a El núcleo central del urbanismo está constituido por una célula, la casa o vivienda, y por su inserción en un grupo, formando una unidad de residencia, de tamaño suficiente para constituir una unidad funcional, debidamente conectada con las unidades vecinas.

Al tratar del aspecto segundo—la vivienda de hoy y la de mañana—, lo primero que viene a nuestra mente es la frase de WINSTON CHURCHILL: «Damos forma a nuestras viviendas y luego nuestras viviendas dan forma a nuestras vidas.» HOWARD MYERS ha dicho: «Usted no puede encaminarse hacia el futuro caminando hacia atrás.» Por esto, los grandes arquitectos de nuestros días—como NELSON y WRIGHT—estudian la vivienda desde tres puntos de vista: como hecho social, como hecho psicológico y como estilo moderno.

Si la vivienda fuere simplemente una serie de maderas y piedras no resultaría muy difícil elaborar un plano eficaz, dicen NELSON y WRIGHT. Y agregan: si la comparamos con un avión moder-

no, es un problema sencillo, Pero la vivienda es de mayor complejidad que una estructura técnica. Es un hecho social. Y como tal, está sujeta a diarios y rapidísimos cambios. En épocas pretéritas, cuando la familia vivía con gran cantidad de niños en ciudades pequeñas, cuando el esparcimiento se procuraba en el mismo hogar, la regla fué una gran cantidad de habitaciones. Lo que hoy llamamos eficiencia carecía de relieve, porque el ritmo de la vida era lento y los niños ayudaban en los quehaceres domésticos a medida que crecían. La conclusión estaba en que la dueña de casa común poco tenía que hacer, aparte de criar y atender el hogar. Pero actualmente—continúan expresando dichos arquitectos—esta situación sólo es mantenida en las regiones rurales mas atrasadas o aisladas. En estos días, una gran parte de la recreación se ha desplazado del hogar hacia los cines, hoteles, iglesias, clubs, centros cívicos, universidades y otras instituciones que apenas existían antes. Ahora, cuando los hijos crecen, tratan de obtener un empleo y no se quedan en la casa para ayudar a hacer la limpieza y demás labores domésticas. Y las estadísticas ponen de manifiesto que en muchos lugares las madres también trabajan. Es, por todo ello, muy difícil de vislumbrar cómo la vivienda puede adaptarse en forma eficaz a la nueva situación. Tal es la tarea de hoy y de mañana.

En muchas grandes ciudades del viejo y del nuevo mundo el gran edificio multifamiliar está contribuyendo poderosamente a resolver la nueva situación. Y de igual manera los nuevos sistemas de urbanización o repartos constituyen medios adecuados a esa finalidad. En Estocolmo, por ejemplo, las casas de multivivienda tienen de ocho a diez pisos y están dotadas de *roof-garden*, terrazas, nu-series, consultorios, soleados salones de juegos, salas de aislamiento, etc. Lo curioso de estas grandes construcciones suecas es que las familias con ingresos de 1.500 ó 3.000 dólares anuales disfrutan de mayor libertad en su vida diaria que muchas personas de otros países cuyas entradas son hasta tres o más veces mayores.

De lo expuesto derivamos dos conclusiones básicas:

- 1.ª La existencia de funciones en la vida moderna que ningún hogar aislado, por moderno que sea, puede satisfacer plenamente, y

2.^a La comprensión de que ciertas funciones del hogar requieren modificaciones en el plan de alojamiento cuando las mismas son realizadas por la organización de una multivivienda.

Ante el hecho social de la vivienda, hay en estos días en curso una respuesta de solidaridad humana, mediante el edificio de múltiples apartamentos y diversos elementos comunes que, según los casos, pueden limitarse a servir el uso y disfrute de dichas unidades de propiedad privada o, como se hizo en el edificio Focsa, de La Habana, extender dichos elementos comunes a un conjunto de áreas para el recreo y el confort: piscinas, salones de reunión, jardines, lugares para el esparcimiento de los niños, etc. Y si a estas áreas se unen las de comercio, peluquerías, restaurantes, cines, etc., surge, como en el ejemplo propuesto, una verdadera ciudad satélite.

Como hecho psicológico, es difícil enjuiciar la vivienda, pues de antiguo está dicho que «cada persona es un mundo». Sin embargo, cuando una persona compra un automóvil—por ejemplo—no es muy acertado afirmar que sus emociones están grandemente afectadas por la transacción. Y es que quien compra un automóvil sólo tiene la idea de conservarlo algunos años. Y aunque hay casos en que las personas se acostumbran a su automóvil, en contadas ocasiones ocurre que alguien sienta una gran angustia por cambiar su carro de años anteriores por un nuevo y reluciente modelo.

Pero la vivienda es algo enteramente diferente. Respecto a ella, todos hablamos diariamente de la «casa soñada». Y aunque tal sueño tiene mucho de fantasía, es evidente que él representa nuestros deseos. Sobre todo nuestro deseo de tener una casa propia, una vivienda que se ajuste a las necesidades nuestras. Y las necesidades nuestras son, en gran parte, las mismas del grupo social en que nos desenvolvemos, en íntima relación con los adelantos de la época (radio, televisión, aire acondicionado, etc.). Y, claro está, a ello debemos agregar las necesidades de nuestro particular estilo de vida, o sea: de nuestras ideas sobre el mundo circundante. Al abordar el estilo de vida nos situamos en el tercer aspecto, que se refiere a la vivienda como estilo moderno.

Nadie puede hacer retroceder el tiempo. De ahí que al proyec-

tar nuesira vivienda de hoy debemos encontrarnos a nosotros mismos, como personas de este siglo, con nuestros problemas, nuestros recursos y las posibilidades técnicas a nuestro alcance. No hay—dicen los mejores arquitectos—otra forma de obtener una buena casa, bien sea aislada o en multivivienda.

El individuo, al elegir su casa, revela su personalidad y realiza un acto altamente expresivo de su cultura. Por esto, los grandes arquitectos dicen, en sentido metafórico, que se puede uno vestir como los demás y al mismo tiempo tener personalidad propia. Cuando las familias son parecidas, añaden, también lo serán sus casas; y si son diferentes, es lógico que sus casas lo revelen. Pero cada vivienda tendrá, en todo caso, el sello inconfundible de su propietario.

Las construcciones modernas son fielmente reveladoras del estilo moderno y del carácter funcional de las viviendas; mientras la vivienda tradicional está hoy en desacuerdo con los problemas que presenta la vida diaria. Obsérvese que, en cuanto a ésta, muy pocas son las casas que pueden satisfactoriamente afrontar las demandas que los días en curso plantean a las familias.

En cambio, la vivienda de mañana, de un mañana que hace varios lustros empezó a vivirse, se construye con arreglo al estilo moderno. Y a éste pueden adaptarse las casas tradicionales, aunque debe distinguirse con claridad el significado de adaptación del correspondiente a las nuevas edificaciones.

En cuanto a las casas de apartamentos en propiedad horizontal, es preciso—indispensable—que cada adquirente de cualquier unidad sepa lo que compra.

Es preciso que el comprador de un apartamento conozca bien las condiciones del edificio en que su unidad está enclavada. Las áreas de circulación, la calidad de los ascensores, la forma y consistencia de las escaleras, las áreas de ventilación, el sistema de entradas y salidas, las áreas verdes, la organización y funcionamiento de los garajes, el servicio de incineración de basuras, los servicios de electricidad, luz, gas, agua fría y caliente, refrigeración, cisternas, tanques, bombas de agua y sus similares, y, en fin, todas las instalaciones que constituyen—o deben constituir, según la construcción de que se trate—los elementos comunes del edificio, incluyendo las instalaciones de emergencia.

También debe todo adquirente leer cuidadosamente el reglamento del edificio y fijarse bien en todas y cada una de las normas que regirán—o rigen—la administración de la multivivienda.

Y, además, mirar repetidas veces y con el mayor detenimiento la unidad o apartamento que compra, al objeto de conocer con exactitud si el mismo reúne los requisitos de higiene, amplitud y confort apetecidos.

Dos puntos hay que los compradores de apartamentos suelen pasar inadvertidos y que tienen importancia excepcional: comprobar la bondad y solidez de la construcción, en todos sus aspectos, y tener cabal conocimiento, según las escrituras y el reglamento, de sus derechos sobre los elementos comunes, principalmente los garajes.

A todo ello debe prestarse la más cuidadosa atención, teniendo muy presente el viejo proverbio español, que dice: «Más vale pre-caver que lamentar.»

SEGUNDA CONFERENCIA

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Aspecto institucional.—3. Documentación y registro.—4. Obras en proyecto o en construcción.—5. El edificio y los apartamentos.—6. Hipoteca potencial.—7. Elementos comunes.—8. Módulo de proporcionalidad.—9. Resumen.

1. INTRODUCCIÓN.

Como la Ley puertorriqueña número 104, de 25 de junio de 1958 tomó de modelo a la cubana número 407, de 18 de septiembre de 1952, nos parece interesante exponer ante ustedes cómo nació la Ley de Cuba.

En nuestro país, los estudios realizados, que culminaron en el Decreto presidencial número 2.890, de 22 de septiembre de 1950, y en la expresada Ley 407, fueron patrocinados por la Asociación Nacional de Registradores de la Propiedad. Dicha Asociación designó en el año 1950 una Comisión integrada por los Registradores

José Manuel Soublete y Sostre, Dámaso Pasalodos y Flebes, Pero G. de Medina y Sobrado, Gustavo Alonso y de la Torre y el exposante. Reunida la Comisión, hubo un amplio cambio de impresiones y se acordó que el manifestante redactara las consideraciones previas y bases preliminares que serían sometidas a la Junta general de Registradores, para la dilucidación de la posibilidad o no de organizar en Cuba, en forma inicial y mediante normas reglamentarias de carácter general, cuanto es concerniente a los lineamientos senciales de esta institución. El dicente, apoyado por los compañeros Soublete y Pasalodos, sostuvo que, aun cuando lo ideal sería que el Congreso legislara sobre la materia, nada se oponía a que, a manera de legislación pionera, y para que las clases económicas de la nación se interesaran en el establecimiento de este nuevo tipo de propiedad, se efectuaran los correspondientes estudios y en virtud de ellos fuera dictado el oportuno Reglamento.

Nuestro informe ante la Junta general de Registradores presentó la situación legal existente en aquel momento y el mejor camino que estimábamos debía seguirse. Dice así:

«La propiedad horizontal tiene un precepto de regulación legal en el Código civil. Pero tal precepto, redactado en el pasado siglo, está inserto en el Título del Código que trata sobre la comunidad de bienes, y ello produjo la consecuencia interpretativa de ser considerada dicha propiedad como una de las formas de la expresada comunidad, que puede disolverse a voluntad de cualquiera de los propietarios (sentencias del Tribunal Supremo de España de 18 de marzo de 1897, 8 de enero de 1912 y 11 de noviembre de 1927, entre otras), al propio tiempo que llegó a estimarse que no es posible la división de esos inmuebles (sentencia de 14 de junio de 1895) y que debía constar en el Registro lo referente a tales inmuebles, no sólo precisando la porción ideal de cada condominio, sino la naturaleza, extensión y condiciones de los derechos creados en cada caso particular (resolución de la Dirección de los Registros de 3 de julio de 1917). La interpretación señalada corresponde a la jurisprudencia española, pero es bien sabido que nuestro Código civil es el mismo de España, con las ligeras modificaciones que se le han introducido durante los cincuenta años de República. No hemos encontrado jurisprudencia cubana acerca

de las cuestiones expuestas. Mas, en materia gubernativa-hipotecaria conocemos dos resoluciones del Tribunal Supremo de Cuba que, sin contradecir la vieja doctrina española, aceptan la inscripción en el Registro de varios inmuebles urbanos como una sola finca, admitiendo implícitamente la posibilidad de situaciones parecidas a la horizontalidad inmobiliaria. La primera es de fecha 3 de mayo de 1928 y dice: describiéndose la finca del caso como compuesta de treinta y cuatro casitas o accesorias, formando un solo cuerpo de edificio construido dentro de los linderos de un paño de terreno, es visto que se trata de una sola finca, por ser dichas accesorias partes continuas de un todo dentro de los linderos correspondientes, sin interrupción de calles o terrenos destinados a usos públicos o de propiedad ajena. Y la segunda es de fecha 24 de diciembre de 1935 y expone: según la resolución de 3 de mayo de 1928, se ordenó la inscripción como una sola finca de un cuerpo de edificio compuesto de treinta y cuatro casitas, por el fundamento de que estaban fabricadas en un terreno que formaba lo ocupado por cada una de ellas, partes continuas de un todo dentro de sus linderos correspondientes sin interrupción de calles o terrenos destinados a usos públicos o de la propiedad ajena, estableciéndose la doctrina de que nuestro sistema hipotecario está basado en superficies deslindadas, formando cada una en el Registro de la Propiedad una finca, por lo que la casa que está fabricada en la superficie o terreno inscrito en finca especial y separada, forma con el terreno una sola finca, y en caso de fabricarse otra casa, no formará ésta finca distinta, mientras no se haga la división o segregación del terreno que la nueva edificación ocupe como parte de la cabida de la primitiva finca; y el propietario, no obstante esa edificación, es libre de hacer o no la segregación y descripción de la nueva finca, con tal de que permanezca siendo dueño de la totalidad del terreno, salvo, desde luego, el caso de que se hayan dejado entre los edificios existentes, pasajes, caminos o calles de uso público que dividan o separen aquéllos, pues en tal supuesto, estaría obligado el propietario de los edificios así separados o aislados a inscribirlos como fincas distintas, por el consabido principio hipotecario que reza «una sola casa, un solo derecho de propiedad».

El precepto a que aludimos al comienzo de este informe es el

artículo 396 del Código, que supone el caso de pertenecer los diferentes pisos de una casa a distintos propietarios. Y regula la manera de contribuir todos los propietarios a las obras necesarias del edificio. Tal disposición legal sigue a la regla que fija el artículo 395 del propio Código, de que todo participe está obligado a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho en común, pudiendo únicamente eximirse de ese deber si renuncia a su participación (esta renuncia es completamente inoperante en el sistema actual de la institución). Se establece, pues, una obligación *propter rem* que, conforme al Libro XVIII, Título 2, Ley 52, párrafo 10 del *Digesto*, si transcurrieran cuatro meses sin abonar las obras un condueño, perdía el mismo su parte en la comunidad.

La regla del artículo 396 atiende, en primer término, a los títulos de propiedad, es decir, a la voluntad de las partes, y, a falta de la misma, ordena seguir un criterio de contribución proporcional al valor del piso, igual o por prorrateo y proporcional al uso, respectivamente.

Por otra parte, es consecuencia directa de toda comunidad clásica el estado de pro-indivisión, que significa la facultad atribuida a los copropietarios para solicitar en cualquier tiempo la división de la cosa común, aunque, según el artículo 400 del Código, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años, prorrogables mediante nueva convención. Cuando las cosas no son divisibles porque ello equivale a variar la forma del pro-indiviso (según se dijo la precitada sentencia de 14 de junio de 1895), es de aplicación lo establecido en el artículo 404 del propio Código, que dice: si las cosas fueren esencialmente indivisibles y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás, se venderán y repartirán sus precios.

La discusión de los juristas estuvo centrada en el supuesto del Código, o sea en el simple hecho de pertenecer una casa a varias personas por pisos. Algunos estimaron la comunidad global que interpretó el Tribunal Supremo de España. Otros, tomando por base los antecedentes extranjeros del precepto legal (arts. 664 del Código civil francés y 562 del italiano), defendieron la naturaleza especial de la propiedad que el artículo presupone. En este sentido, SCAEVOLA dice: el precepto supone la coexistencia de dos clases de

propiedad, individual o singular y común; este doble carácter se refleja en el derecho de la persona, su propiedad es doble. Y añade: el dueño de un piso es propietario individual en lo que al piso concierne y comunero respecto a las demás cosas; pero es una comunidad especial que ha de regirse por ley también especial, no por la de la propiedad individual, ni por la común, propiamente dicha. Parecido criterio sustentó el gran hipotecarista don JERÓNIMO GONZÁLEZ, rechazando la interpretación hecha por el Tribunal Supremo de España, ya que, dijo, no pondera debidamente la fuerza normativa de las fuentes legales, ni el valor que, como precedentes, tienen los Códigos francés e italiano, así como la doctrina de la medianería vertical y horizontal, pues el supuesto regulado por el artículo 396 del Código civil pasa por encima del precepto contenido en el artículo 400 del mismo cuerpo legal, sobre el carácter absoluto de la acción *communi dividundo* y responde a una tradición constante y a una realidad innegable.

Es curioso observar que los juristas galos consideran más expícito y claro el artículo 396 del Código civil español que su correlativo el artículo 664 del Código civil francés, afirmando categóricamente (según puede leerse, entre otras obras, en el conocido y notable *Tratado de Derecho civil francés*, de PLANIOL y RIPERT) que la casa dividida por pisos o aparcamientos no se encuentra en estado de copropiedad, pues cada uno de los propietarios tiene derecho exclusivo y completo a su piso o apartamento, pudiendo ejercitar sobre el mismo todos los derechos de un dueño, excepto los que se deriven de obligaciones resultantes de las relaciones especiales de vecindad a que está sometido. Y agregan que al mismo tiempo determinadas porciones o elementos del inmueble se hallan en estado de indivisión forzosa, por lo cual existe una superposición de propiedades distintas y separadas junto al condominio que afecta a las partes comunes por fuerza constitucional o por destino, y siempre en relación subordinada, en la que el piso o apartamento es lo principal e independiente.

Nosotros advertimos que todos los artículos del Código civil español, cuando se refieren a la comunidad global, usan los vocablos «participes», «copropietarios» y «condueños», mientras al referirse al supuesto de la hoy llamada propiedad horizontal, dice el artículo 396: «CUANDO LOS DIFERENTES PISOS DE UNA CASA PERTE-

NEZCAN A DISTINTOS PROPIETARIOS.» Y también advertimos el supuesto admitido en el artículo 398 del mismo Código, donde está claramente distinguida la concurrencia simultánea de la propiedad singular, exclusiva y única, como la copropiedad o condominio. Este precepto refiere las reglas de administración a la parte en comunidad, expresando en su último párrafo lo siguiente: cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a algunos de ellos y otra fuere común, sólo a ésta será aplicable la disposición anterior (el régimen de administración de las cosas comunes).

En conclusión, proponemos a la Junta general de Registradores, como fórmula jurídica de solución, y en espera de la nueva Ley, sustituir o ampliar el supuesto de hecho que ocasionó la vieja doctrina judicial española POR UNA REALIDAD CONTRACTUAL PERFECTAMENTE ESTABLECIDA Y PACTADA CONFORME A NORMAS REGLAMENTARIAS. En otras palabras, el Código supone el hecho de pertenecer los pisos de una casa a distintos propietarios. Y yo propongo que se otorgue a esa situación de hecho, surgida de convenios sin adecuada ordenación legal, todas las garantías del régimen inmobiliario registral y, en su consecuencia, se conceda a tal supuesto la protección normativa necesaria para que en los contratos se pacte, de modo concreto y específico, la singularidad dominica de los pisos o apartamentos, junto al condominio subordinado y en estado de indivisión forzosa de los elementos comunes al servicio de tales pisos o apartamentos. Y esta protección ha de responder, según nuestro criterio, a los principios siguientes: 1), respeto a las relaciones contractuales; 2), plena garantía a esas relaciones conforme a pactos expresos; 3), propiedad individual y exclusiva de los pisos o apartamentos; 4), propiedad común o copropiedad en estado de indivisión forzosa de todos los elementos comunes generales o limitados al servicio de los dichos pisos o apartamentos; 5), subordinación de la propiedad común antedicha a la individual y exclusiva de los pisos o apartamentos, como anejo inseparable; 6), costeamiento proporcional, según el valor de cada piso o apartamento, de cuanto concierna a los elementos comunes; 7), determinación clara y precisa de las unidades construidas y de los elementos comunes; 8), sistema de administración, y 9), régimen de cautela que asegure el cumplimiento de lo esta-

blecido, manteniendo la vigencia de los pactos y el mejor funcionamiento de la multivivienda.»

La Junta general de Registradores nos hizo el honor de aprobar, por unanimidad, el anterior informe. Y pidió a la Comisión que continuara la obra emprendida.

En efecto, la Comisión continuó sus trabajos, en base de una ponencia hecha por el manifestante, que luego de discutida ampliamente e introducirse en ella algunas modificaciones, recibió la aprobación de la Junta general de Registradores y produjo el Decreto presidencial número 2.890.

Después, la Asociación Nacional de Registradores aportó a la VII Conferencia Interamericana de Abogados, que tuvo lugar en el mes de noviembre de 1951 en Montevideo, República del Uruguay, una ponencia del manifestante sobre «DESARROLLOS ACTUALES DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL», que fué acogida con general beneplácito y produjo los acuerdos siguientes:

Primero. En la regulación jurídica de la propiedad horizontal conviene hacer primar los reglamentos, que establecerán de manera general los derechos y obligaciones de los copartícipes y que deben tener fuerza jurídica respecto a cualquier adquirente de derechos de copropiedad, para lo cual deberán inscribirse en los Registros de la Propiedad Inmueble, estableciéndose las condiciones de su modificación.

Segunda. La Ley debe propender al desarrollo de organizaciones cooperativas que tengan por finalidad construir edificios de copropiedad, facultándolas para gravar la totalidad de los mismos, aun antes de su construcción.

Tercera. Es conveniente que el administrador quede instituido de la representación de los condominios, con el consentimiento y aprobación de los mismos, ante los tribunales de justicia y autoridades administrativas, para actuar como actor o demandado, dándosele amplios poderes en todo lo relativo a la vigilancia y aseguración de que los copartícipes hagan el debido uso de la cosa.

Cuarta. Recomendar a los Estados americanos que tienen incorporados sistemas de propiedad horizontal en sus leyes que adopten disposiciones estrictas en cuanto a las unidades en cons-

trucción y negocios; a fin de que los compradores de esas unidades en fabricación no sufran pérdidas indebidas.

Quinta. Recomendar a la Asociación Uruguaya de Abogados que las diferentes situaciones y la experiencia ganada en los distintos países donde la propiedad horizontal ha sido establecida sean estudiadas, al objeto de fijar un sistema uniforme que sirva como base para la mejor protección de los compradores de las unidades en construcción. Y que un informe con las indicaciones pertinentes sea sometido a la VIII Conferencia.

Los dos últimos extremos fueron abordados en la VIII Conferencia, celebrada en Sao Paulo (Brasil) en el año 1954, sobre la base de una ponencia del dicente, que también aportó la Asociación Nacional de Registradores de Cuba. Y se adoptaron los acuerdos que allí propusimos, y a que más adelante nos referiremos, al tratar sobre la hipoteca potencial.

En 1952, la Asociación de Registradores nos pidió que hiciéramos una ponencia a fin de convertir el Decreto 2.890 en ley. Así lo hicimos y luego de muy amplia discusión sobre los múltiples puntos de la ponencia que elaboramos, fue aprobado, con algunas modificaciones, el proyecto que ella contenía y el mismo sirvió de texto a la Ley 407 de 18 de septiembre de 1952.

Por todo lo expuesto, nos parece correcto afirmar que, habiendo la Ley 407 de Cuba servido de modelo a la Ley 104 de 25 de junio de 1958, de Puerto Rico, al abordar inmediatamente el estudio de la propiedad horizontal y de la dicha ley 104, en no pequeña parte hablaremos de nuestra propia obra.

2. ASPECTO INSTITUCIONAL.

La propiedad horizontal es, según afirmamos en la conferencia anterior, una institución jurídica autónoma con caracteres propios, en que concurren la singularidad dominica del apartamento y los elementos comunes del edificio en que el apartamento está enclavado.

Al objeto de precisar bien tal autonomía y, con ella, los caracteres propios de la propiedad horizontal, debemos considerar los principios básicos que la rigen:

- 1) Inversión de la accesoriedad.
- 2) Condominio pro-diviso.
- 3) Indivisibilidad e inseparabilidad de los elementos comunes del edificio (anejos inseparables de los apartamentos). Derechos subjetivamente reales.
- 4) Accesoriedad de dichos elementos comunes.
- 5) Los elementos o cosas comunes integran una comunidad (*condominium*) reglada.

El principio tradicional de que el vuelo (lo fabricado) cede al suelo está radicalmente alterado en la propiedad horizontal. En ella lo principal es el edificio y más concretamente los apartamentos. Lo demás es accesorio. La horizontalidad es, sencillamente, un tipo de propiedad dividida, en que los apartamentos son fincas bien singularizadas que forman un conjunto de unidades inmuebles, servidas en común por las pertenencias y partes integrantes del inmueble, necesarias o convenientes para la existencia, seguridad y conservación de la multivivienda construida.

El artículo 3 de la Ley 104 de 25 de junio de 1958 dice: «A los efectos de esta Ley, se entenderá por apartamento la construcción que ocupe todo, o parte de un piso, en un edificio de uno o varios pisos o plantas, bien se destine lo fabricado a viviendas, oficinas, explotación de alguna industria o comercio o a cualquier otro tipo de aprovechamiento independiente, siempre que tenga salida directa a la vía pública o a determinado espacio común que conduzca a dicha vía.»

El artículo 3 de la Ley cubana tiene el mismo texto del transcritto precepto de Puerto Rico, salvo en que aquélla se refiere a la construcción que ocupe todo o parte de un piso o *de más de uno*, y la de aquí suprime lo referente a *de más de uno*, lo cual pudiera crear a los constructores cierta dificultad si pretenden fabricar apartamentos que comprendan varios pisos o partes de pisos, como existen en la ciudad de La Habana.

Obsérvese que el precitado artículo 3 fija la condición esencial del aprovechamiento independiente. A ello únase que los apartamentos—arts. 4, 5, 6, 7, 9, 25, 30 y 34 de la Ley 104, entre otros—tienen vida jurídica y registral por sí mismos y que, en su con-

secuencia, pueden ser objeto de toda clase de actos *inter vivos* o *mortis causa* relativos a los bienes inmuebles. La conclusión necesaria es que en la propiedad horizontal existe una completa inversión del clásico concepto de accesoriedad: las cosas principales son los apartamentos; lo demás del edificio es accesorio y está al servicio de aquellas unidades fabricadas.

Es de conocimiento general que el condominio de origen romano, llamado impropriamente comunidad de bienes, tiene naturaleza pro-indivisa. Es decir, se mantiene tal régimen de condominio—considerado desde siempre antieconómico—al objeto de mantener sin dividir el inmueble o casa sobre que recae. Por esto, el Derecho deja expedita la acción de división de la comunidad y fija límite al convenio de pro-indivisión. Así observamos que, según el artículo 334 del Código civil de Puerto Rico de 1930, ningún propietario está obligado a permanecer en la comunidad; que cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común; y que ello no obstante será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, *que no exceda de diez años*, aunque este plazo podrá prorrogarse por *nueva* convención.

En la propiedad horizontal las cosas ocurren de manera radicalmente opuesta. El condominio de los distintos elementos comunes—pertenencias y partes integrantes del edificio, al servicio de los apartamentos—responde a exigencias evidentes de dicha propiedad. Su procedencia económica es manifiesta: satisface las necesidades y conveniencias de los apartamentos y del edificio, considerado éste en su unidad. Se trata de un condominio pro-diviso, en que su existencia tiene razón de ser en la naturaleza de la horizontalidad. Es decir, el condominio lo establece la ley para beneficio de las distintas partes o divisiones del edificio: los apartamentos.

De ahí la disposición terminante del artículo 13 de la Ley 104, que dice: los elementos comunes, generales y limitados, se mantendrán en *indivisión forzosa* y no podrán ser objeto de la acción de división de la comunidad; cualquier pacto en contrario será nulo.

Hay otro principio que también predomina en la horizontalidad y que destaca con gran relieve los caracteres que llevamos

expuestos: la indivisibilidad de los elementos comunes y su inseparabilidad de los apartamentos del edificio. De ahí el párrafo segundo del artículo 26 de la Ley 104: «En el asiento de la finca matriz quedarán también inscritos, de modo permanente, los elementos comunes, a favor del o de los que resulten ser titular o titulares del inmueble total y en lo futuro, de los apartamentos, sin expresar sus nombres y apellidos y en la proporción correspondiente.» Y el también segundo párrafo del artículo 30 de la propia Ley: «La parte proporcional o porcentaje en los elementos comunes que corresponde al titular de cada apartamento se entenderá transmitida o gravada conjuntamente con éste, sin necesidad de inscribir dicha transmisión o gravamen de la parte proporcional de esos elementos en la finca matriz.»

Claramente se comprende por lo dicho que los elementos comunes son anejos inseparables de los apartamentos y que, dada la naturaleza de ellos e indivisión forzosa a que los somete la Ley, también son indivisibles. En depurada técnica jurídica puede afirmarse que dichos elementos tienen la condición de derechos subjetivamente reales. Es decir: derechos sobre cosas en condominio que no pertenecen directamente a una persona, sino a quien en cada momento sea titular del apartamento de que tales elementos son anejos inseparables e indivisibles.

Al referirnos a la inversión de la accesoriidad en la propiedad horizontal pusimos de manifiesto la naturaleza principal de los apartamentos y la accesoriidad de las pertenencias y partes integrantes del edificio. Una lectura cuidadosa de los artículos 11 y 12 de la Ley 104 nos muestra que los elementos comunes tienen su accesoriidad en el servicio que prestan a los apartamentos y en razón de la necesidad que satisfacen para la *existencia, conservación y seguridad* del edificio.

Ahora bien: cuando se habla de condominio de los elementos comunes es preciso considerar que esa situación jurídica no es —como ya dijimos— independiente y que, por ello, está expresamente excluida toda disponibilidad de tales cosas o elementos comunes en forma de participaciones dominicas libres. Por esto —permítasenos una crítica constructiva— estimamos equivocado y de imposible aplicación el último párrafo agregado al artículo 9 de la Ley 104, que dice: «La hipoteca de los elementos comunes

de un inmueble construido en régimen de propiedad horizontal; sólo podrá verificarse mediante acuerdo unánime de todos los titulares.» No, los elementos comunes no pueden hipotecarse sino cuando se hipotequen todos los apartamentos o, en caso de tratarse de elementos comunes limitados, cuando se hipotenquen todos los apartamentos que tales elementos comunes limitados sirvan. Lo contrario sería admitir la posibilidad de que los apartamentos queden aislados y sin comunicación con el exterior. Y que la parcela cúbica que ellos forman resulte desprovista de sus elementos de cimentación y servicio. Algo así como si a un hombre que pinta un edificio subido en un andamio le dejaran únicamente la tabla sobre que está parado.

Los elementos comunes—repetimos—son anejos de los apartamentos e inseparables de éstos. Respecto a ellos, que están en dicha relación de dependencia y accesoriedad, se establece por la Ley un condominio reglado de uso, goce, disfrute o aprovechamiento a beneficio de las cosas principales, que son los apartamentos. Y la regla de oro aparece en el artículo 14 de la Ley 104: «Cada titular podrá usar de los elementos comunes conforme a su destino, sin impedir o estorbar el legítimo derecho de los demás.»

El expresado condominio también juega con la unidad del edificio y de ahí que es indispensable apreciar su funcionamiento desde el punto de vista de la multivivienda, regida ésta por el consorcio de propietarios, conforme a la ley y al reglamento. El condominio, pues, impone una doble relación que puede enunciarse así: accesoriedad o dependencia respecto a los apartamentos e integración del edificio, todo ello para el debido funcionamiento de la horizontalidad como multivivienda.

3. DOCUMENTACIÓN Y REGISTRO.

El artículo 2 de la Ley 104 establece que sus disposiciones son aplicables sólo al edificio o casa de apartamentos cuyo titular único, o titulares todos de la propiedad del mismo, si hubiere más de uno, declaren expresamente su voluntad de someterlo al régimen establecido en dicha Ley, haciéndolo constar por escritura pública e inscribiendo ésta en el Registro de la Propiedad.

La escritura pública o documentación de dicha propiedad tiene importancia excepcional, no solamente porque la Ley exige un título fehaciente otorgado ante Notario, sino, además, porque es mediante ese título que se organiza en casos concretos la horizontalidad. La técnica de la Ley 104 responde a los principios básicos del Derecho hipotecario: publicidad, especialidad y legalidad.

La Ley 104 exige que se cumpla el principio de especialidad en sus dos vertientes, la física y la jurídica. En el orden físico señala las pautas para que tanto el edificio, en su unidad, como los apartamentos, en calidad de cosas o unidades construidas de naturaleza principal, y los elementos comunes, en el carácter accesorio que tienen asignado, aparezcan claramente en la escritura pública en que se declare la referida propiedad horizontal. De ahí los incisos a), b), c), d) y g) del artículo 22 de la precitada Ley 104. Conforme a ellos, la escritura pública expresará:

1.º «La descripción del terreno y del edificio, con expresión de sus respectivas áreas y materiales de construcción.» Es decir, la unidad que constituye la finca en propiedad horizontal.

2.º «La descripción de cada apartamento y número de cada uno, con expresión de sus medidas, situación, piezas de que conste, puerta principal de entrada y lugar con el cual inmediatamente comunique, y demás datos necesarios para su identificación.» O sea enclavamiento de cada parcela cúbica en la unidad que constituye la finca, su plena identificación y su acceso a los lugares de comunicación con el exterior del edificio (con la vía pública).

3.º «La descripción de los elementos generales del edificio y, en su caso, de los elementos comunes limitados a cierto número de apartamentos, con expresión de cuáles sean esos apartamentos.» Es decir, especificación de todos los elementos comunes que forman parte del edificio, bien como pertenencias o en calidad de partes accesorias integrantes del mismo y que, ciertamente, existen para la seguridad y conservación del inmueble, dedicados al servicio y disfrute de los apartamentos.

4.º «La indicación clara del destino dado al edificio y a cada uno de sus apartamentos.» Esta circunstancia determina la naturaleza de la construcción hecha y fija el tránsito de la identificación física a la jurídica o de derechos a favor de los titulares.

5.º «Y cuanto más se refiera al inmueble y sea de interés hacerlo constar.» Este extremo se encamina a indicar la conveniencia y necesidad de que la escritura constitutiva de propiedad horizontal recoja todos los requisitos y elementos que caractericen al inmueble en multivivienda, al objeto de que en todo momento se tenga su historial identificativo o memoria descriptiva, que evite o impida toda clase de conflictos sobre la identidad de las cosas que forman la propiedad horizontal.

El artículo 23 de la Ley 104 aplica la misma técnica a la identificación de los apartamentos, exigiendo que en las escrituras a ellos referentes se haga la individualización de los mismos describiendo el terreno y el edificio, en su conjunto y unidad, y cada apartamento con todos los requisitos de número, situación, medida, piezas de que consta, etc., que señalamos anteriormente.

Pero no se detiene ahí la Ley 104, sino que en su artículo 24 ordena que «la copia certificada de la escritura que origine la primera inscripción del edificio total y la copia certificada de la que origine la primera inscripción del apartamento individualizado, para su inscripción en el Registro de la Propiedad, deberán tener agregadas copias completas y fieles de los planos del edificio o de los planos del apartamento de que se trate, según los casos, para que queden archivados en el Registro de la Propiedad. Dichos planos serán certificados sin pago de derechos por el Secretario de la Junta de Planificación de Puerto Rico e indicarán de modo gráfico los particulares del edificio o del apartamento, según los casos.» Y agrega: «Cuando se desee someter al régimen de propiedad horizontal un edificio existente cuyos planos no obren en los archivos de la Junta de Planificación de Puerto Rico, así se acreditará mediante certificación expedida al efecto por el Secretario de dicha Junta. En tal caso, se agregará a la copia certificada de la escritura que, bajo dicho régimen, origine la primera inscripción del edificio total, y a la copia certificada de la escritura que origine la inscripción del apartamento individualizado, un juego de planos certificados por un Ingeniero o Arquitecto, autorizado para la práctica de su profesión en Puerto Rico, que de modo gráfico indique claramente los particulares del edificio o del apartamento, según el caso.»

La Ley, pues, ha establecido un verdadero sistema catastral para los edificios en propiedad horizontal.

En el orden jurídico, el principio de especialidad se refiere a la exacta determinación de los derechos correspondientes a cada titular. Y a las reglas que estatuyen el adecuado orden sobre el funcionamiento de la multivivienda. En el primer aspecto, la Ley manda—art. 46—que las disposiciones de la Ley Hipotecaria y del Reglamento para su ejecución se consideren complementarias de ella. Por donde se precisa que lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley 104, que admite el libre comercio de los apartamentos, está en juego con las normas del régimen hipotecario que desenvuelven, como en anterior conferencia vimos, la especialidad en su vertiente estrictamente jurídica (1). Y que los principios del sistema hipotecario aquí vigente—matrices y derivados—tienen cabal aplicación a la propiedad horizontal.

También es indispensable, en este segundo aspecto de la especialidad, tomar en consideración otras normas de la Ley 104; cuales son los artículos 5, 6, 7, 8, 9, 18, 19, 20 y letra e del 22, que procuran la más diáfana y precisa determinación de los derechos en propiedad horizontal, atendiendo a la naturaleza, extensión, condiciones y cargas de los mismos.

Por otro lado, y también en el campo de la determinación de los derechos, observamos que la escritura pública, según el artículo 22 de la Ley 104, debe expresar lo relativo a la administración del inmueble, en su caso; y que el Capítulo III de la propia Ley está dedicado, en gran parte, a la forma en que ha de organizarse y funcionar la administración de un edificio múltiple, tema que abordaremos en la próxima conferencia.

En cuanto al registro de la propiedad horizontal, lo primero que deseamos poner de manifiesto es que en nuestros estudios para la Ley cubana establecimos en forma discreta, pero muy clara, el sistema de inscripción constitutiva, tanto para la declaración o constitución de dicha propiedad como para los actos y contratos relativos a los apartamentos. La Ley 104 de Puerto Rico acepta el primer extremo, mas para las operaciones de los apar-

(1) Nos referimos aquí a la conferencia sobre los principios hipotecarios, que fué la segunda del ciclo de cinco dictado por el autor.

tamientos dispone que «los títulos correspondientes serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley hipotecaria». De manera que a este respecto dicha Ley mantiene el sistema de inscripción declarativa con eficacia convalidante que, salvo en la hipoteca, acoge la legislación de la isla.

La propiedad horizontal—dice el artículo 25 de la Ley 104—queda organizada en el Registro por un sistema de fincas enlazadas entre sí por notas marginales de mutua referencia. La inscripción del edificio—agrega—se llevará a efecto en la finca en que aparezca inscrito el terreno y se denominará finca matriz.

Cada apartamento—añade—se inscribirá como finca aparte, en registro particular filial de la finca matriz.

Todas estas inscripciones—termina—irán precedidas de las palabras «Propiedad Horizontal».

Los artículos 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32 regulan las pautas del proceso de registro.

El 26 ordena la forma de hacer el asiento matriz, como inscripción extensa, que ha de cumplir las circunstancias del artículo 9 de la Ley hipotecaria y del 22 de la propia Ley 104. Además, dispone que se expresen las obras que estuvieren en proyecto, las comenzadas y las realizadas, según el caso. Y que en el propio asiento queden también inscritos, de modo permanente, los elementos comunes, a favor del o de los que resulten ser titular o titulares del inmueble total, y en lo futuro, de los apartamentos, sin expresar sus nombres y apellidos y en la proporción correspondiente.

El 27 establece la forma de hacer los asientos de las filiales, también de acuerdo con los artículos 9 de la Ley hipotecaria, preceptos concordantes del Reglamento hipotecario y 22 y 23 de la Ley 104. Añadiendo que en cuanto a la parte que en los elementos comunes generales o limitados, en su caso, les corresponda a los titulares de apartamentos, se hará una oportuna y breve referencia al asiento de la finca matriz en que aparezcan inscritos. Este precepto concluye estableciendo una medida de gran importancia para todo edificio horizontal. Dice: «Mientras las obras no estén comenzadas sobre el suelo del respectivo apartamento, no podrá inscribirse éste como finca filial o independiente. Cuando las obras están comenzadas, pero no concluidas en el apartamento deberán

señalarse las que ya están realizadas y las que se encuentran pendientes de fabricación.»

Los precitados artículos—26 y 27—instituyen el registro de la propiedad horizontal en forma que bien puede representarse por tantas circunferencias concéntricas como pisos tenga el edificio; y las mismas significarían—en tal expresión gráfica—la inscripción matriz en que aparecerá siempre el inmueble íntegro, compuesto por los apartamentos y los elementos comunes, más cuanto concierna a la multivivienda, sus derechos y gravámenes, contemplados éstos en su más perfecta unidad y según el estado legal que tuvieran al declararse la horizontalidad y antes de operarse la segregación de los apartamentos. De dichas circunferencias concéntricas saldrían las filiales, que pueden representarse gráficamente por circunferencias pequeñas, unidas siempre a las concéntricas. La línea o líneas de unión (notas marginales) serían exactamente representativas de las fuerzas centrífuga y centrípeta que ocasionan los segregos de las filiales y vinculan dichas filiales a los elementos comunes, normas de la multivivienda y derechos sobre el edificio, anteriores a los segregos, respectivamente.

4. OBRAS EN PROYECTO O EN CONSTRUCCIÓN.

El artículo 28 se refiere a la declaración de obras cuando éstas se encuentran en proyecto o comenzadas al momento de constituirse la propiedad horizontal. La norma es que dichas obras se declaren e inscriban al ser terminadas, sin que precise la construcción de todos los apartamentos. Puede ello hacerse unidad por unidad.

Conforme al artículo 29, la transmisión y gravamen de un apartamento meramente proyectado debe inscribirse en la matriz o registro del edificio total. Y cuando se trata de un apartamento que ya hubiese comenzado a construirse la inscripción se practicará en el registro filial del mismo, debiéndose—como es natural—abrir dicho registro como finca nueva, tomando en cuenta que—como ya dijimos—las obras han de estar efectuándose sobre el suelo del correspondiente apartamento.

Según el artículo 30, el tracto sucesivo se llevará a efecto en

los registros filiales de los respectivos apartamentos. Lo cual, claro está, no es aplicable a las obras en proyecto ni a las comenzadas en cuanto a los apartamentos cuyos pisos o suelos no estén fabricados. En estos supuestos, el tracto—según el precitado artículo 29—tiene lugar en el registro matriz de la multivivienda.

5. EL EDIFICIO Y LOS APARTAMENTOS.

En dicho artículo 30 aparece una disposición de gran importancia: la parte proporcional que a cada apartamento corresponde en los elementos comunes del edificio se entiende transmitida o gravada junto con dicha unidad sin verificarse inscripción alguna respecto a ello. Esa parte sigue al apartamento como la sombra al cuerpo. Se trata, como antes dijimos, de derechos subjetivamente reales, que pertenecen al sujeto por ser éste titular del apartamento.

Los artículos 31 y 32 atienden los casos en que la totalidad de los titulares, llevan a efecto actos y contratos que afectan al inmueble en su conjunto o unidad. En dichos casos las operaciones registrales procede hacerlas en la finca matriz. También, según el expresado artículo 31, las inscripciones o anotaciones preventivas referentes al edificio o a los elementos comunes del mismo en su totalidad deben hacerse en la finca matriz dejando siempre constancia marginal de dichas operaciones en la filiales.

En la práctica, hemos visto que algunas construcciones de propiedad horizontal—por ejemplo, el edificio que existe en La Habana, nombrado «15 pisos»—reservan ciertas unidades, bien en la planta de la calle o en la más alta del inmueble, o en ambas a la vez, para arrendarlas y con el producto de las rentas satisfacer, total o parcialmente, los gastos de mantenimiento de la multivivienda. Tales unidades, en razón de su destino, tiene la condición de elementos comunes, comprendidos en el inciso g) del artículo 11 de la Ley 104.

La plenitud dominica de los apartamentos es inconcusa. Basta leer el artículo 4 de la Ley 104 para así comprenderlo. Una vez constituido el edificio—dice el expresado precepto—en régimen de propiedad horizontal, los apartamentos que lo integran podrán

individualmente transmitirse o gravarse y ser objeto de dominio o posesión, y de toda clase de actos jurídicos *inter vivos* o *mortis causa*, con idependencia total del edificio de que formen parte.

Usando la terminología clásica, puede afirmarse que dichos apartamentos admiten el derecho de propiedad en su más amplia extensión, comprensiva de los derechos de usar, disfrutar y disponer, que conllevan todas las defensas consentidas por las leyes.

Incluso en dichos apartamentos puede establecerse la comunidad de bienes o condominio pro-indiviso que regula el Código civil. Para evitar toda duda al respecto, así lo declara expresamente el artículo 7 de la Ley 104.

En breves palabras, es de afirmarse que cada apartamento en propiedad horizontal puede ser objeto de todos los actos, contratos y derechos que las leyes admiten sobre las fincas, sin limitación alguna.

6. HIPOTECA POTENCIAL.

Por otra parte, lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 104 da lugar a la figura jurídica que la técnica moderna denomina gravamen o hipoteca potencial, cuyos lineamientos y contornos es muy conveniente precisar con claridad.

Dicho artículo 5 establece que cuando se transmita o grave un apartamento proyectado y no comenzado a fabricar, se entenderá adquirida por el nuevo propietario o gravada por el titular de la carga, la participación que corresponda al transmitente, o, en su caso, al deudor, en los elementos comunes del edificio en proyecto y el derecho que tenga a que se le construya el apartamento, entendiéndose subrogado el adquirente en el lugar y grado de aquél, a todos los efectos legales. Tal disposición rige también para las obras que además de estar proyectadas ya estuvieren en construcción, determinando el artículo 6 de la Ley 104 que en tal supuesto se entenderán adquiridas o gravadas las participaciones a que se contrae el artículo 5, y de modo privativo lo que ya está fabricado.

Estos artículos sobre las obras en proyecto o en construcción fueron redactados con la mayor claridad posible. Mas el admitir gravámenes en potencia sólo es explicable ante la necesidad de

facilitar la inversión de capitales y ayudar así el financiamiento de las fabricaciones que contribuyen poderosamente a resolver el problema de la vivienda. Pero es innegable que a ello, en gran parte, se opone la norma básica que acoge el inciso 5 del artículo 108 de la Ley hipotecaria, que prohíbe la hipoteca del derecho en cosas que, aun cuando se deban poseer en lo futuro, no están aún inscritas a favor del que tenga el derecho a poseer.

Un edificio en proyecto está por construir y si las obras se han comenzado es una fabricación en ciernes, es decir, en sus inicios o fase de realización. Esto pone de manifiesto que, en el orden jurídico, cuando una propiedad horizontal se encuentra meramente proyectada o en construcción, la singularidad dominica del apartamento carece de realidad física y únicamente existe como realidad de convenio u obligacional. Su estado potencial no está en la cosa, porque ésta, por sí misma y en lo que tiene de existencia física (el suelo), no tiene ni puede tener posibilidad alguna de suceder o convertirse en edificio. Necesita del trabajo del hombre y de la utilización de los medios adecuados. El estado potencial radica en el convenio efectuado para la construcción, o, más concretamente, en el cumplimiento del convenio. En consecuencia, si el convenio es incumplido por quien esté obligado a fabricar, la horizontalidad resulta inexistente por falta de objeto o cosa principal sobre que ha de recaer la exclusiva propiedad del adquirente, quedando en una simple o nuda condición de condominio sobre el suelo de la finca matriz. De ahí que es indispensable considerar la unión de factores diversos para la verificación de las obras. Si tal unión se rompe, el hecho se refleja de inmediato en la finalidad perseguida: el edificio múltiple. Ahora bien: en la vida diaria y en las leyes hay diferentes casos en que surge, o puede surgir, la hipoteca potencial. Por ejemplo: en las concesiones administrativas, en la refacción común y en la agrícola y en el derecho de superficie. En verdad, esta afección hipotecaria combina factores presentes y futuros.

Por lo expuesto, entendemos que las hipotecas en potencia exigen una protección especial, que debiera añadirse a las disposiciones preinsertas de la Ley 104, que propusimos en la VIII Conferencia Interamericana de Abogados reunida en Sao Paulo (Brasil) en 1954 y que recibió la unánime aprobación de los juristas

allí reunidos. Se trata de un sistema colateral de garantías. La garantía prestada por la empresa constructora respondería a favor de los adquirentes de unidades en proyecto o en construcción—y, naturalmente, de sus acreedores hipotecarios—del valor total de las obras detalladas en el plan, de la verificación del presupuesto y del cumplimiento del convenio dentro del plazo estipulado, todo conforme a la escritura, planos y memoria en que se organice la propiedad horizontal del edificio que se proyecta o esté en construcción. La indicada garantía colateral cubriría el importe que en dinero o en cualquier especie se pretenda recibir anticipadamente de compradores de apartamentos.

En Cuba no se llegó a implantar dicho sistema de garantía colateral, pero la intervención del F. H. A., basada en la ley que regulaba dicha institución, evitó que en muchos casos se incumplieran los convenios de fabricación. También el financiamiento bancario o por instituciones de crédito puede establecer un control suficiente para asegurar la construcción total del edificio.

7. ELEMENTOS COMUNES.

Nos resta tratar de los elementos comunes de manera concreta, como derechos anejos, indivisibles e inseparables de los apartamentos. Y del módulo de proporcionalidad.

Los expresados elementos comunes pueden ser generales o limitados y voluntarios o forzosos.

El artículo 11 de la Ley 104 expone, en *numerus apertur*, los elementos comunes generales, a saber: el terreno en que se asiente el edificio, los cimientos, paredes maestras, techos, galerías, vestíbulos, escaleras y vías de entrada y salida o de comunicación, los sótanos, azoteas, patios, jardines; los cuales destinados a alojamiento de porteros o encargados del edificio; los locales o instalaciones de servicios centrales, como electricidad, luz, gas, agua fría y caliente, refrigeración, cisternas, tanques y bombas de agua y demás similares; los ascensores, incineradores de residuos y, en general, todos los artefactos e instalaciones existentes para beneficio común; y todo lo demás que fuere racionalmente de uso común del edificio o necesario para su *existencia, conservación y seguridad*.

Lo primero que advertimos en lo expuesto es que, salvo los sótanos, azoteas, patios, jardines y locales destinados a alojamiento de porteros, sobre todos los cuales puede haber disposición o estipulación en contrario, los demás elementos comunes concretamente reseñados en el artículo 11 precitado son necesarios o forzosos. Y aun los señalados en el párrafo anterior han de considerarse necesarios cuando no exista disposición o estipulación alguna en contrario. Es decir, se presume en todo caso la naturaleza de elemento común; y tal presunción, en las excepciones taxativas que la ley admite, sólo cede ante la prueba de un convenio en contra, adoptado por todos los propietarios de los apartamentos. O por haberlo establecido así la persona (natural o jurídica) que constituyó dicha propiedad horizontal.

Después conviene observar que en el sistema de número abierto del artículo 11 deben distinguirse los elementos que tenga el edificio y no estén comprendidos de manera concreta en dicho precepto, en la forma dual siguiente: elementos que fueren racionalmente de uso común del edificio, pero no indispensable al mismo, en los que cabe, lógicamente, la estimación de voluntariedad mediante estipulación o pacto de todos los titulares o del titular único, y elementos que sean necesarios para la existencia, conservación o seguridad del edificio, supuesto en que la presunción es *de jure* (no admite pacto en contra).

Lo que acabamos de predicar respecto a los elementos comunes generales es aplicable a los limitados. Y debemos tener muy presente que la naturaleza limitada de algunos elementos comunes surge, conforme al artículo 12 de la Ley 104, del convenio unánime de los titulares del edificio y de estar destinados tales elementos al servicio exclusivo de cierto número de apartamentos, tal como ocurre con los pasillos, escaleras, ascensores especiales y servicios sanitarios comunes a los apartamentos de un mismo piso.

8. MÓDULO DE PROPORCIONALIDAD.

Los elementos comunes están—como hemos repetido—vinculados a los apartamentos, y en tal vinculación forman un condominio pro-diviso. Al objeto de fijar las participaciones en dicho condo-

minio para la determinación y reparto de las ganancias y gastos comunes del inmueble, el artículo 8 de la Ley 104 fija el módulo de proporcionalidad, previa declaración enfática del derecho de propiedad singular que cada titular tiene sobre su apartamento. Y dice: «el titular tendrá derecho exclusivo a su apartamento y a una participación con los demás titulares en los elementos comunes del inmueble, equivalente al porcentaje que representa el valor de su apartamento dentro del conjunto del edificio; este porcentaje se calculará tomando como base lo que valga el apartamento, en moneda de curso legal, en relación con lo que valga el inmueble total». El propio artículo exige que tal porcentaje se exprese al constituirse el régimen de la propiedad horizontal y establece que tendrá carácter permanente. Además, el precepto fija que dicho módulo de proporcionalidad no podrá ser variado sin la anuencia de los titulares que representan la *totalidad* de los apartamentos del edificio. Y concluye dándole a dicho valor básico el significado de porcentaje o relación entre los apartamentos y los elementos comunes a los fines exclusivos de la horizontalidad, con independencia del valor real o comercial que tengan los apartamentos en toda clase de actos y contratos. Quiere esto decir, en breves palabras, que los apartamentos pueden ser objeto de toda clase de negocios, fijándose en éstos los valores que convengan las partes interesadas, sin que ello afecte, en lo absoluto, al módulo de proporcionalidad que a los fines del funcionamiento de la multivivienda estatuye la Ley 104.

La confirmación de lo manifestado anteriormente la tenemos en el artículo 20 de la dicha Ley 104, que dice: las ganancias y los gastos comunes del inmueble se distribuirán entre los titulares de los apartamentos de acuerdo con el porcentaje que representa cada uno en el valor básico del inmueble.

Ahora bien: el porcentaje o módulo de proporcionalidad en nada influye en cuanto al uso y disfrute de los elementos comunes, fuera de lo dispuesto en el artículo 20 precitado.

La regla de uso y disfrute de los elementos comunes se funda en la naturaleza de éstos y en el destino que los mismos tengan. Cada titular—dice el art. 14 de la Ley 104—podrá usar de los elementos comunes conforme a su destino sin impedir o estorbar el legítimo derecho de los demás. Para el debido uso de los ele-

mentos comunes y buen funcionamiento de la multivivienda es que la ley instituye la administración del edificio en propiedad horizontal y ordena que se dicte un reglamento sobre la materia, aspectos que estudiaremos en la próxima conferencia.

9. RESUMEN.

Ya en el final de esta conferencia, deseamos presentar a ustedes, en el orden substantivo, una síntesis de nuestro pensamiento respecto a la Ley 104, de 25 de junio de 1958.

Dos principios básicos están armonizados en dicha Ley de propiedad horizontal: el de voluntariedad y el de necesidad. Todo el mundo está investido de la facultad plena de escoger o no este tipo de propiedad como derecho e institución jurídica. Mas hecha la decisión y declarada de forma fehaciente, bien sea por acto unilateral o por convenio, la voluntad de los interesados ha de someterse a las condiciones y requisitos que fijan la naturaleza y el funcionamiento de la propiedad horizontal, en forma sistemática y necesaria.

Los apartamentos están, como cualquiera otra propiedad inmueble, en el comercio libre y, en consecuencia, pueden ser objeto de toda clase de actos, contratos y derechos, inscribibles en el Registro de la Propiedad.

En lo demás la propiedad horizontal tiene sus normas propias de organización y funcionamiento. En el sistema tradicional de la propiedad inmueble existe la comunidad en estado de *pro-indivisión*. Es el condominio clásico. Pero en el sistema de la Ley 104 la comunidad de las pertenencias y partes integrantes del edificio es *pro-divisa*. Es la nueva forma de condominio horizontal, cuya más nítida expresión está en las sabias palabras del gran hipotecarista español don JERÓNIMO GONZÁLEZ: «Es una comunidad pro-diviso, permanente y subordinada a la singularidad dominica de los apartamentos, respecto a los cuales tienen tales elementos la condición de anejos inseparables.»

AGUSTÍN AGUIRRE.

La difícil Ley Hipotecaria ⁽¹⁾

ENTRADA. ALUSIÓN METODOLÓGICA.

El centenario de la Ley Hipotecaria ha tenido una tan cumplida conmemoración y, aparte las solemnidades y acontecimientos externos, han sido tantas las aportaciones científicas, mediante Congresos, conferencias, artículos doctrinales y periodísticos, charlas radiofónicas, etc., que bien puede decirse que ha sido sometida a estudio esta rama del Derecho en términos poco menos que exhaustivos, por lo que, en este último acto conmemorativo de tan señalada efeméride, no es posible tratar de nada relativo a la Ley Hipotecaria sin caer en la reiteración. Quizá por ello fuera preferible extraer conclusiones de cuanto se ha dicho y escrito, siquiera partamos de un aspecto de la Ley, intocado que yo sepa, al que voy a referirme, porque, pese a su aparente insignificancia esconde en su entraña de todo el dispositivo hipotecario. Claro es que, tratado a grandes rasgos porque no da para más ni el tiempo que me he tasado ni la ocasión que depara el acto que estamos celebrando.

(1) Discurso-conferencia pronunciado en el solemne acto tenido en la Facultad de Derecho de Barcelona el 17 de enero de 1962 para clausurar los realizados en conmemoración del centenario de la Ley Hipotecaria.

LEMA Y TEMA.

La Ley Hipotecaria, señores, tiene fama de difícil, de abstrusa, de poco menos que ininteligible, y además, sobre todo, y quizá por esto, de nada simpática. Se ha dicho de ella que viene a ser para el Derecho algo así como sus matemáticas superiores, y es de resaltar que cuantos esfuerzos se han hecho por los publicistas para aclarar conceptos, lejos de conseguirlo, han oscurecido las más de las veces aquello mismo que pretendían esclarecer; a esta crítica no escapa el mismo JERÓNIMO GONZÁLEZ, que en opinión de muchos se expresaba en lenguaje para ellos inasequible. Quizá fuera bueno recordar, en defensa del maestro, la recomendación de Santo Tomás en la *Summa Teologica* de que las cuestiones oscuras conviene tratarlas con no demasiada claridad: *Similia similibus*.

Respirando en este ambiente, el más alto tribunal de la nación no ha escapado a esta influencia y ha planteado y sometido a crítica incluso la denominación de la Ley, como si el rigor terminológico no cediera en todo idioma a otras presiones lingüísticas, y sea necesario recordar en su abono la sinécdoque, figura retórica que como todos sabéis llama al todo con el nombre de una de sus partes—cabezas de ganado—; pues bien: Ley Hipotecaria, ley de terceros, hay que entenderlo como una denominación, no como cifra estricta de un contenido.

He dicho ley de terceros. He aquí el punto más debatido. Los redactores de nuestra Ley de Hipotecas, cuyo centenario celebramos, dieron el concepto de tercero con gran claridad y buen sentido, tanto, que los señores GALINDO y ESCOSURA, sus primeros y más autorizados comentaristas, aceptaron la tesis sin someterla a debate: fué para ellos algo dado. Pero, a medida que transcurrió el tiempo y proliferaron los estudiosos, comenzó a enturbiarse la institución, sencillamente porque se separó la noción de tercero de sus efectos según la situación que en cada momento éste se encontrase, resultando a la postre tanta la confusión creada que, saltando de la esfera hipotecaria a todo el ámbito del Derecho, tan sólo ha quedado flotando la idea de que la situación de tercero envuelve inmunidad, privilegio; y así no es raro leer incluso

en la literatura oficial que la Hacienda pública goza respecto a los contribuyentes de la condición de tercero, con una falta de rigor mental y terminológico extraordinarios, porque el Fisco no es tercero, sino el *primero*, que es algo muy distinto.

No hace falta ir pasando revista a las instituciones encuadradas en la Ley Hipotecaria para poner de relieve que la falta de coincidencia y aun encontradas opiniones de la doctrina arranca de legales contradicciones internas; basta citar el precepto de que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, lo cual, además de una verdad a medias, es un golpe bajo al principio de legalidad; los efectos de algunas anotaciones preventivas, que a su vez quiebran el de prioridad; el derecho hereditario, que de una parte carece de elaboración en el Código civil y de otro lado confunde la doctrina cuando lo trata, los juicios de esencia con los de existencia; las prohibiciones de enajenar, con vigencia personal unas veces y real otras; las menciones de legítima con empleo del nefando sustantivo en buena hora proscrito; la dificultad insuperable de distinguir los derechos personales de los reales, dado el sistema de *numerus apertus* y no estar tipificados estos últimos; las contradicciones que origina la *traditio ficta*, etc., etc., permiten poder afirmar que la normativa hipotecaria, sumida en informe *magma*, está aún lejos de alcanzar su etapa de cristalización, y que por desenvolverse en un campo preferente conceptual, se quiebra de puro sutil, incluso para los iniciados.

ÁMBITO.

La circunstancia que ponemos de relieve no es exclusiva de nuestro país; antes, puede afirmarse que es general, y así:

El Profesor de la Universidad de Lyon M. ROGER NERSON dijo al comienzo de la conferencia que dió en Madrid durante el pasado Congreso de Derecho Registral, que los estudiantes de Derecho no sienten en Francia la menor afición por los estudios hipotecarios.

En cuanto a Alemania, el fenómeno se ha presentado para los extraños con más desconcertante rotundidad. Sabida es la admi-

ración que despertaba el sistema hipotecario germánico manifestada en la misma exposición de motivos de nuestra Ley, y después por cuantos han abordado estos estudios. Es obligado citar una vez más a JERÓNIMO GONZÁLEZ, que no sólo nos adoctrinó mediante sus magistrales estudios, sino que además infundió durante un cuarto de siglo el espíritu alemán en nuestro sistema por medio de la Jurisprudencia hipotecaria. Todos recordamos nuestro entusiasmo por la hipoteca del propietario y demás construcciones lógico-jurídicas. Mas he aquí que asciende al poder público en Alemania el nacional-socialismo y echa por la borda todo este bagaje hipotecario por la obvia razón de *no estar enraizado en el alma del pueblo*; no olvidemos la frase. Este inesperado golpe conmocionó tan gravemente a nuestro JERÓNIMO que, ya desde entonces perdió con el sentido del equilibrio, el aplomo y seguridad en su transitar por las trochas del Derecho hipotecario. Pueden dar de ello testimonio cuantos han formado parte con el maestro de las Comisiones redactoras de las últimas reformas de la legislación que nos ocupa, que hubieran seguido otros derroteros, de perdurar en aquél la firmeza de sus convicciones.

Un último botón, para no abusar de vuestra benevolencia: el admirable estudio que del sistema australiano ha hecho recientemente el Notario señor CASADO PALLARÉS, dándonos una información de primera mano, ha enfriado los cálidos entusiasmos por el título real y devuelto a la realidad a quienes no teníamos visión directa de las particularidades del sistema, menos perfecto y consecuente consigo mismo de lo que podíamos creer.

EXPRESIÓN LOCAL.

Viniendo ahora a nuestra España, intentemos fijar las causas del fenómeno apuntado que podemos resumir en una sola: la disparidad existente entre el espíritu de la legislación civil y el de la hipotecaria. Es de todos sabido que existe una doble regulación de la propiedad inmueble, la del derecho civil puro y la hipotecaria, pero no se insistirá bastante en que ambas se repelen porque están fundadas en directrices antagónicas, espiritualista la una y formalista la otra.

Los promotores de la Ley expusieron con gran claridad la necesidad de la reforma y plantearon muy acertadamente las bases de la misma. Basta releer las primeras líneas de la celebrada exposición de motivos, donde constan aquellas frases que tantos aprendimos de memoria acerca del anterior sistema condenado por la ciencia y la razón. Y con toda justeza se dice, en párrafo subsiguiente, que una de las bases de la reforma ha de ser «que se establecieran formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y de los demás derechos en la cosa».

Formalidades exteriores—recalco—para la traslación de la propiedad y de los demás derechos en la cosa. Pero a la hora de adoptar decisiones, llevados del «religioso respeto» al Derecho nacional, a imperativos de justicia, y otras razones tan elocuentemente expresadas, adoptaron un sistema mixto y se quedaron a mitad de camino. No envuelve esto censura para los autores de la Ley, que harto hicieron con su trascendental innovación y que, conscientes del papel que les correspondía, manifestaron expresamente que la obra comenzada «acabará de adquirir toda su perfección y complemento, formados que sean la Ley de Enjuiciamiento civil y el Código civil y reformadas las leyes mercantiles, quedando así armonizado todo nuestro Derecho».

Pero vino el Código civil, y a pesar de los buenos deseos manifestados en la Base 1.^a de las de la Ley de 11 de mayo de 1888 de «armonizar los preceptos de nuestras leyes», no logró su empeño, porque entre términos contradictorios no caben soluciones de compromiso, y hay que decidirse por uno de ambos, lo cual no se hizo, sino que se persistió en el designio de coexistencia del contenido de las Bases 26 y 20 preferentemente.

La Base 26 encarecía que se atiendan los desenvolvimientos que «exija la incorporación al Código de las doctrinas propias de la Ley Hipotecaria, debidamente aclaradas en lo que ha sido materia de dudas... y de inseguridad para el crédito territorial», términos, como se ve, harto vagos, no obstante lo cual, se dió un paso adelante en la redacción del articulado al investir a la inscripción de la hipoteca de carácter constitutivo, a lo que no se atrevió ni la Ley de 1861 ni la de reforma de 1869, bien que no ha faltado quienes hayan sostenido que tal avance fué debido a un

error en la redacción del artículo 1875, inexplicable de otro modo, dado el contexto de la Base 20.

Decía ésta que «los contratos continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo *aun en aquellos casos—subrayo—en que se exijan solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas o el otorgamiento de escritura*», lo cual pasó al artículo 1278, a cuyo tenor «los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado», que reproduce el célebre principio de la autonomía de la voluntad en la contratación desde que allá en el siglo xiv, a impulsos de un mal entendido racionalismo, quedó proclamado por la Ley única, título XVI, del Ordenamiento de Alcalá: «Pareciendo que se quiso un Ome obligar a otro por promisión o por algun contrato, o en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos a quienes se obligó, e non pueda ser puesta excepción que non fué fecha estipulación, que quiere dezir: prometimiento con ciertas solemnidades del derecho...» Nuestra España, siempre precursora, se adelantó en unos siglos al imperio de la diosa Razón entronizada por la Revolución francesa. Si el tiempo permitiera adentrarme en divagaciones histórico-filosóficas, intentaría demostrar la ascendencia del principio del Ordenamiento de Alcalá, heredero directo de la Escolástica, incorporada al saber humano en el siglo anterior, y llegaríamos a la sorprendente conclusión de que la Revolución francesa, madre del Código de Napoleón y abuela del nuestro, si hija de la Ilustración y de la Enciclopedia, era nieta del humanismo renacentista y biznieta de la Escolástica crítica, cuyos residuos medievales tan cruentamente cancelaba. Así está entramada la urdimbre del pensamiento humano.

CRÍTICA.

Y así andamos pendientes del vano empeño en sostener la coexistencia de las dos regulaciones de la propiedad inmueble de espaldas: 1) a los resultados de la experiencia, cuando no 2) a las enseñanzas de la ciencia.

FUNDAMENTO HISTÓRICO.

1) La «verdad histórica» es que, a partir del establecimiento de la libertad contractual por el Ordenamiento de Alcalá, se han ido sucediendo las disposiciones legales que al poner de relieve los defectos del sistema inmobiliario imperante, abordan su reforma: la consabida Pragmática de 1539 del César Carlos con su madre Doña Juana; el intento de Felipe II por crear un Registro de censos y tributos, y hay que destacar, puesto que estamos en Barcelona, el edicto dado en esta ciudad en 1774 para facilitar la observancia de la Pragmática de Carlos III, creadora en 1768 de las Contadurías de hipotecas, que dispuso se registraran asimismo *todas* las escrituras de bienes raíces, constara o no que se hallaran gravadas.

Dos momentos ha habido en que parecía inminente la expulsión de la libertad contractual inmobiliaria de nuestro sistema de derecho:

Uno de ellos se dió con la publicación de la Ley de Bases en 1843 para la redacción de un Código civil. Decía la base 52, obra, como se sabe, del eminente jurisconsulto don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, que «para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón en el Registro público». Esta base quedó incumplida sin más al redactarse el articulado del proyecto de Código de 1851.

La otra ocasión es de fecha más reciente. Tuvo lugar cuando el actual alcalde de Barcelona don José María de Porcioles, cuya presencia en este acto me impide elogiar como merece su actuación al frente de la Dirección General de los Registros, inició la reforma de la Ley Hipotecaria con un temario de grandes vuelos, que fueron recortados por la Comisión encargada de la redacción del correspondiente proyecto. En el seno de esta Comisión se manifestaron desde el primer momento dos tendencias: la de los hipotecaristas y la de los civilistas. Estos últimos impidieron muchos avances e incluso hicieron retroceder a la Ley en algún caso, como en el de la prescripción *contra tabulas*, que dió lugar al actual artículo 36, de tan difícil lectura, aun para los especialis-

tas. No podemos entrar en él. Sólo diremos que de cuantos extremos comprende la reforma de 1944 fue este de la *usucapión contra tabulas* el que originó más empeñadas discusiones y posiciones antagónicas e irreductibles. Aun sin llegar a la regla absoluta de no considerar más medio de adquisición de inmuebles que el del Registro, parece que en un orden ideal, o de *lege ferenda*, no debiera haber discusión sobre la improcedencia de la prescripción contra el Registro. Este debiera ser inatacable, tanto en la esfera de los derechos como en la de los hechos, en cuanto éstos pueden modificar aquéllos. Sin embargo, el sector aludido se inclinó en el seno de la Comisión por el sistema del puro derecho civil, no sólo por respeto y acatamiento al derecho constituido—que precisamente se trataba de modificar—, sino aun en la esfera del constituyente, logrando que se estableciera como el primero de los principios para emprender la reforma, con lo que ésta nació muerta, el de la intangibilidad del Código civil. Se personalizó la figura del poseedor contra el Registro en el labriego rural llamado «tío Celedonio», y se llevó su defensa hasta invocar situaciones de hecho, con argumentación impropia de la altura de los juristas que la patrocinaban. Algo así como si las autoridades científicas en materia sanitaria abogaran porque el mismo «tío Celedonio», o su mujer, pudieran ejercer y legalizar su profesión de curanderos en vista de su copiosa y enfervorizada clientela.

Igualmente cabe la réplica frente a la exposición de motivos de la Ley de reforma de que nos estamos ocupando. Esta exposición, que bien puede parangonarse con la de la Ley del 61 por la elegancia del lenguaje y la precisión y claridad de sus conceptos, aunque la lamenta, justifica la dualidad legislativa en el hecho de que la mayor parte de la propiedad no está inscrita. «Interin la mayor parte de ella permanezca al margen del Registro—dice textualmente—, no se podrán dictar con esperanzas de éxito las disposiciones adecuadas en evitación de semejante dualismo». Esta argumentación plantea varias interrogantes de política legislativa a las que es dado contestar: 1.º Que la distribución en el mapa de España del expresado porcentaje es por demás irregular, y así, mientras que en unas zonas está inscrita la totalidad de la propiedad, en otras ocurre lo contrario, por lo que es discutible un resultado fundado en media aritméticas.

2.º Que la situación desinscribitoria nada prueba contra la superioridad de la inscripción, desde el momento que hay un coeficiente de abstencionismo, no sólo para someterse a la vacunación contra la viruela, sino incluso para cobrar premios del sorteo de la Lotería Nacional. Se trata de realidades humanas al margen, como veremos después, de toda razón; y si queremos formular el fenómeno científicamente, podemos alegar, siguiendo al estagirita, la resistencia que ofrece la materia a dejarse modelar por el principio formador. El camino del progreso repecha cuesta arriba.

FUNDAMENTO TEÓRICO.

2) También contra la libertad contractual inmobiliaria postula la verdad especulativa fundada, a) tanto específicamente en la naturaleza de la propiedad fundaria, b) como en la consideración genérica de la función del Derecho. Y no puede ser de otro modo, porque junto a todo acontecer—verdad histórica—corre subyacente su hilo conductor—verdad teórica.

LA PROPIEDAD FUNDARIA.

a) Creo suficiente una alusión a la especial contextura de los inmuebles, en los que el más cumplido aprovechamiento de sus posibilidades descompone jurídicamente en arco iris los derechos que pueden hacerse efectivos sobre ellos, lo cual exige una expresión formal que el fenómeno, por sí, es incapaz de publicar; porque si a un lado y otro de la franja de los colores del espectro existen los rayos químicos y térmicos que escapan a la vista, también aquí hay derechos invisibles, unos por negativos, como ciertas servidumbres; otros por inactuales, como los afectos a condiciones suspensivas y resolutorias y la hipoteca, y no digamos nada de la posesión verdadero polvo radiactivo, cuya fuerza energética es tal que puede destruir y suplantarse la totalidad del dispositivo, sencillamente porque, respecto a los inmuebles, la posesión no tiene de tal más que el nombre. Hora es ya de iniciar una radical revisión de la posesión inmobiliaria partiendo de realidades fá-

ticas y sin que haya necesidad de montarse hasta la noción de *lugar*, expuesta por Aristóteles en su *Física*, llegaremos a la conclusión de que *yo tengo* mis gafas y mi reloj, pero en cuanto a mi viña, cuando la piso, y a mi casa, son ellas las que me *tienen* a mí; y si del concepto físico—tenencia—pasamos al sociológico—división del trabajo—, y al económico—producción y consumo—, al llegar al jurídico, que ha de ampararlos todos y formar además el suyo propio, tropezaremos con tales dificultades que el problema resulta insoluble: la posesión de los inmuebles, en buena hora expulsada del Registro en la última reforma hipotecaria, es un elemento metajurídico que por probar demasiado, nada prueba, por lo que resulta ilusivo extender a los inmuebles la situación posesoria que opera respecto a los muebles, lo cual sube de punto, como ha quedado insinuado, en los Derechos reales, que también tienen la consideración de inmuebles; pero algunos de los cuales, ejemplo la nuda propiedad, ni son susceptibles de tenencia ni de disfrute y, por tanto, inhábiles para que en ellos opere la *traditio*, condición que exige el Código para que nazca el Derecho real (artículos 609 y 1.095).

SOCIOLOGÍA. CATALÁCTICA. PRAXEOLOGÍA. DERECHO.

b) Sostener teóricamente la libertad contractual inmobiliaria supone negar la esencia de la norma jurídica, porque ésta no es la conclusión de un juicio lógico, ni el resultado de una investigación metafísica, ni la expresión de un ideal, aunque no por ello haya que negar su valor regulativo; es sencillamente el expediente que atiende una necesidad humana: la necesidad de coexistencia, de vivir los hombres en paz. Se integra, por tanto, en una categoría social. Para Robinsón, solitario en su isla, no existe el Derecho. Ahora bien: en toda relación social los valores externos priman sobre los internos. No se trata de subestimar estos últimos, sino de afirmar simplemente que son inaccesibles en tanto no se manifiesten y conviertan en externos, directa o indirectamente, en cuyo momento, por obligada inversión, caen en el área del Derecho. Por eso éste se dirige a regular las apariencias, y es por esencia formal, y en su consecuencia, formalista, y

antes que reprimir la extorsión ha de hacerla imposible mediante formalidades que, preconstituyendo la prueba, esterilicen el caldo en que prolifera el litigio. Con lo expuesto queda dicho que no nos referimos al formalismo kelseniano, que se desenvuelve en el campo de la abstracción lógica. Nosotros nos movemos entre categorías ontológicas.

La problemática del Derecho, como la de todas las manifestaciones sociales, se resiste a cualquier empeño constructivo porque son *per se* asistemáticas, y con esto quedan desechadas las construcciones conceptuales, en otro tiempo tan en boga. El obrar humano no puede insertarse en coordenadas espacio-temporales, porque unas veces es lógico, otras no lógico y otras, en fin, ilógico, siguiendo la terminología de PARETO. Esta es precisamente la característica de la libertad: el *credo qui ad absurdum*. Y por si esto fuera poco, el dato externo, físico, del obrar del hombre nada dice si no lo ilustra su elemento teleológico, intencional, lo cual derrumba anteriores criterios inmanentes y llega a la conclusión de que los hechos sociales, y entre ellos el Derecho, están anclados en la conciencia colectiva, son lo que la gente cree que son. En una de las obras póstumas de ORTEGA, ha poco publicada, se recoge esta afirmación, que alumbró HAYEK: Es derecho lo que la gente cree que es derecho. Tomemos esta afirmación *cum grano salis*, y actualicemos la frase dicha al principio de que ha de estar enraizado en el alma del pueblo. Mas si a esta consideración se añade la de que el hombre es el único ser viviente que se acomoda a todos los climas físicos, y también a los morales, parece que lejos de condenar la libertad contractual inmobiliaria la estamos justificando, y así es, en efecto, puesto que ha existido a través de la Historia, y esto es un hecho que no cabe negar sin más. Pero como no se detiene aquí el análisis, sino que continua en su avance, y ahora hace intervenir un nuevo elemento, el utilitario, queda todo con esto aclarado.

Es obligado hacer aquí una alusión a las modernas investigaciones sociológicas y económicas, que, aunque parezca paradójico, han articulado con el mismo rigor analítico que en la materia matemática la Praxeología o teoría de la acción humana.

Vistas así las cosas, el pragmatismo jurídico gana puntos en la escala de valores en términos insospechados, y a quienes se

obstinen en defender la libertad contractual inmobiliaria y el Derecho civil puro, espiritualista a ultranza, que en nuestro Código la consagra, habrá que recordarles las instituciones en que el mismo cuerpo legal se pronuncia por el más riguroso formalismo, con menosprecio del respeto a la libérrima voluntad, cual en materia de testamentos; otro tanto en la donación de inmuebles, sin razón aparente que lo abone, una vez desaparecida la insinuación; lo mismo respecto a formas del matrimonio y sus capitulaciones, y sobre todo la línea rígida establecida para alcanzar la mayoría de edad, de tal suerte que en un momento adquiere capacidad plena quien minutos antes no la tenía, lo cual está en flagrante contradicción con el orden de la Naturaleza, aun prescindiendo de las diferencias en el desarrollo mental que hay de unos individuos a otros. Y nada digamos del Derecho mercantil, que para regular la actividad social más viva y dinámica, y a la vez más libre, se ve obligado a proteger la libertad comercial mediante el sistema más formalista: letras de cambio, títulos, valores, libros del comercio, contratación en lugares públicos, nacimiento sociedades, etc., etc. (2).

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Quedan así explicados la evolución de las instituciones zigzagueando a través de la Historia y otro fenómeno social que no hemos visto formulado científicamente, a saber: cómo el sino histórico se va realizando valiéndose las más de las veces de argumentos marginales, y así en el caso de la contratación inmobiliaria no se ataca de frente la cuestión cuando de tan eficaces armas cabría hacer uso, según ha quedado someramente expues-

(2) Con posterioridad a la preparación de estas notas se ha dictado la Orden de 15 de marzo de 1962, que establece *libertad* para las inversiones extranjeras por compra de valores mobiliarios españoles, las cuales deberán ser objeto de declaración ante la Oficina de Estadística del Ministerio de Comercio; y no obstante ser innominada tal declaración, se condiciona a su cumplimiento el *nacimiento* de los derechos de transferencia reconocidos por la Orden a favor de los propietarios de títulos mobiliarios. Si no hay declaración no hay transmisión. ¡Cuán lejos estamos del espíritu del derecho romano—*res mobilis, res vilis*—que aún pervive en nuestro Código civil (arts. 164, 271, 317...) y que tantos entusiasmos despierta entre los romanistas y sus seguidores!

tó; pero un día la regulación de la hipoteca, otro la concentración parcelaria, otro las unidades mínimas de cultivo, la ordenación urbanística del suelo, la expropiación forzosa, la legislación de Montes, la de viviendas favorecidas por el Estado, la de propiedad horizontal, el Estatuto de recaudación, etc., etc., van derribando fragmentariamente la libertad contractual hasta que acabe por caer del árbol del Código civil como fruta madura, no siendo el menor envite el de la jurisprudencia cuando pone de relieve que «la evolución jurídica camina decididamente hacia una infiltración de elementos éticos y sociales de tono imperativo que disciplinan las relaciones de Derecho privado, imprimiéndoles carácter público, a expensas del principio de autonomía de libertad» (S. T. S. 2-IV-946).

SU CULMINACIÓN.

Esperemos, pues, que el Código civil, dando un giro de 180 grados, acabe por establecer que para que sean *válidos* los actos y contratos relativos a bienes inmuebles deberán constar inscritos en el Registro de la Propiedad.

SECUENCIA.

Si tardará poco o mucho en alcanzarse el fin del periplo no es de fácil vaticinio. Lo que desde luego puede asegurarse es que llegado ese momento desaparecerán la mayor parte de las cuestiones que hoy preocupan y obsesionan. Y así, la realidad y el Registro serán una y la misma cosa sin las discordancias actuales; la presunción de que la inscripción es exacta e íntegra dejará de ser una ficción para convertirse en una realidad *erga omnes*; no existirá la distinción entre partes y terceros porque sobre todos presionará con la misma intensidad la inscripción; la teoría del título y el modo pasará a ser una curiosidad arqueológica; no cabrán las dobles vueltas, con su secuela de problemas tan embarulladamente resueltos en el Código civil; ni la doble titularidad, civil la una e hipotecaria la otra; ni, en su consecuencia, las

adquisiciones *a non dómíno*, porque no habrá más dueño que el titular inscrito; lo mismo ocurrirá con el heredero aparente y con las complicaciones que motivan las tercerías... y nuestro sistema inmobiliario, y con él la Ley Hipotecaria, alcanzarán la sencillez y claridad que debe tener toda norma de derecho.

CONCLUSIÓN.

En suma, la Ley Hipotecaria habrá dejado de ser difícil.

EDUARDO MARTÍNEZ-MORA

Registrador de la Propiedad.

Reflexiones hipotecarias

SUMARIO: I. Sugerencia acerca de la nomenclatura.—II. Elementos registrales de nueva denominación. 1. Elemento de presunción de exactitud. 2. Elemento de fe pública. 3. Elemento de publicidad. 4. Elemento de especificación. 5. Elemento de ininterrumpibilidad o de no interrupción. 6. Elemento de petición.

I. SUGERENCIA ACERCA DE LA NOMENCLATURA.

Ciertamente, el problema de la nomenclatura pertenece a la parte del Derecho llamado hipotecario que podemos denominar «Teoría general»; no obstante, su importancia crece, inclusive desde el punto de vista meramente *práctico*, debido al valor que tiene la facilidad de ubicar correcta y rápidamente una rama o una institución del Derecho al pronunciar tan sólo su nombre.

Por consiguiente, estimamos que podemos tender un puente entre las distintas denominaciones que ilustres autores han tratado de dar o proponer para la materia llamada Derecho registral o registral inmobiliario o hipotecario o del Registro de la propiedad, que, al fin y al cabo, es una rama autónoma del Derecho civil que se dedica al estudio del registro jurídico de la propiedad inmueble en los aspectos de los Derechos reales que pueda haber sobre dichos bienes raíces con la constitución, modificación o extinción de dichos Derechos reales en íntima vinculación y mediante el registro establecido a tal fin por la ley y con el régimen

de garantías que dicho registro signifique en razón de su creación, objeto y funcionamiento. Por el método inductivo, pero por exclusión, llegamos a este razonamiento:

1. Si decimos *Derecho registral*, tenemos los conceptos de Derecho, Registro e Inmueble, pero nos faltará el de Hipoteca (y demás Derechos reales).

2. Si decimos *Derecho inmobiliario*, tenemos los conceptos de Derecho e Inmueble, mas careceremos de los de Registro, columna vertebral del sistema, y de Hipoteca.

3. Si decimos *Derecho registral inmobiliario*, tenemos los conceptos de Derecho, Registro e Inmueble, mas nos faltará el de Hipoteca, junto al de los demás Derechos reales.

4. Si decimos *Derecho registral hipotecario*, tenemos los conceptos de Derecho, Registro e Hipoteca, mas careceremos del de Inmueble.

5. Si decimos, en cambio, *Derecho registral inmobiliario hipotecario*, o, tal vez, menos propiamente, *Derecho inmobiliario registral hipotecario*, tenemos todos los conceptos, a saber: Derecho, Registro, Inmueble e Hipoteca, dando a Hipoteca un sentido y uso general *en representación* de todos los derechos inscribibles.

De donde podemos concluir lo siguiente:

a) Lllamarlo *Derecho registral inmobiliario hipotecario*, aun cuando resulte un poco extenso y, por ende, poco práctico, porque sería el nombre completo que haría evitar—en la situación actual de las cosas—caer en cualquier error o malentendido; o

b) Lllamarlo *Derecho hipotecario* a secas, pero sabiendo y teniendo en mente que este nombre *no es más que una abreviatura* del otro más extenso, el anterior, porque—¡y ahí está la razón!—Derecho «hipotecario» *no existe* fuera de esta acepción por la sencilla razón de que la hipoteca, como uno de los Derechos reales, se halla ubicada dentro del cuerpo de Derecho civil, o, más propiamente, el Código civil. Esto serviría también para destacar el *dinamismo* del Derecho real, en vez de su estructura o *estática*.

II. ELEMENTOS REGISTRALES DE NUEVA DENOMINACIÓN.

El empleo de este término «elementos» se impone, a nuestro juicio, debido a las siguientes razones:

Existe una gran disputa acerca de los términos «principios» y «presupuestos» hipotecarios empleados por ilustres hipotecaristas. No nos incumbe *hic et nunc* explicar nada más acerca de ellos, ya que es de conocimiento general su origen alemán, razón por la cual podríamos estar discutiendo filosófica, morfológica e idiomáticamente sobre el particular.

Ni los «principios» ni los «presupuestos» hipotecarios son *tabú* ni *sacrosancta*, es decir, no constituyen en sí o de por sí unas *verdades primarias* ni *principios inconvencibles*; son más bien frutos de muy conscientes investigaciones de los expertos y especialistas; mas, como tales, son de un valor—como todo lo humano—relativo. Por ello no existe inconveniente alguno en darles otro nombre. Y en cuanto al nombre, diremos que el término «elemento» quiere significar—sin las pretensiones de un «principio»—criterio, factor y tal vez un *abstractum* con el cual debemos operar al explicar Derecho hipotecario, es decir, significa un auxiliar de trabajo didáctico.

Ya que ésta es la situación, en nuestra opinión, podemos afirmar que ni la existencia ni el número ni la calidad de dichos «elementos» son materia de dogma, de modo que no existe obligación alguna de creer ciegamente en ellos. Es así porque, en lugar de ser *principios*, son *extractos*, es decir, resultados de análisis y exégesis de textos legales. Ayudan, sin duda, la comprensión del sistema registral por el hecho de colocar el sistema registral en diversos enfoques desde los cuales estudiarlo, analizarlo, presentarlo.

No pretendemos por supuesto, analizar ahora todos los «elementos» registrales, sino tan sólo dedicaremos nuestra atención a algunos cuya *denominación usual*, que quizá pueda llamarse ya clásica, nos parezca *prima facie* objeto de fundada crítica.

1. *Elemento de presunción de exactitud.*

Pues bien: este elemento es llamado clásicamente «el principio científico hipotecario de legitimidad» porque legitimaría la inscripción. Nos parece, sin embargo, que el nombre elemento de presunción de exactitud expresará mejor la esencia de este «principio», por lo que diremos a continuación.

Importa, no sólo que los asientos del Registro son verdaderos y exactos, sino también, como consecuencia, que el derecho inscrito subsiste mientras dure su inscripción, es decir, mientras no sea cancelada. En otras palabras: el titular del inmueble, por ejemplo, es el que figura en el Registro como tal mientras no sea cancelado por cualquier motivo (transmisión, modificación, extinción de su derecho).

Por ello se dice que la inscripción lleva una fuerza o un efecto de legitimación porque hace legítimo el título inscrito a favor del titular inscrito. Mas nos parece que la «legitimación» es consecuencia de la presunción de exactitud y no viceversa, porque, debida a la presunción de exactitud, la inscripción adquiere fuerza legitimadora y no viceversa.

No nos interesa ahora tampoco entrar a considerar las distintas situaciones y posiciones que puedan plantearse o tomarse frente a la coincidencia y la no-coincidencia de la realidad jurídica de la vida, la *fáctica* con la realidad jurídica registral de los asientos, la *legal* , es decir, debido a la disposición de la ley y no Derecho.

2. *Elemento de fe pública.*

Es consecuencia del anterior, porque, además de tratarse de una presunción de exactitud de los asientos del registro, se trata también de una *garantía* para el tercero de que el registro es perfecto. Se suponen, pues, dos cosas: el registro es exacto y el registro es íntegro.

Registro *exacto* se refiere a la *calidad* , mientras registro *íntegro* significa *cantidad* porque indica que se hallan inscritos *todos* los datos referente a la finca. Estos dos aspectos se completan y hacen a la esencia de la fe pública sin confundirse en absoluto,

porque la presunción de exactitud no abarca la integridad de las inscripciones, la integridad de los datos inscritos, en sentido *cuantitativo*.

3. *Elemento de publicidad.*

Distinto es el elemento de publicidad, porque *publicidad* no es sinónima ni de presunción de exactitud ni de fe pública, porque significa que el registro y sus asientos están abiertos al público, que no son clandestinos ni secretos.

Significa también el carácter «público» del registro en el sentido de que su creación se debe a la ley y que un particular no puede crear un registro, ya que el registro tiene una misión social que, en grandes rasgos, consiste en auxiliar a la *seguridad jurídica* que no puede ser lograda clandestinamente. Todo lo contrario: cuanta más publicidad existe para todos los actos en una comunidad más garantía tienen los ciudadanos de que gozan de seguridad jurídica.

4. *Elemento de especificación.*

Los expertos españoles le dicen principio de especialidad. Pero ¿de qué especialidad se trata? En realidad, lo que este elemento hipotecario o registral quiere indicar es que el registro debe especificar individualmente tanto el inmueble como a su titular y los derechos inscritos. En la «especificación» de estos tres factores consiste el *elemento de especificación*, y no el *principio de especialidad*, porque se trata de individualizar, de determinar, de identificar a los tres factores mencionados.

Podríamos llamarlo también de «identificación»—lo cual sería todavía más correcto—, mas nos parece que no se puede hablar de «identificar» a los Derechos reales, aunque sí se puede «identificar» perfectamente al titular y aun al inmueble. En cambio, el término «especificar» va bien para los tres.

Y, hablando de especificación, debemos mencionar también el llamado «exceso de cabida». ¿Qué quiere decir este nombre?

El nombre, tal cual, significa que existe un *plus* en las medidas de la finca; mas en realidad se entiende por esta expresión

una diferencia, una divergencia entre los datos reales de la extensión territorial o superficial de la finca y los asientos del registro. Y como tal puede ser tanto negativa como positiva. Es *negativa* cuando la extensión real es *menor* que la indicada en el registro, y es *positiva* cuando es *mayor*. En otras palabras: exceso de cabida sería tan sólo en el caso del supuesto positivo porque sólo aquí habría un *plus*, un «exceso» de la medida.

5. *Elemento de ininterrumpibilidad o de no interrupción.*

Nos referimos a lo que los clásicos llaman «tracto sucesivo», y nos proponemos esta denominación porque lo que pasa en el caso del tracto sucesivo es que se exige que haya una continuidad ininterrumpida, una sucesión continua sin interrupción de un titular al subsiguiente inmediato, y así sucesivamente.

El término *tracto sucesivo* a secas, y sin agregarle ninguna explicación ni interpretación, no significa necesariamente que no haya interrupción, porque tracto sucesivo es también la sucesión con saltos en la continuidad temporal de los titulares del dominio, aunque no es una sucesión, desde luego, sin interrupciones.

6. *Elemento de petición.*

Nos referimos a lo que se llama en los Tratados «principio de rogación». Nuestras razones por inclinar por este nombre de «petición» son las siguientes:

En los países modernos, el derecho que quiere indicar el nombre de «rogación» se llama técnicamente «derecho de petición» y significa un verdadero *derecho*, una garantía fundamental, constitucional de recurrir a las autoridades públicas elegidas por el mismo ciudadano, a peticionar una cosa, a presentarse ante ellas a fin de hacer una petición. Es decir, no se trata de *ninguna concesión graciosa* del que manda, sino de un *derecho fundamental* de cualquier ciudadano, y, como tal, el ciudadano no tiene que *rogar* a nadie—excepto a Dios—porque es él mismo quien ha elegido a sus autoridades.

Existe otro argumento de carácter *legal* y no *jurídico*. Nos referimos al texto de la ley hipotecaria en cualquier país donde

exista registro. Si la ley autoriza al ciudadano a inscribir su finca y los Derechos reales en el registro, ya existe la *autorización legal*, por consiguiente, no tiene nada más que hacer que *hacer valer su derecho, garantizado por la ley*, es decir, *nada de rogar*. Y si consideramos a los países donde la ley, no sólo autoriza, sino obligase al ciudadano a inscribir su finca, etc., en el registro, entonces con menos razón podríamos hablar de «rogación», ya que se trata de una *obligación* impuesta por la ley, y el ciudadano tendrá que obedecer, *solicitando*, o sea peticionando—y no rogando—la inscripción que, por otra parte, es una *obligación para el funcionario a cargo del registro*, a la cual no puede eludir, ni siquiera en los casos de títulos insuficientes, porque en estos casos, al menos, tiene la obligación legal de *estudiar* los títulos y tomar una decisión acerca de su inscripción. Pero esto es un problema distinto.

DOCTOR J. J. SANTA-PINTER.

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Puerto Rico. Ponce. Director asociado del Instituto de Derecho Comparado de Puerto Rico.

La ficción social en el Impuesto de Derechos reales

Obligación de presentar al liquidador los documentos en los que se acreditan los contratos asimilados al de Sociedad y los recibos provisionales.

I. Según el apartado 27 del artículo 19 del R. I. D. R., el contrato de cuentas en participación se considerará como Sociedad, y tributará en tal concepto, sobre la base de la parte de capital en que se hubiere convenido que el comerciante participe de los resultados prósperos o adversos de las operaciones de otros comerciantes.

En dicha norma viene a determinarse el tipo de liquidación y la base liquidable, pero quedan por resolver otros varios problemas, entre ellos el referente a la persona obligada al pago.

Para determinarla no basta la escueta remisión del precepto al decir que «se considerará como Sociedad». Tratándose de Sociedades, la disposición aplicable es la del número 7 del apartado 1.º del artículo 59 del R. I. D. A., que establece que en la constitución de Sociedades satisfarán éstas el impuesto. Y esta norma no puede ser transportada al ámbito del contrato de cuentas en participación. Porque el obligar al pago a la Sociedad se apoya en el hecho de que con este tipo de contrato se crea un ente co-

lectivo con personalidad distinta de la de los socios y con patrimonio autónomo y, precisamente por ello, porque la nueva persona jurídica adquiere unos bienes (apartado 1.º del artículo 59), es por lo que tiene la obligación de satisfacer el impuesto. Pero, tratándose de las cuentas en participación no se produce la creación de una nueva personalidad ni el establecimiento de un nuevo patrimonio. Por tanto, no puede producirse el trasplante de la obligación de pago a nombre de la cuenta en participación que ni tiene personalidad ni patrimonio propios.

Al no poder refugiarnos, para resolver el problema, en las normas de la Sociedad, habremos de acudir a las reglas generales de determinación de las personas obligadas al pago del impuesto en los contratos.

El artículo 59, que las contiene, establece en su apartado 1.º que el impuesto se satisfará, por regla general, por el que adquiera o recobre los bienes o derechos *gravados* o por aquel a cuyo favor se reconozcan, transmitan, declaren o adjudiquen los bienes, *créditos o derechos*...

Esta norma nos pone en la tesitura de desentrañar las varias adquisiciones que se producen en el supuesto de un contrato de cuentas en participación. Por un lado, el gestor *adquiere el capital aportado* por quien se interesa en sus negocios; por otro lado, el participante adquiere un derecho, un tanto borroso, en los negocios del gestor, traducido fundamentalmente en el derecho a participar en los resultados prósperos o adversos de la empresa del último.

Por consiguiente, por consecuencia del contrato, el gestor adquiere el derecho a que se le entregue el capital de la cuenta. Como contrato consensual que es, engendra por bilateralidad obligaciones recíprocas en los contratantes. El gestor se obliga a dar participación en su negocio al otro contratante y a rendirle cuentas justificativas de su gestión. El participante se obliga a entregar un capital. Correlativas a estas obligaciones aparecen los correspondientes créditos de los contratantes. El gestor tiene un derecho de crédito frente al participante para exigirle la entrega del capital y el participante adquiere un derecho, de exigencia más futura, para recabar del gestor una participación en los lucros venideros de la empresa.

Al llegar el momento de la ejecución de este contrato, perfeccionado por el simple cruce de voluntades, el participante entregará al gestor el capital prometido, con lo que el gestor adquiere la propiedad exclusiva del mismo. La entrega—dice GARRIGUES—no se realiza *obligandi causa*, como ocurre en el préstamo mutuo, que por ser un contrato real requiere la tradición efectiva del dinero para constituir o perfeccionar el contrato, sino *solvendi causa*, es decir, como efecto del contrato ya perfecto.

En consecuencia, el juego de las adquisiciones es el siguiente:

a) El gestor adquiere la propiedad del capital aportado por el otro contratante. Por esta adquisición tributará, si, de acuerdo con el apartado 1.º del artículo 59, podemos considerar que ha adquirido un bien *gravado* por el impuesto. Que no se da esta circunstancia nos lo viene a advertir el número 2.º del apartado A del artículo 6.º del R. I. D. R., según el cual gozarán de exención del impuesto las entregas de cantidades en metálico que constituyan precio de bienes de todas clases o *pago* de servicios personales o *de créditos*. Ya hemos visto anteriormente que la transmisión de la propiedad del capital la hace el aportante a favor del gestor en pago del crédito que éste adquirió en el momento de perfeccionarse el contrato consensual de cuentas en participación. Si el contrato fuese real, como ocurre en el caso del mutuo, la entrega no se haría en pago de un crédito porque para que existiese el crédito a la entrega de dinero se precisaría de la existencia de un contrato consensual, que sería un contrato preparatorio de promesa de préstamos, un *pactum de mutuo dando*.

Pero como la cuenta en participación no es un contrato real, sino consensual, la entrega de capital constituye el pago de un crédito, del crédito que tiene el gestor frente al partícipe para que éste le entregue el capital prometido en el momento del perfeccionamiento del contrato. Encaja, pues, en la exigencia literal del número 2.º del apartado A del artículo 6.º del Reglamento y, por tanto, el dueño del negocio, no deberá pagar el impuesto por haber recibido el dinero que se le entrega en pago de un crédito preexistente. Es un caso similar al del contrato paradigmático de compraventa. El obligado al pago del impuesto es el comprador porque adquiere una cosa corporal, y el vendedor que adquiere a

cambio el dinero, que es la medida del valor de la cosa, no paga el impuesto, porque (art. 6.º) este metálico constituye precio de la adquisición de bienes. Los ejemplos son ilimitados. Cuando se constituye un usufructo, cuando se hipoteca una finca, cuando se arrienda un bien..., paga el impuesto el que adquiere cada uno de estos derechos y está exento el que, en contraprestación de las facultades cedidas, obtiene dinero a cambio.

En esta misma opinión abunda el más ilustre comentarista del Impuesto de Derechos reales, don FEDERICO BAS Y RIVAS, que al comentar el artículo 59 dice: «Para estar obligado al pago del impuesto no basta ser adquirente de bienes; es necesario serlo de bienes o derechos *gravados*. Por eso el metálico, aunque no cabe duda que es un bien como otro cualquiera, está exento en su transmisión cuando actúa en su función económica.»

Este es el derecho constituido. Otra cuestión es la de si es justa esta gravitación del impuesto sobre el comprador con exclusión del vendedor. Nosotros creemos que no. A nuestro entender, lo más equitativo sería repartir la carga tributaria entre comprador y vendedor. Pueden verse en este sentido los razonamientos que exponemos en nuestra *Legislación fiscal*, páginas 307 y siguientes.

b) Debe ser el participante quien satisfaga el impuesto de Derechos reales correspondiente al contrato de cuentas en participación. Porque adquiere un derecho de indudable contenido económico, al que antes nos hemos referido. Y porque es un derecho *gravado*, por cuanto no aparece exceptuado en ningún pasaje del Reglamento y por un argumento de necesaria inclusión. Si, como hemos visto, el gestor está exento por el dinero que adquiere; si, como también hemos demostrado, la cuenta en participación no puede hacerse responsable del pago por cuanto no tiene personalidad independiente y se confunde, por tanto, con el negocio del gestor, lógicamente ha de ser el otro contratante el que haga frente a la presión tributaria, porque si no la norma del artículo 19, apartado 27, sería absurda, ya que hubiese establecido la necesidad de que la cuenta en participación tribute como un contrato de sociedad y habría dejado sin posible solución la determinación del sujeto responsable. Necesariamente, pues, ha de ser

el participante quien subvenga al cumplimiento de la obligación fiscal.

A veces ocurre que la entrega del capital por parte del que se interesa en el negocio ajeno se verifica en el mismo momento de la redacción documental, lo que confiere al contrato una apariencia de real.

Sin embargo, esto no es así y la modalidad de ejecución de las prestaciones de las partes no puede tener energía para desvirtuar la idiosincrasia consensual de esa figura jurídica. A lo sumo, se tratará de una convergencia temporal entre los momentos de la perfección documental y el de la ejecución de la prestación del contratante obligado.

Algo similar ocurre con relativa frecuencia en materia de compraventa, siendo corriente que en la escritura notarial se haga constar un precio de presente confluyendo con la entrega actual de la cosa vendida.

Las circunstancias del cumplimiento simultáneo de las prestaciones de los contratantes en el mismo momento de la autorización documental no trueca a la compraventa en contrato real. Por este simple hecho no puede desnaturalizarse la configuración que el Código imprime a este contrato, estructurado como consensual y productor de obligaciones. Lo dice categóricamente el artículo 1.450 del Código civil, según el cual la venta será obligatoria si el comprador y el vendedor hubiesen convenido en la cosa y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado. Este precepto, aunque se pronuncia por la perfección convencional de la compraventa, deja la puerta abierta para que se puedan entregar la cosa y el precio en el mismo momento de prestarse el consentimiento. Esto constituye una modalidad (la de la compraventa real o manual), posible dentro de la gran libertad pacticia que permite nuestro Derecho positivo en el ámbito de la contratación.

II. Al tratar del estudio fiscal de la comunidad de bienes, es necesario referirse al párrafo 26 del artículo 19 del R. I. D. R. Este párrafo establece lo siguiente:

«El contrato, sean o no mercantiles las Sociedades o personas

que lo celebren...» Al referirse a personas individuales, es mejor hablar de comerciantes que de «personas mercantiles».

«... Por el cual se hagan comunes (ganancias o productos de bienes)...». La expresión «hacerse comunes» implica el nacimiento de una comunidad de bienes. De una comunidad en el derecho de disfrute de los productos de bienes o negocios determinados. Es decir que lo que entra en comunidad no son los bienes fructíferos, o los negocios rentables, sino los productos de ellos, una vez independizados de la cosa fructífera. Los bienes que producen la utilidad pueden mantenerse separados de la comunidad, integrada fundamentalmente por los productos que aquéllos hayan de producir.

«... O deben repartirse en la proporción convenida el todo o parte de las ganancias o utilidades obtenidas por aquéllas o los productos de bienes, empresas o negocios determinados...» No deja de ser chocante la identificación disyuntiva del apartado 26, que venimos comentando. En efecto, este párrafo considera análogos los supuestos de hacerse comunes o deber repartirse unas ganancias o unos productos. A nuestro entender, se trata de dos situaciones radicalmente opuestas. «Lo que se hace común» es porque pasa a formar parte de una comunidad que ha de nacer o que ya está vigente. Lo que debe repartirse hace alusión al momento final de una comunidad de bienes. El reparto viene con la división de la cosa común. Y la división de la cosa común es una de las formas de extinguirse la comunidad de bienes. «Se hacen comunes» las cosas que no quieren repartirse. Por ello si se hacen comunes unos frutos es porque se pretende constituir con ellos un fondo, cuya normal situación no demanda la división del mismo.

Si desde el momento de la celebración del contrato se está previendo el reparto de las ganancias aún no obtenidas, claramente se está patentizando que no se quiere abocar a ninguna situación de comunidad.

Cosa distinta sería (lo que no permite la reducción literal del precepto) si la comunidad se constituyese con los bienes fructíferos. Estos podrían pasar a integrar el fondo común, en cuyo supuesto la comunidad no tendría por qué prolongarse a los pro-

ductos, ya que el fin normal de una comunidad de bienes fructíferos, es, indudablemente, el reparto de las ganancias, en la misma proporción en la que se participa en el condominio. Pero, insistimos, no puede el intérprete refugiarse en esta solución conciliadora porque la letra del apartado 26 se lo impide.

«... Se considerará como Sociedad de ganancias...» A la Sociedad de ganancias se refiere el artículo 1.675 del Código civil, que la hace comprender todo lo que adquieren los socios por su industria o trabajo, excluyendo de esta sociedad universal de ganancias los bienes muebles o inmuebles que cada socio posee al tiempo de la celebración del contrato, que continúan siendo de dominio particular, pasando sólo a la Sociedad el usufructo.

La referencia del R. I. D. R. a la Sociedad de ganancias nos confirma en la idea antes defendida de que en la comunidad que venimos estudiando no entran a formar parte los bienes fructíferos, sino únicamente los productos de los mismos. Lo confirma categóricamente el apartado 2.º del artículo 1.675 del Código civil.

«... Liquidable sobre la base del usufructo de los bienes cuyos productos o utilidades de explotación sean objeto de la Sociedad...» Este inciso parece vislumbrar una especie de comunidad en el derecho de usufructo.

«... Pero si se constituye una administración única común de los negocios, empresas o bienes de que se trate, se liquidará como constitución de Sociedad por el valor total de los bienes...»

La frase «administración única común» es equívoca. Bastaría con hablar de administración o de administración común. La reducción actual puede alimentar la duda de si las palabras «administración única» han de entenderse en el sentido de que el órgano administrativo haya de ser una sola persona. No parece ser ésta la inteligencia a que ha llegado el T. E. A. C., que en Reglamento de 20 de abril de 1955 considera que hay administración única cuando por mutuo acuerdo las partes crean un órgano administrativo. Órgano que podrá ser unipersonal o colegiado.

Como el apartado 25 se refiere a la sociedad universal de ganancias, y como, por otra parte, el apartado 26 se refiere a los productos de bienes, empresas o negocios determinados, casi más acertado sería el encuadre del apartado 26 en el grupo de la Sociedad

particular de ganancias a que se refiere el artículo 1.678 del Código civil. La Sociedad universal de ganancias comprende el usufructo de los bienes de todas clases pertenecientes a los socios y no sólo el usufructo de bienes determinados.

III. Intima relación con la exención de los contratos verbales guarda el artículo 103 del R. I. D. R., según el cual todo documento que comprenda acto o contrato referente a cantidad, cosa o derecho valuables, ha de presentarse forzosamente en la oficina liquidadora competente, esté o no sujeto al impuesto o exceptuado del mismo.

El artículo 103 liga la eficacia del impuesto al documento en el que se consigna el acto o contrato referente a cosas valuables. El criterio se refrenda en el artículo 48 del mismo texto legal. Estos artículos y otros varios, que pudiéramos llamar adjetivos fiscales, desnaturalizan un tanto la idiosincrasia del tributo, acercándolo al gravamen por timbre, que funciona inseparable de los documentos en los que se constatan actos jurídicos.

Los primeros artículos del R. I. D. R. se orientan hacia un enfoque substantivo de la materia tributable. El artículo 1.º, el 2.º, el 3.º, 4.º y 5.º, que contienen una especie de «parte general» del impuesto, aluden siempre, para delimitar el área del gravamen, a los actos y contratos. Pero esta claridad inicial, que debiera mantenerse a lo largo de todo el articulado, se enturbia en el artículo 6.º, que en su número 9.º del apartado A, reconoce exención a los contratos verbales.

En su rango adjetivo, el artículo 103, si se observase debidamente, acarrearía una sobrecarga excesiva de trabajo sobre las oficinas liquidadoras. Comienza diciendo que debe presentarse forzosamente todo documento que refleje una operación valorable. Si tenemos en cuenta el amplísimo concepto de documento, en el que se comprende la correspondencia, las letras de cambio, los cheques, los pagarés, los recibos, los resguardos, los vales, los asientos privados..., se comprenderá que el artículo 103 no es susceptible de una aplicación a rajatabla.

¿Es necesario presentar en las oficinas los recibos, vales y documentos análogos? Supongamos un recibo de cantidad expedido

por un vendedor que entregó la cosa vendida y que con la extensión de este documento acredita el cumplimiento de la obligación del comprador.

El acto sujeto al pago del impuesto hubiese sido el contrato de compraventa debidamente documentado, bien en forma pública bien en escrito privado.

Esto lo sostenemos basados en una gran parte en el modo usual de proceder en la práctica y por otro lado acudiendo a ficciones y malabarismos seudojurídicos que calan en la entraña del Derecho real.

El impuesto que estudiamos grava las transmisiones de bienes, y así lo reconoce el artículo 5.º del Reglamento en sus números I y VII, que se ocupan de las traslaciones de dominio de bienes. Pero el dominio no se transmite por el simple contrato de compraventa, sino que precisa de la entrega de la cosa, o, dicho de otra forma, no se adquieren los Derechos reales en el momento de la perfección de los contratos traslativos, sino más bien en la fase de ejecución o cumplimiento de los mismos.

Pero la nitidez de la construcción jurídica española en esta materia se desvanece en cuanto analizamos algunos artículos del R. I. D. R. Así, por ejemplo, el artículo 9.º exceptúa los contratos verbales y, sin embargo, es en ellos en los que se produce generalmente una inmediata transmisión de dominio, pues es muy corriente concluir de una forma simplemente oral las compraventas manuales o directamente traslativas.

El artículo 24, que desarrolla el apartado VII del artículo 5.º, le hace perder claridad, porque ya no se refiere a las traslaciones de dominio de bienes muebles, sino que se refiere a las compraventas de estos bienes, con lo que, en vez de atender a la fase final, engendradora del Derecho real, al acto traslativo de dominio, se ciñe al momento inicial de ese proceso transferidor, que es el de la perfección del contrato de compraventa.

Decíamos hace poco que, en presencia de un recibo, para hallar el acto sujeto, normalmente deberíamos remontarnos hasta el contrato de compraventa a que (*referiere*) digo refiere el artículo 24. Pero si este contrato no se documentó, o bien no es posible hacerse con él, por ocultación de los interesados, habrá que pen-

sar en la exención de los contratos verbales. Es decir, que el contrato en el momento de su perfección estaría exento.

Y es entonces, eliminada la posibilidad de sujetar a tributo el hipotético contrato, cuando hay que encararse directamente con el recibo y examinar su alcance fiscal. La solución aparece pre-juzgada por la jurisprudencia, muy copiosa, surgida al comentar la exención de los contratos verbales, según la cual los recibos de cantidad no hacen perder la exención a los contratos orales.

¿Qué es el recibo? Un recibo no se identifica con la fase de ejecución de un contrato, sino que representa la constancia documental de esa misma ejecución. La ejecución de un contrato de compraventa, por ejemplo, se integra por la entrega de la cosa y por el pago del dinero. El recibo que se extienda para hacer constar la percepción de cualquiera de estas prestaciones es subsiguiente a las mismas, no identificado con ellas, sino acreditador de que las mismas se han producido en el mundo jurídico.

La fase de ejecución de los contratos escapa a la clasificación normal de ellos en consensuales, reales y formales. El cumplimiento de la prestación, normalmente la entrega del objeto debido, implica un algo real. Lo consensual pertenece a una fase antecedente, en la que se perfeccionó el contrato. Sólo tratándose de las obligaciones de no hacer pudiera advertirse la existencia de una prestación de cierto tono consensual, aunque por vía negativa, por lo que más que auténtica prestación consensual negativa, viene a ser obligación personal negativa, con prestación que es una abstención, pues todo lo que implique una conducta positiva acarrea el incumplimiento obligacional.

El cumplimiento de los contratos es normalmente real, sobre todo en el supuesto de las obligaciones de dar. Y también en las de hacer. Porque exigen una conducta exterior y positiva que invade el mundo real.

Prestaciones formales sólo se dan en los limitadísimos casos en que el legislador liga la forma documental a la validez del negocio jurídico, y aun en muchos de esos casos, la observancia de la forma implica algo superpuesto y posterior a la propia fase de ejecución del contrato. Por ejemplo, en la donación de bienes inmuebles, la auténtica prestación viene representada por la en-

trega de la cosa donada, por la dejación que de su derecho hace el propietario donante, pese a que el artificial mecanismo del Código civil haya establecido la doble exigencia de la escritura pública para la validez de estas donaciones y la necesidad, o mejor dicho, la posibilidad de que el otorgamiento de la escritura equivalga o supla a la entrega material del objeto donado mediante el instituto de la llamada tradición instrumental.

¿Cuál es el valor fiscal de los recibos de cantidad o cosa valuable? Juridicamente son documentos privados por no estar intervenidos por un funcionario público competente que haya observado las solemnidades requeridas por la ley. Admitido que se trata de una especie documental, ninguna duda cabe que se refiere a ellos el artículo 103, que tiene un arranque de gran generalidad, refiriéndose literalmente a *todo documento*, comprendiendo, por tanto, a los privados, y entre ellos a los recibos o vales.

Pero para que exista la obligación de presentar es necesario que el documento comprenda *acto* o *contrato* valuable. Para saber, pues, si ha de presentarse un recibo es necesario averiguar si puede reputarse como acto jurídico el que en el escrito (recibo) aparece documentado.

Como quiera que en su esencia, y prescindiendo de desnaturalizaciones reglamentarias, el de los Derechos reales es un impuesto que grava el acto o contrato, habremos de remontarnos hasta el acto jurídico implicado en el recibo. Ya hemos dicho antes que el recibo es expresión de la fase de ejecución de un contrato, de la prestación prometida al perfeccionarse el mismo. En las obligaciones de dar el recibo acredita que se ha verificado la entrega. Por tanto, en definitiva, la cuestión se reduce a averiguar si esa tradición es o no es acto jurídico.

Según una de las definiciones más generalizadas, el acto jurídico supone un hecho humano producido por voluntad consciente y exteriorizada y que produce un efecto jurídico. La prestación, la dación contenida en el recibo, encaja perfectamente en la noción de acto jurídico. En efecto, hay: primero, una actuación humana; segundo, la voluntad consciente; tercero, una exteriorización de esa voluntad, y cuarto, la producción de unos efectos jurídicos cuales son la liberación de los créditos producidos por

el contrato. Los recibos visualizan unas manifestaciones de voluntad que constituyen auténticos actos jurídicos.

Por ello, si entendemos de una forma rigurosamente literal el artículo 103 del Reglamento (y no hay forma de interpretarlo más espiritualmente, dada la sencillez del precepto), los recibos y documentos análogos deberán presentarse forzosamente en las oficinas liquidadoras del impuesto de Derechos reales.

Obligación tan rigurosa necesariamente ha de quedar en letra muerta, porque de cumplirse adecuadamente acarrearía un entorpecimiento inadmisibile en la contratación. Por ello, por lo perturbador de esta disposición, creemos que debiera modificarse esta norma en el sentido de una mayor flexibilidad.

JOSÉ MENÉNDEZ

Registrador de la Propiedad

Jubilación

(DICTAMEN)

SUMARIO: CONSULTA. DICTAMEN. I. Sobre la utilización del derecho de petición por los Registradores jubilados o próximos a la jubilación.—1. La naturaleza del derecho de petición: apelación a las facultades de oficio del poder público; su distinción con las reclamaciones y recursos.—2. La pretensión de los Registradores disidentes puede expresarse a través del derecho de petición.—3. No es posible negar a dichos Registradores el ejercicio del derecho de petición, ni «oponerse» a la que hayan podido producir, por no dar lugar a un expediente formal.—4. Sin embargo, el Colegio consultante puede dirigir una petición por su parte con su propia versión del problema, en solicitud del mantenimiento del criterio legal actual y de la desestimación de toda posible petición contraria; convendrá presentar esta eventual petición del Colegio ante la misma autoridad ante quien han acudido los Registradores indicados.—II. Sobre la utilización por dichos Registradores de los recursos administrativos.—1. Los recursos se configurarían como de reposición; imposibilidad de fundamentar los recursos en cuanto al fondo.—2. La comparecencia del Colegio en los recursos: posibilidad de ser considerado interesado necesario, facilidad de ser aceptado como interesado facultativo, a su solicitud; el Colegio cuenta con suficiente legitimación para ello, tanto según las normas generales como por las normas estatutarias de la Corporación.—3. Criterios prácticos en la comparecencia: alegación de fondo o petición de personación con ulterior vista y audiencia del expediente; las posibilidades de pedir la acumulación de los recursos.—III. Sobre la utilización por los Registradores de que se trata del recurso contencioso-administrativo.—1. Plazos de que disponen los Registradores para acudir a la vía contencioso-administrativa.—2. Personación del Colegio: legitimación, haya comparecido o no en la vía administrativa previa; las posibilidades de personarse como demandado o como coadyuvante de la Administración, e interés en hacerlo por el primer concepto.—3. Valoración de las posibilidades de fondo de los eventuales recursos contencioso-administrativos; la inmunidad jurisdiccional de las leyes formales, inadmisión de principios generales o de una supuesta equidad contra la ley.—IV. Sobre la posibilidad de que los recurrentes pidan la suspensión de los acuerdos de jubilación y defensas posibles.—1. El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos y la no suspensión de su ejecución por la interposición de recursos.—2. La posibilidad excepcional de obtener la sus-

pensión y su condicionamiento; la interpretación restrictiva de este supuesto y su dificultad práctica.—3. Personado el Colegio en los respectivos recursos, podrá oponerse a las eventuales peticiones de suspensión, alegando: —la inexistencia de la situación legal de reparación imposible o difícil del eventual daño, por ser daños puramente patrimoniales, ser solvente la Administración y estar legalmente establecido el criterio de su responsabilidad civil; —la posibilidad de que el Colegio ofrezca caución propia para responder de los eventuales daños; —el efectivo y grave daño que la suspensión produciría a los intereses públicos, —los daños de terceros, difusos, generalizados e irreparables; —el carácter fraudulento de la petición de suspensión; —la solicitud *ad eventum* de una elevada caución si la suspensión fuese otorgada.—V. Sobre la legitimación del Colegio para comparecer en las distintas vías de recurso. Remisión a los apartados II y III.—VI. Sobre la significación material de la fijación de una edad de jubilación forzosa en el derecho de funcionarios y sus criterios. La edad de setenta años no está superada como edad límite por el Derecho comparado y más bien ordinariamente rebajada. Los casos de Italia, Alemania, Inglaterra, Francia, Estados Unidos, Suiza, Portugal, Brasil, Finlandia, Organizaciones internacionales. La disimilitud con el caso de los Notarios.—CONCLUSIONES.

CONSULTA

Por la Junta del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad se solicita dictamen a este Letrado sobre la cuestión planteada por varios Registradores recientemente jubilados o próximos a la jubilación en orden a conseguir una prórroga de la edad de jubilación, por analogía con la que disfrutaban los Notarios y el personal de la carrera judicial. Al parecer, dichos Registradores han producido escritos ante la Presidencia del Gobierno, en ejercicio del derecho de petición, incluso algún recurso gubernativo contra los acuerdos de jubilación.

Me facilitan los antecedentes del problema de fondo, datos sobre la tradición del tema en el Cuerpo y sobre la oposición constante a toda prórroga de edad por parte de la Junta del Colegio (y antes de 1934 por la Asociación Nacional, antecedente de dicho Colegio), y en conclusión requieren mi opinión sobre los siguientes puntos:

1.º Si puede oponerse, y en qué forma, a la solicitud presentada con invocación del Derecho de Petición ante la Presidencia del Gobierno por unos treinta Registradores, individualmente, pero en términos idénticos y de la que no tiene oficialmente noticia.

2.º Si puede comparecer y en qué forma en el recurso administrativo interpuesto por el señor Quiroga Mondelo, Registrador

de la Propiedad de Almodóvar del Campo, jubilado, y a los que sucesivamente, según noticias particulares, van a presentarse. De aquel recurso no tiene noticia oficial.

3.º Determinaciones sobre su actuación en los probables recursos contencioso-administrativos de los jubilados.

4.º Medidas que convenga adoptar para evitar la suspensión de las Ordenes de Jubilación en la tramitación de los procedimientos, finalidad inmediata que acaso persiguen los recurrentes.

5.º Si el Letrado estima que el Colegio se halla legitimado para comparecer y actuar en virtud de los artículos 295 de la Ley Hipotecaria, 560 a 562 del Reglamento Hipotecario, Decreto de 28 de marzo de 1958 (B. O. del 21 de abril) y Orden de 15 de octubre de 1958 del Ministerio de Justicia (B. O. de 30 de octubre), que aprobó el Reglamento vigente del Colegio.

6.º Y cuantas consideraciones estime oportunas en orden al problema planteado.

Aceptando dicho requerimiento, tengo el honor de formular el siguiente.

DICTAMEN

Contestaré sucesivamente a los distintos puntos anunciados en la consulta.

I

1. El derecho de petición es un derecho político reconocido en el artículo 21 del Fuero de los Españoles y cuyo desarrollo se encuentra en la Ley de 22 de diciembre de 1960. El artículo 1.º de esta Ley lo define así:

«es la facultad que corresponde a los españoles para dirigirse a los poderes públicos en solicitud de actos o decisiones sobre materia de su competencia».

Estos actos o decisiones que se solicitan son precisamente actos o decisiones graciabiles, para cuya emisión el peticionario no tiene un verdadero derecho subjetivo. Es ésta la diferencia entre las peticiones y las reclamaciones y recursos, pues en estos últimos el compareciente invoca un título jurídico que ampara su suplico, de tal modo que la resolución de los mismos se convierte en un problema de Derecho, en una *iuris dictio* en sentido material, que por lo mismo puede ser también jurídicamente impugnada ante una nueva instancia objetiva (administrativa o judicial) contencioso-administrativa). En el derecho de petición no se ventila una cuestión jurídica, sino política: se trata únicamente de ver si los motivos que invoca el peticionario son suficientes para determinar al órgano a quien la petición es dirigida el ejercicio de su propia y discrecional competencia. Puede, por eso, perfectamente solicitarse que se dicte una nueva disposición que altere el derecho constituido, como acepta explícitamente el artículo 11, párrafo 2, de la Ley citada. La petición tiene en rigor una finalidad ilustrativa de las autoridades para auxiliarlas en el ejercicio de sus facultades mediante la invocación de motivos que el peticionario juzga dignos de consideración desde el punto de vista público. El peticionario, por el hecho de la presentación de la petición, invoca un interés simple, el que todo ciudadano posee como miembro de la colectividad, interés que puede duplicarse eventualmente: primero, y esencial, el interés en que el poder público dicte actos o disposiciones oportunos y rectos, el interés, pues, en la gobernación pública; accidentalmente, esos actos o disposiciones que se solicitan pueden, además, redundar en ventaja del peticionario, pero esto no es ya necesario (yo puedo pedir que el Gobierno español denuncie el convenio con los Estados Unidos, o que el legislador suprima los derechos forales, o que se retiren los tricornos a los guardias civiles), y en todo caso cuando esta ventaja haya de producirse, la misma no constituye un verdadero interés legítimo del peticionario, porque no se ampara en ningún título jurídico, sino que pretende justamente crearlo. Incluso más: cabe que a través del derecho de petición se pida la reparación de una verdadera ilegalidad formal, pero entonces la petición funciona como denuncia de un hecho injusto y para movilizar un poder de oficio de la autoridad a quien sé

dirija, el poder de control sobre los órganos inferiores, o el poder de resolución que emana de cualquier otra cuestión pendiente que la petición simplemente recuerda. El derecho de petición apela, pues, siempre a los poderes de oficio, cuyo ejercicio se intenta movillizar mediante la invocación de supuestos motivos objetivos que pueden jugar como motivos determinantes para el titular de dichos poderes, en tanto que en las reclamaciones y recursos, por el hecho de que el solicitante ejercita una verdadera acción en sentido material, ésta hace surgir poderes específicos en el órgano destinatario para resolver sobre lo solicitado, poderes que son totalmente distintos de los poderes de oficio (por ejemplo, un acto administrativo declaratorio de derechos que sería irrevocable de oficio por la Administración, puede perfectamente ser revocado por ésta cuando resuelve en vía de recurso). De ahí se deduce, a su vez, que las solicitudes presentadas en ejercicio del derecho de petición no obligan a una resolución concreta, sino sólo—y aquí acaba toda la significación del derecho de petición—a ser recibidas, y consiguientemente a ser consideradas por las autoridades destinatarias, por lo mismo que el petionario no puede disponer de los poderes de oficio de dichas autoridades; en cambio, las reclamaciones y recursos fuerzan al órgano destinatario a una resolución, aunque ésta pueda ser, naturalmente, desestimatoria de la pretensión, por cuanto que en la reclamación y el recurso se ventila un derecho del solicitante cuyo mantenimiento o reconocimiento no puede quedar a arbitrio de la autoridad a quien la pretensión se dirige.

Esta caracterización del derecho de petición y su diferencia con las reclamaciones y recursos tiene una base legal explícita en el artículo 70 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al distinguir entre instancias y peticiones, las primeras que obligan a resolver a las autoridades que las reciben y las segundas que obligan sólo a que las autoridades acusen recibo de la petición, pero no a resolver. Por instancia ha de entenderse una solicitud fundada en cualquier título jurídico distinto del abstracto derecho político de petición, es decir, pues, las llamadas pretensiones en sentido técnico, que se expresan a través de reclamaciones o recursos; por petición, la solicitud que únicamente se ampara en ese abstracto derecho de petición, sin otro título jurídico con-

creto, derecho que es el que justifica producir ante el poder público las representaciones que la petición pueda contener.

2. El problema que plantean los Registradores de la Propiedad recién jubilados o próximos a la jubilación encuentra, por todo ello, su cauce adecuado en el derecho de petición, porque no piden otra cosa que la modificación de una ley en vigor, la Ley Hipotecaria, artículo 291, que establece que la jubilación forzosa tendrá lugar a los setenta años. Es evidente que, como todo ciudadano, dichos Registradores pueden ejercitar el derecho de petición en ese sentido—o en cualquier otro que les atañea menos personalmente—, por lo mismo que suplican de las autoridades decisiones que están dentro de su competencia, como la elaboración y aprobación de un proyecto de ley que establezca una edad más avanzada para la jubilación forzosa. Se trata de una petición típica, por lo mismo que no tiene otro título que el derecho político de petición. Lo que puede engañar es, paradójicamente, el hecho de su notorio interés personal en la decisión que solicitan, pero ya se ha notado que este interés personal no es un verdadero interés legítimo, sino un interés simple, por lo mismo, que no es capaz de ampararse en un título jurídico específico según el derecho constituido. Pueden invocar supuestos motivos de equidad, consideraciones de una hipotética justicia material, analogías legales reales o supuestas, hasta quizá el principio de la igualdad ante la ley (aunque no lo refieran, curiosamente, al común de los cuerpos administrativos, sino sólo a dos y uno de ellos además que no es un Cuerpo de funcionarios, como veremos luego), pero siempre su petición será que se modifique el artículo 291 de la Ley Hipotecaria, con lo que vienen a reconocer que todos esos motivos pueden jugar *de lege ferenda* y no *de iure condito*, como determinaciones o representaciones capaces de justificar una eventual iniciativa de las autoridades para promover una alteración legislativa, pero no como verdaderos títulos jurídicos—concepto que sólo tiene sentido posible ante el derecho formalmente constituido—. La solicitud sólo puede, pues, formularse al amparo del derecho político de petición, como derecho puramente formal, que no constituye un título jurídico respecto del fondo de lo pedido.

3. Con estas aclaraciones el Letrado informante pretende justificar que no es posible negar a los Registradores de que se trata el ejercicio del derecho de petición. Pero este derecho sólo comporta ante las autoridades ante quien se ejercita, como ya se ha notado, la obligación de recibir la petición, no la de resolver (la referencia del art. 11 de la citada Ley de 22 de diciembre de 1960 a que «en cualquier caso deberá comunicarse al interesado la resolución que se adopte», se refiere al supuesto en que haya, en efecto, resolución, pero no obliga a producir ésta, como precisa el art. 70, párrafo 3, de la Ley de Procedimiento Administrativo e implícitamente el art. 6.º de la misma Ley de 1960), y, por consiguiente, tampoco la de someterle a un trámite determinado.

Por ello mismo, el Colegio consultante no puede propiamente «oponerse» a dicha petición, como consulta, ya que es una petición formalmente legítima (y materialmente la petición puede tener el contenido que se quiera, con la única salvedad de que ha de tratarse de materia de la competencia del órgano a quien se dirija, aunque si éste no fuese competente remitirá la petición de oficio al que considere competente, comunicándoselo así al interesado, art. 7.º de la Ley), y además no va a ser objeto de una instrucción en un procedimiento formal en el cual poder comparecer como parte contradictoria. El art. 9.º de la Ley de derecho de petición prevé la posibilidad de una instrucción para la comprobación de los hechos que se aleguen, pero aquí no parece que se trate de una cuestión de hechos, sino de criterio legislativo. Esto no quiere decir que el órgano receptor de la petición no pueda ordenar realizar cualquier acto de instrucción para depurar la oportunidad de lo solicitado, pero se tratará entonces de un expediente puramente interno, por lo mismo que el órgano en cuestión ejercita, como ya nos consta, poderes de oficio.

4. Sin embargo, lo que sí puede perfectamente el Colegio consultante es producir por sí mismo una nueva petición ante las autoridades en la que aporte su punto de vista sobre el problema, en solicitud del mantenimiento del criterio legal actual y de la desestimación de toda posible petición contraria; se trataría de ilustrar también a las autoridades ante cualquier eventual inclinación que éstas puedan tener para considerar el problema que la

petición inicial de los Registradores ha planteado. Esto no sería una «oposición», en términos formales de procedimiento, a esa petición inicial, sino una petición independiente, aunque paralela a aquélla por versar sobre la misma materia e incluso contener sobre ella posibles referencias; de modo que es razonable suponer que por ello las autoridades la considerarían, en su caso, a la vez y junto a la primera.

El artículo 4.º de la Ley de Derecho de Petición reconoce expresamente la posibilidad de que las Corporaciones puedan ejercitar también el derecho de petición «de acuerdo con las disposiciones porque se rijan». Que el Colegio Nacional de Registradores es una Corporación lo afirma expresamente el artículo 560 del Reglamento Hipotecario y el artículo 2.º del Reglamento del propio Colegio, de 15 de octubre de 1958, además de resultar obviamente de su naturaleza. El artículo 562, núm. 5.º, del propio Reglamento Hipotecario encomienda expresamente al Colegio la facultad de representar a los colegiados ante los Organismos de la Administración y lo reitera el artículo 3.º del citado Reglamento del Colegio, correspondiendo la representación para ello a la Junta de Gobierno, conforme al artículo 16, último párrafo, de este último Reglamento.

Dado que la finalidad de esta posible petición sería la de contrarrestar la versión del problema realizada por la petición de los Registradores promotores del incidente, convendría que la misma fuese presentada ante el mismo órgano a que se ha dirigido la petición oficial de dichos Registradores, esto es, de ser ciertos los antecedentes que se me facilitan, la Presidencia del Gobierno. Seguramente, la elección de este órgano como destinatario la han hecho los Registradores peticionarios por alguna de las tres siguientes consideraciones:

1.ª Por la indicación del artículo 10 de la Ley de Derecho de Petición, de que cuando las peticiones se refieran a la mejora de estructura, funcionamiento y personal de los Servicios Administrativos, como es el caso, se ordenará de oficio que se tramiten en la forma establecida por el artículo 34 de la Ley de Procedimiento Administrativo; este artículo de la Ley de Procedimiento se refiere a las Oficinas de Iniciativas y Reclamaciones que exis-

tirán en cada Ministerio, determinando luego su párrafo 2 que si las presentadas en tales Oficinas no surtieran efecto «podrán reproducirse por escrito ante la Presidencia del Gobierno, que lo pondrá en conocimiento del Jefe del Departamento correspondiente, para que adopte, en su caso, las medidas oportunas»; según esto, es posible que los peticionarios hayan sometido primero al Ministerio de Justicia la petición, o la mera iniciativa, de la reforma legal que postulan y ante su silencio hayan reproducido su petición ante la Presidencia del Gobierno.

2.ª Por la determinación del artículo 13, núm. 7, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, que define como de la competencia de la Presidencia del Gobierno «proponer, conocer y elaborar cuantas disposiciones se dicten sobre estructura orgánica, métodos de trabajo, procedimiento y personal de la Administración pública»; acaso los peticionarios han pretendido deducir de este precepto la competencia de la Presidencia del Gobierno sobre el problema, pero, en realidad, esta regla hay que ponerla en relación con la del número siguiente, 8.º, del propio artículo 13, que confiere a la Presidencia la competencia propia «en todo lo relativo a su régimen jurídico» sobre los funcionarios no pertenecientes a Cuerpos especiales, de modo que en cuanto a éstos, como es el caso de los Registradores de la Propiedad, se mantiene la competencia de los Departamentos a que están adscritos, aquí Justicia, quedando sólo a la Presidencia la facultad de informar los proyectos normativos que los mismos elaboren o propongan (que es justamente el «conocer» a que se refiere el citado núm. 7.º del artículo).

3.ª En fin, por la significación general de la Presidencia del Gobierno, como órgano encargado de dirigir las tareas del Gobierno y de impartir las directrices correspondientes a cada uno de los Ministerios (núm. 3, art. 13, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) o como vehículo para que presente la petición al Jefe del Estado, si es que la misma se ha dirigido a éste.

En todo caso, ya se ha notado que el problema de competencia del órgano específico ante quien la petición se dirija tiene un interés relativo, porque el artículo 7.º de la Ley de Derecho de

Petición ordena que de recibir ésta algún órgano incompetente la remitirá al que juzgue competente; si la Presidencia ha estimado encontrarse en este supuesto en el caso concreto que nos ocupa, así lo habrá hecho. Si entiendo aconsejable presentar la eventual petición del Colegio ante la Presidencia es para que la misma pueda seguir el mismo curso que la petición inicial de los Registradores promotores del incidente y evitar el riesgo de dos posibles tramitaciones seguidas por órganos distintos (ya que por los motivos primero y tercero, de los tres indicados, la Presidencia puede, en efecto, entenderse competente sobre la materia).

II

La segunda cuestión entre las consultadas se refiere a la posibilidad de que el Colegio comparezca ante el Ministerio de Justicia en los recursos administrativos promovidos, o que puedan promover en adelante, los Registradores jubilados.

1. Antes de entrar en el problema de procedimiento que es objeto inmediato del punto consultado puede ser oportuno considerar las cuestiones derivadas del ámbito en que esos recursos pueden moverse. Formalmente se habrán configurado probablemente como recursos de reposición, dado que la resolución declarando la jubilación, aunque proceda de la Dirección General y no del Ministro (art. 17 de la Ley de Régimen Jurídico de 26 de julio de 1957), causa estado o pone fin a la vía administrativa, conforme a la regla del artículo 36, núm. 4, de la misma Ley, que dispone que así ocurra con las resoluciones de los Directores Generales relativas al personal. No será, pues, una alzada ante el Ministro. En el recurso se atacará la Orden de jubilación. Los motivos que fundamentan el recurso, supuesto que el cómputo de los setenta años de cada funcionario esté bien hecho, no podrán ser otros que motivos marginales al artículo 291 de la Ley Hipotecaria, dada la imposibilidad de distinguir o sutilizar en precepto tan categórico e inequívoco; es posible, a lo sumo, que convencionalmente pretenda localizar una antinomia en el texto del artículo entre su primer párrafo y la equiparación entre Registradores y

personal judicial que formula su párrafo segundo a efectos de determinación del sueldo regulador que ha de ser base del haber pasivo, antinomia que sostendrán que habrá de resolverse en favor del segundo término; aunque bien se comprende que el argumento, de ser tal, carece de la menor consistencia objetiva.

La invocación de los motivos que cabían sin violencia en la vía del derecho de petición, dado que en ésta es posible, como hemos visto, proponer la alteración del derecho constituido, no tienen entrada, sin embargo, en la vía de recurso, donde es necesario fundamentar la pretensión «en cualquier infracción del ordenamiento jurídico» precisamente (art. 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo) y no en consideraciones extrapositivas, dado que es una vía de reparación del derecho (se entiende que constituido), una *iuris dictio* en sentido material; de ello puede aparentemente excepcionarse el caso de los actos discrecionales, contra los que es posible replantear en vía de recurso cuestiones de mera oportunidad, determinantes del uso de las facultades discrecionales, sin que tengan que reconducirse a motivos de legalidad, salvo al principio general que impone un recto uso de los poderes discrecionales (es la existencia de este principio general del Derecho, que incluso está recogido legalmente—art. 40, 2, de la Ley de Procedimiento—, lo que hace que esta pretendida excepción lo sea sólo aparente), pero en todo caso se trata de apelar a potestades que están dentro del ámbito material de competencia del órgano ante que se recurre, en tanto que la modificación del derecho positivo no está nunca dentro de esta competencia, y ello, bien ese derecho proceda de leyes formales, porque la Administración no puede nunca contradecir la ley, bien de disposiciones reglamentarias procedentes de la propia Administración, porque ésta está inhabilitada para resolver casos particulares en contra del tenor de disposiciones generales, aunque éstas procedan del mismo o de inferior órgano (principio llamado de la inderogabilidad singular de los Reglamentos, sancionado por el art. 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y por numerosa jurisprudencia). La invocación en los recursos de argumentos contra ley implica, ni más ni menos, solicitar de la Administración el cumplimiento de actos ilegales, lo cual, como bien se comprende, es definitivamente absurdo.

En el caso de la consulta, el precepto contra cuya aplicación concreta quiere recurrirse, esto es, el artículo 291 de la Ley Hipotecaria, tiene rango de ley formal, como es notorio. No perjudica a esta calificación el hecho de que la Ley Hipotecaria proceda de un texto refundido aprobado por simple Decreto, porque se trata de un Decreto legislativo, o de ejecución de una delegación de legislar conferida por las Cortes (segunda disposición adicional de la Ley de 30 de diciembre de 1944, y artículo único de la Ley de 31 de diciembre de 1945), por lo que tiene rango formal de ley, como ha precisado con reiteración la jurisprudencia (tanto la de la Sala 1.ª, sobre el valor del Código civil con relación a su Ley de Bases de 1888, bien conocida, como la contencioso-administrativa producida en recursos dirigidos contra Decretos legislativos de este mismo carácter: Sentencias, entre otras muchas, de 25 de enero, 14 de febrero, 7 de marzo, 3 de abril y 30 de abril de 1952, de 15 de octubre de 1954, de 24 de febrero de 1955, de 25 de febrero y 26 de octubre de 1961, 17 de enero, 3 de febrero, 8 de febrero de 1962, etc.).

Transcribimos algunas de estas declaraciones jurisprudenciales: «el Decreto ha de entenderse revestido de la propia substantividad y poseyendo el mismo rasgo que la Ley de que trae origen» (Sentencia de 17 de enero de 1962); «la modificación en tal Decreto contenida ha de tenerse como establecida por la Ley y, en su consecuencia, por disposición de igual rango legal» (Sentencia de 3 de febrero de 1962), etc., etc. Ese rango excluye sin más toda posibilidad de recurso administrativo o contencioso-administrativo, como luego veremos, contra el precepto en cuestión. Pero es el caso que, aunque se aceptase entrar en el análisis del respeto de los límites de la delegación legislativa por la Administración que ha dictado el texto articulado o refundido (técnica llamada de *ultra vires*, que hasta ahora no ha aceptado nunca utilizar el Tribunal Supremo en los casos de genuinas delegaciones legislativas), puede afirmarse con seguridad que en el caso del artículo 291 de la Ley Hipotecaria no existe la más mínima posibilidad de localizar una extralimitación de tal delegación, puesto que el mismo procede, con su mismo contenido actual, de preceptos anteriores emanados directamente del legislador. Con esta última observación se elimina toda posibilidad de atacar el acto de jubilación

por una hipotética ilegalidad que hubiese podido cometer el Decreto aprobatorio del texto refundido de la Ley Hipotecaria al aprobar el artículo 291, conforme a la técnica del llamado recurso indirecto contra disposiciones generales a que se refiere, en cuanto a la vía administrativa, el artículo 113, párrafo 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo («recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la ilegalidad de alguna disposición administrativa de carácter general»). En resolución, pues, no existe la menor posibilidad de fundamentar el recurso administrativo a que nos estamos refiriendo.

2. Examinamos a continuación el problema de la posible comparecencia del Colegio en dichos recursos administrativos.

La posibilidad de personarse que una persona cuenta en el expediente administrativo iniciado por otra está regulada por el artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Este artículo considera «interesados en el procedimiento administrativo», además de a quienes lo promuevan: primero, a los que «sin haber iniciado el procedimiento ostenten derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que en el mismo se adopten»; este tipo de interesados han de ser considerados tales necesariamente, aunque ellos no lo soliciten, de modo que será preceptivo comunicarles la existencia del expediente y darles en él vista y audiencia (art. 91 de la propia Ley). Pero el propio artículo 23 añade en su párrafo c) otra especie de interesados:

«aquellos cuyos intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva».

A diferencia de los anteriores, éstos han de pedir formalmente la personación en el expediente para ser considerados como interesados. Si no efectúan tal petición, el expediente puede ser válidamente resuelto sin oírles—a diferencia de lo que ocurre con las categorías anteriores, en que la omisión de su audiencia vicia el expediente, aunque ellos no hayan pedido comparecer en él.

El sistema de la Ley es, pues, claro: se distinguen unos intere-

sados necesarios, que son los iniciadores del expediente y los que de la resolución de éste puedan resultar afectados directamente en sus derechos, y unos interesados facultativos, que requieren para ser efectivos interesados una manifestación de voluntad, que les lleve a comparecer o personarse en el expediente ya abierto; pero, a su vez, la posibilidad de esta personación queda condicionada a un requisito de legitimación: no puede personarse cualquiera en cualquier expediente, sino sólo aquellos que puedan acreditar ser titulares de unos intereses (legítimos, personales y directos), no ya derechos, que es lo propio del caso anterior, los cuales puedan resultar afectados por la resolución; en este supuesto, la solicitud de personación no podrá ser denegada por la Administración.

Aplicando estos conceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo al caso consultado, resulta:

—puede dudarse que el Colegio Nacional de Registradores entre dentro de la categoría de interesados necesarios, esto es, de aquellos a quienes la Administración de oficio debe de considerar parte en el expediente o expedientes de los recursos de que se trata;

—no puede dudarse, sin embargo, que dicho Colegio tenga condición de interesado facultativo, esto es, de aquellos que por tener un interés legítimo, personal y directo en la resolución del expediente pueden solicitar personarse en éste, debiendo en este caso la Administración acceder a dicha personación.

La duda en cuanto al primer punto, si el Colegio puede o no ser considerado como interesado necesario, se formula porque la solución depende por de pronto del modo como estén configurados los recursos. A juicio de este Letrado, si los recursos se apoyasen en una pretendida ilegalidad del artículo 291 de la Ley Hipotecaria, o en cualquier otra interpretación que postule un sentido general a dicho artículo, distinto de como hasta ahora ha venido aplicándose pacíficamente, parece razonable estimar que todos los demás Registradores, representados en el Colegio, van a ver afectados sus derechos, y no sus simples intereses, por la resolución de los recursos, puesto que dicha resolución, tanto si es estimatoria como si es desestimatoria, va a tener un valor

general efectivo que afectará al *status* jurídico de todo el Cuerpo. Esta conclusión, no obstante, puede encontrarse con dos posibles dificultades: la primera, la derivada de la institución misma, con su ambigüedad, de la representación corporativa, que es la propia del Colegio de Registradores, la cual es esencialmente una representación de intereses y no propiamente de derechos, por la razón de que los derechos subjetivos de los colegiados en cuanto funcionarios son propios de ellos, y el hecho corporativo no permite una atribución de los mismos al Colegio; así, alguna vez el Tribunal Supremo ha negado a las Cámaras Oficiales y a los Organismos sindicales la posibilidad de asumir en vía contencioso-administrativa la representación de derechos subjetivos de sus asociados (Auto de 16 de noviembre de 1905, Setencias de 16 de junio de 1920, 21 de octubre de 1929, 4 de mayo de 1961; hay también jurisprudencia contraria; por ejemplo, Sentencia de 6 de marzo de 1956); segunda dificultad, que la resolución de los recursos como tal no va a tener un valor formal *erga omnes*, estrictamente hablando, sino limitado a la persona de cada recurrente, y ello aunque se apoye en una interpretación general de la Ley, porque resolverá, no un recurso contra ésta, sino contra un acto singular, el de jubilación, que sólo al recurrente afecta. A estas dificultades podría, a su vez, replicarse con otros contraargumentos (que además de la representación de intereses corporativos del Colegio puede representar también al conjunto de sus colegiados, como medio práctico de evitar la comparecencia masiva de todos ellos; que el artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa acepta expresamente que los Colegios puedan asumir la defensa de «intereses o derechos»; en cuanto a la eficacia subjetiva de la resolución de los recursos, que el recurso indirecto contra disposiciones generales, como será probablemente el que nos referimos, es, en realidad, un recurso contra éstas «con ocasión» de un acto singular de aplicación—arg. artículos 113, 2, de la Ley de Procedimiento y 39 de la Ley de la Jurisdicción contenciosa—, etc.). Pero, en definitiva, no importa demasiado apurar esta cuestión, porque la consulta se interesa expresamente por el otro tipo de legitimación de los que hemos señalado, esto es, por el que permita al Colegio personarse a su solicitud en los expedientes de los recursos.

Este segundo tipo de legitimación parece ya totalmente indiscutible al Letrado informante. Que el Colegio tiene un interés legítimo (en cuanto deriva de la aplicación de una ley general que afecta a sus miembros), personal (lo que es aquí decir propio, o afectante al grupo profesional por él representado) y directo (por lo mismo que afecta inmediatamente al régimen de la carrera) en la resolución de estos recursos, es una evidencia, que el hecho mismo de esta consulta, y de la inquietud ante el problema que revela, pone expresivamente de manifiesto. Hay que notar que el ya citado artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ampara la anterior calificación en términos explícitos:

«Los Colegios Oficiales, Sindicatos, Cámaras, Asociaciones y demás entidades constituidas legalmente para velar por intereses profesionales o económicos determinados estarán legitimados como parte en defensa de sus intereses o derechos.»

Aunque este precepto se refiere al proceso contencioso-administrativo, es claro que cubre también la vía administrativa, dado el carácter previo que ésta tiene respecto de dicho proceso—y específicamente en el caso del recurso de reposición, que la Ley de la Jurisdicción contenciosa ha configurado «como requisito previo» al mismo, artículo 52. Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado con una extrema generosidad ese requisito del interés personal y directo. Los conceptos más manejados por la jurisprudencia suelen ser los siguientes:

Sentencia de 3 de junio de 1961: «En la interpretación del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956 ha realizado una delicada labor la jurisprudencia, porque dando un amplio sentido a la frase «interés directo» que consigna el precepto se consigue acercarse al ideal expresado en el Preámbulo de conceder eficaz garantía a todas las situaciones jurídicas y alcanzar el logro de la justicia, huyendo de formalismos rituarios; bastando, dice la *Sentencia de 20 de marzo último*, que la resolución que postula sea capaz de proveer la declaración judicial de una situación

jurídica que favorezca de algún modo al reclamante, aunque carezca del apoyo de un precepto legal, concreto y declarativo de derecho propio» (en idéntico sentido, *Sentencias de 28 de abril de 1959, 6 de julio de 1959, 20 de marzo de 1961, etc.*).

Sentencia de 27 de febrero de 1962: basta invocar un interés «que sobrepase el genérico deseo ciudadano de procurar la legalidad» (en idénticos términos, *Sentencia de 27 de octubre de 1960*).

Estos conceptos son, sin duda alguna, cómodamente aplicables al caso consultado: los Registradores de la Propiedad, cuya representación corporativa ostenta el Colegio, van a ver afectados sus intereses y expectativas de carrera si los recursos en cuestión prevaleciesen, estableciendo con ello un criterio radicalmente nuevo en cuanto a la fecha de jubilación y disponiendo ya por de pronto, aun cuando se atienda sólo a cada recurso o recurrente en particular, unos efectos inmediatos en cuanto a la movilidad o congelación de la carrera, con trascendencia sobre todos sus miembros; cualquier decisión que se obtenga de estos recursos va, pues, a favorecer o perjudicar a la carrera, y ello es de todo evidente. En fin, el interés que ha de llevar el Colegio en su comparecencia sobrepasa con mucho al genérico deseo ciudadano de procurar la legalidad, no podrá ser nunca confundido con este simple deseo capaz sólo de expresarse en las llamadas acciones populares o dispensadas del requisito del interés, porque éste es aquí por demás notorio al versar la resolución del expediente sobre la materia de régimen profesional que es propia y específica del Colegio.

Estas calificaciones están confirmadas, y no contradichas, por las normas especiales que regulan el Colegio Nacional de Registradores. El artículo 562, núm. 5.º del Reglamento Hipotecario (coincidente con el artículo 3.º del propio Reglamento del Colegio, de 15 de octubre de 1958) le otorga la facultad de «representar al Cuerpo y, en su caso a los Colegiados y Mutualistas, ante los Tribunales, Organismos de la Administración pública, Centros y entidades de todo orden». Obsérvese que este precepto parece haber

previsto exactamente la ya indicada ambigüedad de la representación corporativa, configurando ésta tanto respecto del Cuerpo en abstracto como en concreto de los colegiados. Es, además, inequívoca la intención de legitimar al Colegio ante Tribunales e instancias administrativas en ejercicio de la representación que tan ampliamente se le confía. En fin, la mención específica de esos mismos artículos de que el Colegio puede «mostrarse parte en causa que se siga contra cualquier Registrador» no es más que una ampliación de esa genérica legitimación corporativa y no una restricción de la misma a este solo caso, como parece claro; juega por eso esta regla como un argumento a *maiore ad minus*—por cierto que seguramente motivada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1927, que negó legitimación a la entonces Asociación de Registradores para recurrir contra una medida disciplinaria impuesta a un asociado, por el argumento, entonces más claro aún, por no aceptar la Ley de lo contencioso en vigor la legitimación por un simple interés, de que tal sanción no lesionaba derecho alguno de la entidad.

3. En la comparecencia puede acompañarse ya el escrito de fondo sobre el problema planteado por los recursos, o bien puede limitarse, y esto parece más aconsejable, a que el Colegio solicite la personación en el expediente—o expedientes—al amparo del citado artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo, justificando las condiciones de legitimación que para ello establece dicho precepto, según lo que acabamos de exponer. Esta solución tiene una ventaja, en efecto, y es que inmediatamente de que la Administración acepte dicha personación se podrá pedir el trámite de vista y audiencia en el expediente a que se refiere el artículo 91 de la misma Ley, para adecuar los argumentos de fondo del escrito de alegaciones al contenido particular de cada recurso, que tendrá que ponerse de manifiesto en dicho trámite de vista, y cuya necesaria debilidad será muy fácil poner de relieve.

El Colegio puede considerar también la posibilidad de solicitar la acumulación de los expedientes de todos los recursos planteados, a tenor del artículo 73 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo, lo cual acaso pueda simplificar su intervención.

III

1. Siendo probablemente los recursos administrativos de los Registradores jubilados recursos de reposición, por las razones que se han indicado, los mismos pueden entenderse desestimados por silencio administrativo al mes de su interposición, contando los recurrentes con otros once meses más para interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo, salvo que se produzca resolución expresa, en cuyo caso el plazo de interposición de este último será el normal de dos meses a contar del que se notifique dicha resolución (arts. 52 y 54 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, a los que remite el art. 126 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

2. Si el Colegio se hubiese personado en la vía administrativa, su legitimación queda automáticamente asegurada también para la vía contencioso-administrativa, puesto que, según reiteradísima jurisprudencia, no es posible desconocer en vía contenciosa la calidad de interesado en un expediente que ha sido reconocida en su momento por la Administración (Sentencias, entre otras muchas, de 19 de diciembre de 1959, 10 de marzo de 1961, 3 de febrero, 15 de marzo, 21 de marzo, 25 de octubre, 5 de noviembre y 10 de noviembre de 1962). En todo caso, aun en la hipótesis de que el Colegio no se hubiese personado en la vía administrativa, no parece dudosa la posibilidad de hacerlo en la vía contencioso-administrativa. Podría discutirse, a lo más, el concepto en que esa personación en el proceso habría de hacerse, pero no el hecho mismo de la personación. En efecto, el Colegio podría personarse:

—o bien como parte demandada (en el supuesto, que se da por descontado, de que los recursos de reposición se desestimen y adopten los Registradores jubilados la posición de demandantes): el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa permite comparecer como parte demandada a «las personas a cuyo favor derivaren derechos» del acto recurrido; se vuelve a plantear aquí

el problema, ya tocado antes, de la posibilidad de que el Colegio asuma la representación de los derechos que como funcionarios tienen sus colegiados, derechos que parece claro que quedan afectados, aun al margen de que el problema tenga un verdadero y real alcance general, con el hecho de que un jubilado permanezca en los cuadros, congelando una plaza cuya vacante es susceptible de correrse a toda la escala; entiendo que puede resolverse afirmativamente esta cuestión por el texto, ya comentado, de los artículos 562, núm. 5.º, del Reglamento Hipotecario y 3.º del Reglamento del Colegio, así como por la previsión expresa de que los Colegios asuman la defensa de verdaderos derechos que se hace en el artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción contenciosa;

—o bien como coadyuvantes de la Administración demandada, para lo cual se pide un simple interés directo en el mantenimiento del acto recurrido (que será el desestimatorio del recurso administrativo), interés que a estos efectos, y por no legitimar una parte principal, sino adhesiva, es medido con una gran amplitud en la que sobradamente entrará el Colegio.

Entiendo aconsejable suplicar la comparecencia por el primer concepto, que da condición de parte principal a todos los efectos procesales, en tanto que el coadyuvante es un interviniente adhesivo que liga su suerte a la de la parte principal, que es la Administración. No creo difícil lograr la condición de demandado, que el Tribunal Supremo no suele escatimar a quienes razonablemente lo piden, y que—aparte de los argumentos materiales indicados para justificarla—se encontrará facilitada si el Colegio ha actuado ya como parte en el recurso administrativo previo.

3. Son nulas las posibilidades de fondo con que puede pretender contar el recurso contencioso-administrativo dirigido contra la denegación (expresa o por silencio administrativo) del recurso administrativo que combatió a su vez el acto de jubilación. Primero, porque, tratándose en rigor de un recurso contra el artículo 291 de la Ley Hipotecaria, la vía contenciosa carece de jurisdicción para conocer de recursos dirigidos contra las leyes

formales; el artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción establece claramente que el recurso contencioso-administrativo es sólo admisible contra actos administrativos propiamente tales y contra «las disposiciones de categoría inferior a la Ley», y la jurisprudencia ha reiterado por ello sin dificultad la inmunidad de las leyes formales ante sus poderes (Autos de 7 de diciembre de 1909 y 30 de mayo de 1944; Sentencias de 28 de diciembre de 1915, 14 de junio y 28 de febrero de 1933, 23 de diciembre de 1935, 27 de noviembre de 1940, 16 de abril de 1948, 3 de octubre de 1959, 18 de octubre y 20 de octubre de 1960). Ya ha quedado indicado cómo la propia jurisprudencia es categórica también en cuanto al reconocimiento de rango de ley a los Decretos aprobatorios de tantos articulados de leyes de bases o de textos refundidos en virtud de delegación del poder legislativo, lo que es el caso de la Ley Hipotecaria. Bien es verdad que el objeto inmediato y directo del recurso va a ser aquí no tanto la Ley como los actos administrativos singulares que la aplican (el de jubilación y el de denegación del recurso administrativo), pero en casos análogos el Tribunal Supremo ha declarado expresamente que por ser tales actos aplicaciones automáticas de la Ley y no discutirse tanto la regularidad de esa aplicación (aquí podía discutirse, en efecto, que el cómputo de los setenta años del funcionario a que se jubila estaba mal hecho) como el propio criterio de la Ley,

«se está ante el cumplimiento de precepto emanado originariamente con rango de ley, lo que excluye la posibilidad de la impugnación contencioso-administrativa, conforme al artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción» (*Sentencia de 15 de junio de 1962*); o también

«las determinaciones del poder ejecutivo para cumplir las del legislativo no son reclamables en vía contenciosa» (*Sentencia de 15 de marzo de 1949*); en fin, que

«este recurso no puede interponerse para reparar el agravio derivado de la aplicación de un precepto legislativo, ya que sólo se puede en esta vía contencioso-administrativa reparar los atropellos o demasías cometidos por la Administración» (*Sentencia de 30 de mayo de 1941*).

A *fortiori* puede aún añadirse que el recurso será verdaderamente, como ya hemos notado, un recurso indirecto contra la Ley Hipotecaria, esto es un recurso en el que se impugne directamente el acto singular aplicativo, pero por la única razón de la supuesta ilegalidad del artículo 291 de la Ley Hipotecaria, que es la que por eso se ataca; ahora bien, esta técnica del recurso indirecto contra disposiciones generales está expresamente configurada en el proceso contencioso-administrativo a propósito de las disposiciones de rango inferior a la Ley (art. 39, 2 y art. 1.º de la Ley de la Jurisdicción), pero en modo alguno puede aceptarse respecto de las disposiciones con rango de ley. Por estos argumentos se llegará a la inadmisibilidad del recurso contencioso.

Pero hay todavía otra razón para poder esperar un fracaso completo del recurso contencioso, aun cuando el mismo llegase a pasar ese umbral previo de la admisión, y es que el recurso ha de fundamentarse necesariamente en una infracción del ordenamiento jurídico supuestamente cometida en el acto impugnado (art. 83. 2, de la Ley de la Jurisdicción), infracción que es imposible tipificar en este caso, como ya nos consta. La jurisprudencia ha sido explícita en negar la posibilidad de estimar supuestos motivos de equidad o apoyados en consideraciones extrapositivas (Sentencias de 11 de abril de 1962, 22 de diciembre de 1948, 29 de enero de 1915, 4 de noviembre de 1911, 23 de junio de 1909, 12 de octubre de 1906, 5 de abril de 1905, 14 de abril de 1905, 28 de noviembre de 1904, 7 de octubre de 1901, etc.); por cierto que la primera de estas Sentencias citadas, la de 11 de abril de 1962, se produjo en un caso casi idéntico al que es objeto de consulta, y el Tribunal Supremo dice en ella:

«En lo relacionado con las Ordenes, también recurridas, del 28 de marzo de 1961, que pasó al accidente a la situación de retirado, y del 20 de julio siguiente, desestimatoria de la reposición solicitada de la anterior, es obvia cualquier controversia, ya que la aplicación del artículo 16 de la Ley de 15 de julio de 1952, que, al reorganizar el Arma de Aviación, fija las edades de retiro, señalando la de setenta y cuatro años para los Coroneles, sólo puede ser impugnada mediante la cita de precepto posterior y de igual rango que lo con-

tradiga, pero no mediante la invocación de un principio de Derecho, cual el de «*lite pendente nihil innovetur*», pues, aparte de que éstos no pueden prevalecer frente a las leyes, que sólo se derogan por otras posteriores, como establece el artículo 5.º del Código civil...»

IV

En los términos del punto 4.º de la consulta se expresa el temor de que la finalidad inmediata de los recurrentes sea la de provocar una suspensión de las Ordenes de jubilación, inquiriéndose por las medidas convenientes para evitar este posible efecto.

1. El principio general de la ejecutoriedad de los actos administrativos implica la consecuencia de que la interposición de recursos contra los mismos no paraliza o suspende su ejecución inmediata. La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 expresa esta regla en sus artículos 33 y 34:

«Art. 33. Los actos y acuerdos de las autoridades y Organismos de la Administración del Estado serán inmediatamente ejecutivos, salvo los casos en que una disposición establezca lo contrario o requieran aprobación o autorización superior.»

«Art. 34. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado...»

En términos prácticamente idénticos se pronuncia la Ley de Procedimiento Administrativo, artículos 101 y 116.

En fin, el artículo 122, 1, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece también específicamente que

«La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo...»

2. Ahora bien, ese principio general puede ser excepcionado. Los mismos artículos 34 de la Ley de Régimen Jurídico y 116 de la de Procedimiento Administrativo, por lo que hace a la vía administrativa, y el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, por lo que hace a esta vía procesal, permiten a la autoridad que está conociendo del recurso, en el primer caso, al Tribunal contencioso-administrativo, en el segundo, acordar la suspensión de la ejecución del acto recurrido a instancia del recurrente cuanto éste justifique que tal ejecución «hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil» (concepto idéntico en las dos vías); en la vía contenciosa se prevé un procedimiento incidental para substanciar la petición de suspensión y, en caso de otorgarse ésta, el condicionamiento de la misma al depósito de una caución suficiente por parte del recurrente para responder de posibles daños o perjuicios que de la suspensión pueda resultar «a los intereses públicos o de terceros» (artículo 124).

Esta posibilidad de suspensión, aunque es de aplicación prudencial de los órganos llamados a otorgarla, es de interpretación rigurosamente restrictiva. Primero, porque es en sí misma una excepción al régimen común que se expresa en el principio de la ejecutoriedad inmediata de los actos. Segundo, por las propias razones de fondo que sostienen ese principio general, que se resumen en la exigencia del servicio público, cuyo funcionamiento no puede verse paralizado por iniciativas de los particulares en perjuicio de las necesidades públicas a que inexorablemente debe atender. Tercero, porque la Ley la condiciona expresamente a unas circunstancias también excepcionales, que la ejecución del acto de cuya suspensión se trata hubiese de producir al recurrente perjuicios de imposible o de difícil reparación; aunque es cierto que tanto la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956, como las Leyes de Régimen Jurídico de la Administración y de Procedimiento Administrativo de 1957 y 1958 han ampliado el supuesto, que antes preveía sólo los casos de reparación imposible, aceptándose ahora además los de reparación simplemente difícil, la concurrencia de estas circunstancias sigue siendo muy poco común, siquiera sea porque por regla general suele siempre caber una reparación económica, que la solvencia de la Administración.

y el principio ya generalizado de su responsabilidad patrimonial (arts. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, y 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado); hacen fácil hacer efectivo—y no ya imposible o meramente difícil.

3. Personado el Colegio en los recursos, administrativos ahora, y luego eventualmente contencioso-administrativos, deberá tener conocimiento de las peticiones de suspensión que puedan deducir los recurrentes. En el recurso administrativo, mediante el trámite de vista del expediente, que ya se ha indicado. En el contencioso-administrativo, porque la pretensión ha de debatirse contradictoriamente (art. 123 de la Ley Jurisdiccional). Con ello podrá oponerse a la suspensión, argumentando especialmente sobre la inexistencia de las circunstancias excepcionales que en la Ley condicionan estrictamente su posibilidad.

Será claro hacer ver, en efecto, que la más que hipotética estimación de los recursos no haría en modo alguno imposible, y ni siquiera medianamente difícil, la reparación de los perjuicios que los actos impugnados habrían venido a causar a los recurrentes, pues tales perjuicios serían aquí única y exclusivamente patrimoniales, y de bien elemental estimación, no ofreciendo duda, como antes se ha indicado, ni la solvencia económica de la Administración para poder asumir la carga de la indemnización, ni la posibilidad misma de esta última, a tenor de los citados artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, que declaran la responsabilidad de ésta por todo daño que pueda provenir a los particulares del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y éste, sin duda, sería un daño comprendido en la fórmula legal. El Letrado que informa no tiene sobre este punto la menor duda.

Aun siendo innecesario, cabría que el propio Colegio se ofreciese a garantizar ante el Ministerio, en el supuesto de la vía administrativa, ante el Tribunal Supremo, en el caso del proceso contencioso, siempre que dichos organismos lo juzgasen necesario, el abono de las cantidades en que los mismos pudiesen evaluar los eventuales perjuicios que el mantenimiento de la ejecutoriedad

de los acuerdos recurridos pudiesen llegar a implicar para los recurrentes; sería una manera clara de hacer notar la facilidad de reparación de esos eventuales perjuicios, sin que la oferta signifique probablemente asumir a grandes riesgos reales, tanto porque la suerte final de la desestimación de los recursos no parece que permita ni siquiera duda, como porque la atipicidad de un ofrecimiento de esa naturaleza (lo que se prevé legalmente es el depósito de una caución por el recurrente que ha logrado la suspensión, art. 124 de la Ley jurisdiccional, lo que es en rigor la fórmula inversa), hará en la práctica que no llegue a aceptarse, como, por último, porque siempre podría discretamente reservarse la acción de reembolso contra la Administración responsable del daño—aunque esta última garantía puede ser ya excesiva.

Pero convendrá, además, hacer notar en todo caso otras tres cosas:

1.^a El efectivo y grave daño que la suspensión de las Ordenes de jubilación produciría en los intereses públicos y en la gestión del servicio; lo cual, en efecto, parece también evidente a este Letrado, aunque la concreción de este aserto no parezca necesario hacerlo al Ilustre Colegio consultante; será importante, por la regla del artículo 123, párrafo 2, de la Ley de la Jurisdicción contenciosa, que formule la misma oposición en el caso del proceso contencioso el Abogado del Estado, pues ello implicará la necesidad de oír al Ministerio de que proceda el acto, lo que en la práctica suele implicar una aceptación por el Tribunal de los motivos de interés general que la Administración oponga a la suspensión.

2.^a El gravísimo, y éste sí que prácticamente irreparable daño, dada su extensión a todo el Cuerpo y su difusión no fácilmente concretable, así como la limitación de la solvencia económica de los recurrentes, que serían los responsables, que la suspensión ha de suponer para todos los demás Registradores de la Propiedad, sin excepción ninguna, puesto que la suspensión de la ejecución de los acuerdos no va a poder físicamente acompañarse de una suspensión idéntica en cuanto al paso del tiempo para los demás Registradores; con ello, si, como es de elemental previsión, los recursos van a ser desestimados, resultará que durante todo el

tiempo de su tramitación los Registradores jubilados se han mantenido en las mejores plazas disponibles de la carrera, quitando la posibilidad total de acceder a las mismas a quienes durante ese tiempo vayan cumpliendo a su vez la edad de jubilación, y restringiendo dicha posibilidad a todos los demás, sin excepción, correlativamente, así como congelando en general todo el sistema de vacantes de la totalidad de las escalas, con perjuicios inmediatos y tangibles para todos los funcionarios en activo e incluso aspirantes; no existe comparación posible entre este perjuicio generalizado y difuso y el mínimo y perfectamente concretable que la no suspensión habría ocasionado a los recurrentes si su recurso llegase a prevalecer.

3.^a Finalmente, se podría también hacer notar el carácter claramente fraudulento de toda operación, puesto que parece que, en efecto, puede afirmarse, como hace la consulta, o por lo menos sospecharse legítimamente, que la verdadera finalidad de los recursos, dada su absoluta falta de fundamento legal, no es otra que la de abrir la posibilidad de la suspensión de los acuerdos y obtener de ello un inmediato beneficio económico hasta tanto que llegue la inevitable desestimación de dichos recursos; esto es utilizar una institución totalmente al margen de su verdadero fin social y para perseguir un fin particular perfectamente extraño al ordenamiento—e incluso condenado por éste—, por cuanto que ese beneficio va a tener lugar a costa de terceros, según lo indicado en el número anterior.

En el mismo escrito de oposición a la suspensión solicitada por los recurrentes en los respectivos recursos, además de estas alegaciones, justificativas de dicha oposición, convendrá también *ad eventum* pedir que para el caso de que se acceda a la suspensión se acuerde condicionarla al depósito por los recurrentes de una elevada caución para responder de los perjuicios notorios que la suspensión va a ocasionar a terceros (cuya representación es la que lleva el Colegio justamente), señalando una cifra cuya cuantía, sumariamente justificada, pueda desanimar por sí misma al Tribunal (o a la Administración) a acceder a la suspensión, e incluso a sus peticionarios a renunciar a ella, si llegan a lograrla.

El Letrado informante estima que con una actuación de este

carácter, el riesgo de que llegue a acordarse la suspensión de los acuerdos es realmente remoto, dado además el carácter restrictivo con que el Tribunal Supremo viene administrando sus facultades en esta materia.

V

Este punto de la consulta, relativo a la legitimación del Colegio para comparecer en las distintas vías de recurso, ha quedado contestado en los apartados II y III, a los que basta ahora remitir.

VI

Para concluir, formularemos una sumaria indicación sobre la significación material del tema del límite de edad de jubilación en el derecho de funcionarios. El señalamiento de un límite de edad, que adviene en casi todos los derechos hacia finales del siglo XIX, fué ya un progreso sobre la situación anterior, en que el retiro se producía únicamente en caso de incapacidad física y no por edad, lo que, por una disculpable piedad para los interesados, tenía efecto rara vez. Toda fijación de un límite rígido de edad es por fuerza convencional. Lo que con este límite se pretende es, respecto de los funcionarios mismos, establecer un criterio general que garantice frente a difíciles y arriesgadas prácticas discriminatorias, siempre inevitablemente desiguales en su aplicación, y respecto de la Administración, asegurar la agilidad de los servicios administrativos separando de ellos a quienes, en condiciones ordinarias, van en plazo corto a entrar en una fase biológica necesariamente menos activa y antes de que lleguen a tal situación; por esto último, en el señalamiento de un límite de edad hay siempre un cierto margen de garantía, es decir, la fijación de una edad que es de hecho inferior a aquella en que normalmente los funcionarios mantienen aún la integridad de sus condiciones físicas, porque de lo que se trata justamente es de que todo el inevitable proceso de decadencia biológica coja ya al funcionario fuera de los cuadros administrativos. Desde esta perspec-

tiva, la edad de los setenta años, que es tradicional entre nosotros, no parece razonablemente que pueda ampliarse; el normal argumento de que a esa edad la gran mayoría de los funcionarios están en perfectas condiciones de seguir trabajando, no hace más que confirmar, y no combatir, la oportunidad de mantener esa cifra. Están luego, además, consideraciones de movilidad social general, y hasta de una política sanitaria de la vejez, en las que no parece necesario detenerse ahora.

El inevitable drama humano que, con todo, supone normalmente la separación del servicio debe corregirse, no ya con fáciles y perturbadoras soluciones de falsa piedad que habrían de venir a satisfacerse a costa de la Administración y del equilibrio social, sino actuando precisamente sobre los contenidos económicos de la operación, de modo que no implique, como viene ocurriendo entre nosotros por una política indefendible de congelación de los haberes pasivos (consecuencia de la congelación de los sueldos, que es cada vez una parte menor de la remuneración activa), motivada en simples razones primarias de restricción de gastos públicos, el paso de una situación de suficiencia a otra de verdadera indigencia, las más de las veces. Es éste el objetivo sobre el que una verdadera política de funcionarios debe actuar en cuanto a este problema, que es inútil, y sobre todo inadecuado y perturbador para el servicio, tratar de abordar con otros criterios.

La edad límite de los setenta años, que es la general del Derecho español, es ya de suyo una edad bastante elevada dentro del Derecho comparado. En todo caso, podemos afirmar que en ninguna de las Administraciones occidentales se excede de esa edad, y que la casi totalidad de ellas ofrecen una edad aún inferior. Repasemos sumariamente algunos datos, con cuya simple exposición concluiremos este informe:

—Italia: edad de jubilación, sesenta y cinco años (setenta sólo para jueces y profesores de Universidad): ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, III (3.^a ed.), pág. 86.

—Alemania: idem, sesenta y cinco años (y edades inferiores para muchas carreras): H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, II, 1962, página 358.

—Inglaterra: edad normal de jubilación, sesenta años, con posibilidad de prórrogas hasta los sesenta y cinco: *Civil Service Commission. Posts in the Civil Service por University Graduates*, 1954, pág. 62; GLADDEN, *The Civil Service. Its Problems and future*, 1948, pág. 173 (se hace notar que el límite de edad era hasta hace poco tiempo más alto; así en un libro de 1932 se expone como derecho entonces vigente la edad normal de sesenta y cinco años, con posibilidad de prórrogas hasta setenta; MUSTOE, *The Law and Organization of the British Civil Service*, 1932, pág. 130).

—Francia: hay una división de escalas o categorías en cada Cuerpo, comenzando para las más bajas (de las carreras técnicas) en sesenta y cinco años y llegando hasta los setenta (ésta se aplica a la carrera judicial y al Consejo de Estado): SENEGAS, *Les droits et les obligations des fonctionnaires*, 1955, págs. 237 y siguientes.

—Estados Unidos: sesenta y cinco años: SHARP, *Public Employment*, en el tomo XII de la *Encyclopaedia of the Social Sciences*, pág. 634; STAHL, *Public personnel Administration*, 4.ª, 1956, página 483.

—Suiza: sesenta y cinco años: RUCK, *Schweizerisches Staatsrecht*, 3.ª ed., 1957, pág. 203.

—Portugal: setenta años, salvo los naturales de Ultramar, sesenta y siete y sesenta y cinco los funcionarios coloniales: CAETANO, *Manual de Direito Amministrativo*, 3.ª ed., 1951, pág. 514.

—Brasil: setenta años, salvo carreras especiales, que reducen ese límite de edad: R. ROSA, *Aposentadorias e pensoes*, 1956, página 12.

—Finlandia: sesenta y tres años (jueces, sesenta y siete): CHAPMAN, *The profession of Government. The public service in Europe*, 1959, pág. 153 (este libro, que estudia comparativamente el funcionariado en toda Europa, hace notar que «the most common age limit is 65» (la edad más común son sesenta y cinco años)).

—Organización de las Naciones Unidas (ONU) y organismos especializados (UNESCO, FAO, OMS): sesenta años.

Por último, el paralelo al que los Registradores discrepantes pretenden acogerse, el de la carrera notarial, no es técnicamente oportuno, puesto que los Notarios no son, ni en España ni en la generalidad de los países occidentales, verdaderos funcionarios públicos, esto es, agentes de órganos administrativos, sino el tipo mismo de los llamados «ejercientes privados de funciones públicas», cuyo parangón de régimen a estos efectos debe buscarse, por consiguiente, más bien en los profesionales libres—pues su ejercicio es, en efecto, privado—que en los funcionarios formalmente tales (vid. sobre todo ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, en el *Tratatto* de ORLANDO, II, 3.^a parte, Milano, 1920 y en su ya citado *Corso di Diritto Amministrativo* III, págs. 301 y ss.—«i notari integrano nel modo più esatto e completo la figura dei privati professionisti esercenti pubblica funzione»—; también en mi libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 1956, pág. 220, nota, a propósito del tema de la responsabilidad civil de la Administración por faltas de sus funcionarios, que se niega en cuanto a los Notarios por faltarles la nota «de integración en la organización administrativa», como a todos «los titulares del llamado ejercicio privado de funciones públicas»). Ello se demuestra concluyentemente, en cuanto al problema que nos ocupa, con su exención del régimen de clases pasivas. El paralelo con los Registradores de la Propiedad está acaso apoyado en la similitud de los respectivos programas de oposiciones, pero de ningún modo en la posición funcional, que es justamente lo decisivo para decidir el problema de que se trata. Esto se entiende sin perjuicio de las diferencias que, a su vez, separan a los Registradores de la Propiedad de los Funcionarios ordinarios, diferencias cuya precisión parece extraña a los fines de este Dictamen.

CONCLUSIONES

Contestando, en resumen, a los puntos concretos de la consulta puede establecerse lo siguiente, a juicio del Letrado informante:

1.º El Colegio consultante no puede impedir el uso del genérico derecho de petición por los Registradores de la Propiedad de que se trata, ni oponerse formalmente a la que los mismos hayan podido producir, pero sí ejercitar por su parte el mismo derecho para hacer una representación propia del problema ante los poderes públicos suplicando la desestimación de la petición anterior y el mantenimiento del derecho vigente sobre la materia; esta petición convendrá presentarla ante la misma autoridad que haya recibido la petición de los Registradores en cuestión, que al parecer es la Presidencia del Gobierno.

2.º El Colegio consultante puede solicitar la personación en el expediente o expedientes de los recursos administrativos suscitados por los indicados Registradores, al amparo de lo dispuesto por el artículo 23, párrafo c), de la Ley de Procedimiento Administrativo, para lo que cuenta con legitimación suficiente; por lo demás estos recursos, que se instrumentarán probablemente como recursos de reposición, no pueden ser fundamentados en derecho; cabe pedir simplemente la personación y, tras de su reconocimiento, la vista y audiencia del expediente o expedientes, o producir ya en el escrito inicial las alegaciones de fondo, pudiendo considerarse también la oportunidad de solicitar la acumulación de todos los recursos en un solo expediente para simplificar la intervención del Colegio.

3.º El Colegio podrá también personarse en los eventuales recursos contencioso-administrativos, haya o no comparecido en la vía administrativa, pudiendo hacerlo, o bien como demandado, o bien como coadyuvante de la Administración, supuesta la ineludible desestimación de los recursos administrativos; es aconsejable intentar la personación como demandado, que confiere todas las facultades de parte principal en el pleito, en tanto que el coadyuvante es un simple interviniente adhesivo; en cuanto al fondo, estos eventuales recursos contencioso-administrativos no tienen la menor posibilidad por las razones que se han indicado.

4.º La posibilidad de la suspensión de la ejecución de los acuerdos sometidos a recursos (administrativo o contencioso-ad-

ministrativo) es en nuestro derecho rigurosamente excepcional, y está condicionada a circunstancias que no se dan en el caso consultado; una vez personado en las respectivas vías, el Colegio tendrá la posibilidad de oponerse a la eventual petición de los recurrentes en cuanto a la suspensión de los acuerdos de jubilación, utilizando argumentos que se especifican, siendo remotísimas las posibilidades de que la suspensión pueda ser acordada.

5.º El Colegio se halla legitimado para la comparecencia en las dos vías de recurso indicadas.

6.º En un plano general, el señalamiento de la edad de jubilación en los setenta años responde a los intereses en juego según el derecho de funcionarios, siendo ésa una edad que no está nunca superada en el Derecho comparado y, antes bien, ordinariamente disminuida, según los datos que se han indicado; no parece, por ello, justificada la pretensión de promover una elevación de esta edad.

Tal es mi dictamen, que someto a cualquier otra opinión mejor fundada.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA.

Catedrático de Derecho Administrativo
de la facultad de Derecho de Madrid.

Madrid. 26 de abril de 1963.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

PROHIBICIÓN DE VENDER IMPUESTA EN TESTAMENTO. NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, POR PLAZO DE UN AÑO, PORQUE SI BIEN DENTRO DEL CONCEPTO DE VENTA NO SE COMPRENDE EL DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA, CONVENIDO EL CONTRATO DE FORMA QUE PONGA EN EJERCICIO LA ACCIÓN HIPOTECARIA ANTES DE CUMPLIRSE EL PLAZO DE LA PROHIBICIÓN DE VENDER IMPUESTA POR EL TESTADOR, SE LOGRARÍA POR VÍA INDIRECTA BURLAR DICHA PROHIBICIÓN.

Resolución de 19 de enero de 1963 («B. O.» de 6 de febrero).

Doña C. F. S. otorgó el 12 de septiembre de 1956 testamento abierto en el que instituyó universales herederos por partes iguales y con libre disposición a sus sobrinos doña R. y doña P. F. G. y don T. G. F., imponiéndoles «tan sólo» la obligación de no vender la única finca en que consistía la herencia, sita en la calle Roget, número 5, de Barcelona, «hasta transcurridos diez años» desde la defunción de la testadora. Fallecida la causante, sus sobrinos inscribieron la finca en el Registro número 5 de Barcelona, haciéndose constar en el asiento la obligación impuesta por la anterior titular de la misma, y el 18 de septiembre de 1961 los interesados otorgaron escritura de hipoteca de la finca heredada a favor de don J. F. V., en garantía de un préstamo, por plazo de un año, de 150.000 pesetas al 6 por 100, recibido del mismo y distribuido en partes iguales entre los tres herederos.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fué calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento con el número 1.100 del diario nueve el 24 de febrero de 1962, no se ha podido inscribir el derecho de hipoteca por existir el obstáculo registral de haberse adquirido la finca por los hipotecantes con la limitación de no poderse vender durante el plazo de diez años, contados desde el 19 de diciembre de 1960, y no armonizarse por los interesados, por medio de los pactos correspondientes, la subsistencia de tal prohibición, con la seguridad de que el ejercicio de la acción hipotecaria que lleva consigo un *ius distrahendi*, no pueda dar lugar en caso alguno a una ejecución durante el expresado plazo de diez años. Extendida en su lugar anotación de suspensión, al folio 49 del tomo 160, finca 4.124, anotación de suspensión letra A, por plazo legal de sesenta días.»

Interpuesto recurso por don Joaquín Dalmases Jordana, Notario autorizante de la Escritura (y Testamento), la Dirección ratifica el Auto presidencial, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que este recurso plantea la cuestión de si podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad una escritura de préstamo con garantía hipotecaria que recae sobre una finca que aparece gravada con la obligación de no poderla enajenar los herederos durante un plazo de diez años, en virtud de lo ordenado por la causante en su testamento,

Que las prohibiciones de enajenar, por las que se limita la libre disposición de los bienes, son tratadas con disfavor por las disposiciones legales, en cuanto que si en algunas ocasiones aparecen justificadas para el logro de ciertos fines lícitos, al sustraer a la circulación los inmuebles afectados, los hace poco aptos para el crédito territorial y crea, de otra parte, situaciones confusas y por eso el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo tercero, establece que se harán constar en el Registro de la Propiedad sólo las impuestas en testamento y demás actos, a título gratuito, siempre que la legislación vigente reconozca su validez,

Que el artículo 117 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, concorde en este aspecto con el Derecho común, regula las prohibiciones de disponer con un carácter restrictivo, «por impli-

car un cercenamiento de la facultad dispositiva de los bienes, salvo que sea otra la voluntad del testador», según expresa el último párrafo de dicho precepto, y, por ello, sólo serán eficaces si tienen un carácter temporal, responden a una razón lícita y no traspasan los límites establecidos para la sustitución fideicomisaria, pues, en caso contrario, constituyen tan sólo una mera recomendación,

Que toda disposición testamentaria ha de entenderse, conforme al artículo 675 del Código civil, con arreglo a la voluntad real del testador, según el tenor de su última voluntad, y al haber establecido la causante que la finca discutida no puede ser vendida hasta después de transcurridos diez años a partir de su defunción, tal limitación impide a los herederos realizar actos de esta clase durante el plazo señalado y obliga a examinar si la hipoteca constituida se encuentra dentro de esta misma prohibición,

Que, si bien dentro del concepto de venta no se comprende el de constitución de hipoteca, toda vez que, conforme declaró la Resolución de 18 de abril de 1952, en este último derecho, el *ius distrahendi* tiene lugar únicamente en el caso de que se incumpla la obligación asegurada, en previsión de esta posibilidad, acreedor y deudor, habrán de convenir subordinar su ejercicio hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante, pues, de otra forma, se lograría por vía indirecta burlar la prohibición impuesta, al no conservarse los bienes dentro del patrimonio durante el plazo señalado y quedaría desvirtuada la voluntad de la testadora, por lo que, al no reunir el préstamo hipotecario concluido las anteriores condiciones, existe un obstáculo registral que impide su inscripción.

Probablemente, o al menos así entendemos, sin la solución dada al problema debatido en la Resolución de 18 de abril de 1952—tan llevada y traída por uno y otro funcionario—no hubiera habido lugar a la presente.

Dignos de loa el informe del Registrador (como su precisa nota calificadora) y el escrito de alzada del Notario recurrente, queremos destacar por su relación con lo que en la glosa a la Re-

solución de 1952 expresamos—páginas 759 a 761, igual año de esta Revista—, la afirmación del último, justificando su proceder de autorización de la escritura rechazada, «por no ser fácil encontrar a un acreedor que realice un préstamo a diez años y sin cobrar intereses...», en contraste con aquel otro caso, hecho o negocio—el de la Resolución de 1952—, donde el gravado por la prohibición consiguió uno tan altruista que a más de entregarle 450.000 pesetas sin interés alguno esperaba nada menos que ¡cuarenta! años para poder efectuar el *ius distrahendi*, y esto a presencia de una cláusula en la que por la testadora se prohibía *terminantemente* que la finca fuese vendida. Nos preguntamos entonces y volvemos a insistir: ¿ese adverbio *terminantemente* no parece trascender en la intención del testador más allá de la simple venta, implicar, en una palabra, todo acto de enajenación? De su sentido gramatical así parece desprenderse, pues si el adverbio sirve para modificar la significación del verbo, o de cualquier otra palabra que tenga sentido calificativo o atributivo, su empleo en la oración del caso la referimos a la *venta* (o verbo vender) para ser entendida en su significación más amplia de *enajenar* o *disponer*.

Pues bien—aparte la elocuente relación de hechos en uno y otro caso expuesta—, si comparamos la cláusula testamentaria de la Resolución de 1952 con la de la que ahora nos ocupa, ¿no podríamos coincidir con el señor Dalmases en que la sencillez de ésta última: herederos de «libre disposición» con «tan sólo la obligación de no vender...», sin adjetivación ni motivación alguna, pudiera interpretarse se halla concebida como a manera de ruego a los instituidos?

Sobradamente conocida es la inseguridad doctrinal sobre la naturaleza jurídica de las prohibiciones de disponer. Una vez más, al efecto, hemos de remitirnos a nuestra glosa sobre la materia, según Antonio Moxó Ruano expusiera en su conferencia del Colegio Notarial de Barcelona (páginas 503 y siguientes, año 1949 esta Revista, que, además, puede verse por extenso en el tomo *Propiedad y Matrimonio*, editado en 1956 por dicho Colegio).

Para Moxó—en resumen—, dado nuestro régimen de *numerus apertus* y a la vista del artículo 8.º del Reglamento Hipotecario,

se puede basar la inscripción de las prohibiciones de *enajenar dignas de ello*, que no deben tratarse como *meras obligaciones*, sino como modificaciones de la facultad de disponer radicantes en los Derechos reales. El poder dispositivo no es más que la legitimación para el ejercicio de tal facultad en favor de algún titular apto. Y es que es difícil precisar—como antes expresa—con exactitud esta ciega figura negativa.

Si a esto unimos, como afirma el Notario recurrente, que, conforme al artículo 117 (léase) de la Compilación Civil catalana, estas prohibiciones deben responder a una razón lícita o al designio de favorecer o tutelar a alguien, aunque sea el mismo afectado, puede colegirse—y justificar sobradamente—la *ratio* del criterio que el mismo sustenta, y es que así como sería lícita si se tratase de menores, dementes, imbeciles, sordomudos, etc., es decir, aquellos que tienen limitada su capacidad de obrar, no la hay para imponerles—la prohibición—a personas que pasan de los cuarenta años, que no tienen limitada su capacidad y que para hacer frente a los gastos que la partición implica (piénsese, añadimos nosotros, se trata de colaterales, gente de condición modesta) no tenían otra solución viable que hipotecar la finca por un capital que, según valoración real, era inferior al que verdaderamente tenía. O sea, recordando aquellas palabras de Moxó, «que lo esencial es tener en cuenta el fin legítimo de las prohibiciones, la razón guisada de las Partidas».

Esto no quiere decir que no estemos conformes con la solución dada al problema presentado en la Resolución que antecede. Pero —una vez más nuestra sinceridad por delante—, puestos a decidir —«pese a la armonización por los interesados, por medio de los pactos correspondientes—, como tan exactamente expresa el Registrador en su nota—nuestra decisión—siendo previamente adversa a la que se diera al negocio en 1952, hubiera justificado doblemente la dada en la presente—. Y precisamente por el artículo 675 del Código civil tan invocado.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO POR NO HABER TENIDO ACCESO AL MISMO
ALGUNA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS INTERMEDIAS: CONFORME AL
APARTADO A) DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY HIPOTECARIA, EL INTERESADO

PUEDE ELEGIR INDISTINTA Y LIBREMENTE EL PROCEDIMIENTO QUE, ENTRE LOS QUE DICHO APARTADO A) LE OFRECE, CREA MÁS ADECUADO.

LOS MEDIOS QUE INDICA EL ARTÍCULO 200 DE LA CITADA LEY, PRECEPTO QUE RATIFICA Y DESENVUELVE EL NÚMERO 2.º DEL APARTADO A) DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 40 DE LA REPETIDA DISPOSICIÓN LEGAL, NO IMPIDE LA UTILIZACIÓN DE LOS DEMÁS MODOS DE RECTIFICACIÓN QUE OFRECE, NI PRODUCE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA, CONFORME AL ARTÍCULO 284 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, PUES CABE LA INCOACIÓN POSTERIOR DEL JUICIO CONTRADICTORIO POR QUIEN SE CREA PERJUDICADO.

Resolución de 24 de enero de 1963 («B. O.» de 13 de febrero).

Don J. G. C. adquirió de don J. L. dos casas sitas en Granada, que éste había a su vez adquirido de doña E y don P. la primera, y de doña A, la segunda, a nombre de quienes aún figuraban en el Registro. Para conseguir la rectificación registral el titular civil de los inmuebles demandó al señor L. y a los titulares registrales ante el Juzgado Municipal número 1 de Granada para ventilar la cuestión mediante el oportuno proceso de cognición; seguido éste en todos los trámites, se dictó sentencia accediendo a la pretensión del demandante, y una vez firme el fallo, se expidió mandamiento al Registrador para que rectificase el Registro según los términos de la sentencia, inscribiendo a favor del señor G. C. las indicadas fincas, que figuran en el Registro a nombre de los señores E. y P. y doña A., cuyos asientos deberían ser cancelados.

Presentado en el Registro el anterior mandamiento fué calificado con la siguiente nota: «No procede practicar las inscripciones a que se refiere el precedente mandamiento porque la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad jurídica extrarregistral para los casos previstos en el artículo 198 de la Ley Hipotecaria, en el caso presente por la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, se debió hacer por uno de los medios establecidos por el artículo 200 de la citada Ley, en cuyo procedimiento es preceptiva la competencia del Juzgado de Primera Instancia del partido donde radique la finca, no siendo admisible el procedimiento de juicio de cognición utilizado, según aparece en los tér-

minos del mandamiento. Siendo el expresado defecto insubsanable, no procede tomar anotación preventiva.

Interpuesto recurso, la Dirección, previo informe del Juez que expidió el mandamiento, revoca la nota calificadora y el auto presidencial que la había ratificado, aunque reconociendo éste que el orden en que el artículo 40 de la Ley Hipotecaria expone los procedimientos de rectificación registral no implica una rigurosa exigencia en su elección; la Dirección, repetimos, revoca la nota calificadora mediante la doctrina siguiente:

Que en este expediente se ha de resolver acerca de si el titular del dominio de unos inmuebles adquiridos de personas que no aparecen como propietarios de las fincas en el Registro de la Propiedad por no haber tenido acceso alguna de las celaciones jurídicas intermedias, podrá rectificar el Registro y obtener la inscripción a su favor mediante la resolución judicial que así lo ordene, a que se refiere el número 3 del apartado a) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria o habrá de acudir con anterioridad a los procedimientos que el artículo 200 de la misma Ley establece para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido.

Que según el artículo 39 de la Ley, por inexactitud registral se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscritos exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, y en el artículo siguiente se comprenden los diferentes procedimientos que según su naturaleza u origen pueden ser utilizados por los interesados para lograr la concordancia y señala para el caso debatido los tres siguientes:

a) La toma de razón del título correspondiente si hubiese lugar a ello.

b) La reanudación del tracto sucesivo con arreglo a lo dispuesto en el título sexto de la Ley; y

c) Por resolución judicial que ordene la rectificación.

Que de los preceptos contenidos en las disposiciones hipotecarias no aparece que haya de acudirse con preferencia al expediente de dominio o acta de notoriedad para lograr la concordancia entre el Registro y la realidad, y la propia exposición de motivos de la Ley de Reforma indica que la determinación de los procedi-

mientos establecidos en el apartado a) del artículo 40 obedece al propósito del legislador de dar coordinación y unidad a los distintos preceptos hipotecarios, y de ahí que el interesado pueda elegir indistinta y libremente el que crea más adecuado, sin tener que atenerse al orden establecido en dicho artículo, que por ser simplemente enunciativo, comienza por el más sencillo—la simple presentación de los títulos—y termina por el juicio declarativo por el que se trata de obtener una sentencia favorable que declare adquirido el dominio y la cancelación del asiento anterior contradictorio.

Que los medios que indica el artículo 200 de la Ley, precepto que ratifica y desenvuelve el número 2.º del apartado a) del segundo párrafo del artículo 40 de la misma disposición legal, no impide la utilización de los demás modos de rectificación que ofrece, ni produce la excepción de cosa juzgada, conforme al artículo 284 del Reglamento Hipotecario, ya que cabe la incoación posterior del juicio contradictorio por quien se crea perjudicado, si bien por una razón de economía procesal autoriza a que se pueda acudir directamente a tal procedimiento, cuya solemnidad y garantía son iguales, cualquiera que sea la jurisdicción y competencia a que corresponda, conforme a la cuantía de la cuestión debatida.

En el año 1952, nuestro querido compañero Rafael Ramos intuyó o explanó casi el problema que ahora la Dirección resuelve.

Se preguntaba Ramos («Los expedientes de reanudación del tracto...», etc., esta Revista, número de junio 1952), contemplando la rectificación registral de una inexactitud mediante resolución judicial, en qué procedimiento se dictaría ésta y si afectaría sólo a sentencia que no tenga pendiente un recurso de casación. Si se refiere a éstas, ¿por qué emplea la palabra *rectificación* en vez de *cancelación*, que es la adecuada? Esto quiere decir que la valoración de la palabra *rectificación* ha de buscarse, no en el campo de las cancelaciones y, por tanto, del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, sino en el campo de las discordancias entre realidad y Registro, en el campo de la realidad jurídica y, por ende, en el de la justificación de la existencia de Derechos reales en colisión o pugna con los que en el Registro constan. Y terminaba

dudando sobre el procedimiento a seguir y la naturaleza de la resolución.

La presente Resolución parece despejar estas dudas. Procedimiento: «el de cognición adecuado a la cuantía de la cuestión debatida» (*in fine*, último Considerando). Para determinar ésta se aceptó, conforme a la regla 6.ª del artículo 489 de la L. E. C., el de 4.410 pesetas (¡y eran dos casas en Granada!). Aducida por el recurrente, pero no citada en sus Vistos por la Dirección, la Resolución de 20 de enero de 1928 no fué sometida ésta por el Registrador a una verificación y acomodamiento al caso debatido, que, si en dicha Resolución de 1928, se le dió hecho (por una reclamación de 600 pesetas se adjudicaron fincas tasadas por perito en más de 15.000), por lo que el criterio de la nota rechazando la competencia del Juez municipal salió triunfante, en la presente su silencio al respecto ha impedido al centro directivo todo pronunciamiento sobre la cuestión litigiosa o mejor aceptar ésta. Pero ocurre preguntar: ¿hubiera entrado en las facultades del Registrador rechazar la cuantía establecida—de la regla 6.ª, art. 489, L. E. C.—, si de algún asiento del Registro apareciese valor superior al de la competencia jurisdiccional?

Naturaleza de la resolución.—Confesamos que el último Considerando nos sumió en grandes dudas.

Si ese Considerando quiere decir que los medios que indica el artículo 200 de la Ley Hipotecaria, no impide la utilización de los otros de rectificación del artículo 40 de la misma, y que esos medios del artículo 200 *no producen la excepción de cosa juzgada* (art. 284 R. H.), la cuestión es diáfana. La duda—profunda duda—nos surge si la excepción de cosa juzgada tampoco se produce en cuanto a *la resolución recaída en el juicio de cognición*. Estimamos que habrá de estarse al artículo 1.252 del Código civil y al pedimento del demandante de ser «dueño en pleno dominio» de las fincas. El porqué, el cómo, las mil incidencias en torno, podrán ser objeto de juicio contradictorio y de ahí ese—al menos para nosotros—un tanto abstruso Considerando de la Dirección.

El fondo real de todo esto es que si las últimas inscripciones tienen menos de treinta años de vigencia este procedimiento de cognición en rebeldía de los demandados «viene a ofrecer menos

garantías que los corrientes de reanudación de tracto, dadas las precauciones que la Ley Hipotecaria adopta cuando regula específicamente aquellos». (ROCA SASTRE, nota 2, pág. 712, t. III *Derecho Hipotecario*, ed. V.)

VENTA A VIRTUD DE EXPEDIENTE DE APREMIO.—SIENDO FACULTAD RECONOCIDA A LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD POR REITERADA JURISPRUDENCIA DE SU CENTRO DIRECTIVO, LA DE EXAMINAR LOS TRÁMITES Y DILIGENCIAS DE DICHOS PROCEDIMIENTOS, PARA QUE ÉSTOS, EN CUANTO A NOTIFICACIÓN Y PUBLICIDAD, SE AJUSTEN A LAS PREVISIONES DEL ARTÍCULO 127 DEL VIGENTE ESTATUTO DE RECAUDACIÓN, ES INEXCUSABLE QUE EL DEUDOR AFECTADO SE HALLE EN ALGUNA DE LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN DICHO PRECEPTO, ES DECIR, QUE SE TRATE DE FORASTERO SIN HABER SEÑALADO PUNTO DE RESIDENCIA O PERSONA QUE LO REPRESENTA, O, EN TODO CASO, DEUDORES DE PARADERO IGNORADO O DESCONOCIDO, EXTREMOS NO ACREDITADOS DEBIDAMENTE EN LAS ACTUACIONES, POR LO QUE PARA SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DEL CITADO DEUDOR EL ARTÍCULO ANTERIOR DEL ESTATUTO, AL NO DARSE «AQUELLOS SUPUESTOS, IMPONE LA NOTIFICACIÓN PERSONAL O DIRECTA AL MISMO».

Resolución de 8 de febrero de 1963 («B. O.» de 23 de igual mes y año).

Como consecuencia de varios recibos vencidos y adeudados sobre arbitrio municipal de riqueza urbana correspondiente a varias fincas de esta capital, su propietaria, doña M. P., fué apremiada de pago, instruyéndose el oportuno expediente ejecutivo por el Agente de la cuarta zona del Ayuntamiento de Madrid, acordándose en el mismo se hiciese saber a la deudora la existencia de sus descubiertos por medio de cédula duplicada, que debería contener la procedencia declarativa de apremio. Al intentar efectuar dicha notificación en los domicilios consignados en los recibos, no pudo realizarse, ya que el contribuyente era desconocido, según consta en diligencia firmada por dos testigos. El 8 de febrero de 1960 se dictó providencia para que se procediese, conforme al artículo 127 del vigente Estatuto de Recaudación, publicándose al

efecto edictos en el *Boletín Oficial* de la provincia y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, requiriendo a la deudora para que se personase en la agencia ejecutiva en el término de ocho días para darle a conocer sus descubiertos, advirtiéndole de ser declarada rebelde en caso de no hacerlo; en 10 de febrero de 1960 se acordó, a pesar de haberse extendido los edictos del citado artículo 127, personarse en el Negociado de Estadística y Empadronamiento del Ayuntamiento y consultar el fichero del padrón de vecinos, extendiéndose diligencia sellada por el Negociado, en la que consta que en los ficheros no figura la deudora, y en 23 de febrero de 1960 se hizo la declaración de considerarla en rebeldía. Seguida la tramitación del expediente de apremio se decretó el embargo de la finca urbana, manzana K, situada en Villaverde, y sus calles de Ignacio Sanz, Ramón Luján, Diagonal primera y Ferroviaria, al sitio llamado Prado Luengo y Valdemarro, que figura inscrita en el tomo 329, folio 94, finca 9.266 del Registro de la Propiedad, número 9, de Madrid. Tomada anotación preventiva del embargo por el señor Registrador de la Propiedad, número 9, en virtud del mandamiento expedido para tal fin, se pidió igualmente certificación de cargas, así como la supletoria de titulación, y anunciada la subasta con los requisitos legales, se celebró, extendiéndose acta adjudicando la finca, como mejor postor, a D. V. O., y en 23 de junio de 1960 y ante el Notario de Madrid don Antonio Moxó Ruano, comparecieron don Blas Tortajada Villalba, en su calidad de Agente ejecutivo municipal, y el recurrente, ostentando el primero la representación, por su cargo, de la deudora, a virtud del expediente de apremio, otorgando ambos, como consecuencia de la subasta indicada, contrato de compraventa de la finca descrita anteriormente.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 9 primera copia de la anterior escritura, fué calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, al que se acompañan dos actas aclaratorias, autorizadas el 11 y el 19 de noviembre último por los Notarios de esta capital don Antonio Moxó Ruano y Don Francisco Javier Monedero Gil, respectivamente, por no haberse cumplido lo que dispone el artículo 26 del Reglamento Hipotecario, modificado por Decreto de 17 de mayo de 1959,

ni el artículo 126 del Estatuto de Recaudación, por no constar la notificación a la deudora personalmente ni el examen del expediente por el Abogado del Estado a quien corresponda, antes de la presentación de los títulos en el Registro, que ordena el último párrafo de dicho precepto reglamentario. Madrid, 9 de diciembre de 1960.»

Personado D. V. O. en el expediente de apremio para manifestar la denegación, el Agente ejecutivo remitió expediente junto con los títulos denegados al señor Abogado del Estado de la Delegación de Hacienda, quien, después de examinado, manifestó que la tramitación está ajustada a lo previsto en el vigente Estatuto de Recaudación, y de la previa notificación a la apremiada se encuentra igualmente ajustada a Derecho, puesto que, al ser desconocido el paradero, esa notificación ha sido realizada mediante edictos publicados al efecto, de acuerdo con lo declarado por el Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948.

Interpuesto recurso por D. V. O., y dando el Registrador por subsanado el defecto de falta de cumplimiento del artículo 26 del Reglamento Hipotecario, por la presentación del expediente a la censura del Abogado del Estado, con posterioridad a la fecha de la nota recurrida, la Dirección, circunscribiéndose al problema de si se han observado las formalidades requeridas en la tramitación del procedimiento de apremio, ratifica el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota calificadora, en méritos de la excelentemente razonada doctrina siguiente.

Que la cuestión planteada en el presente recurso, una vez subsanado el defecto advertido en la nota calificadora, y cumplida, en consecuencia, la formalidad prevenida en el artículo 26 del Reglamento Hipotecario, se circunscribe a determinar si en el procedimiento de apremio instruido y tramitado para la efectiva exacción de los impuestos municipales sobre la riqueza urbana contra doña M. P., se han observado las formalidades requeridas por el vigente Estatuto de recaudación, y es procedente, por tanto, la inscripción pretendida por el recurrente del inmueble que le ha sido adjudicado en la subasta.

Que conforme a lo dispuesto en el artículo 127 del Estatuto de Recaudación citado para que el expediente de apremio, en cuanto a notificación y publicidad, se ajuste a las previsiones de dicho precepto, es inexcusable que el deudor afectado se halle en alguna de las circunstancias previstas, es decir, que se trate de forastero sin haber señalado punto de residencia o persona que lo represente, o, en todo caso, deudores de paradero ignorado o desconocido, extremos no acreditados debidamente en las actuaciones, de las que, por el contrario, resulta que la deudora tiene la cualidad de vecina de Madrid, según consta tanto en el asiento de inscripción en el Registro como en la escritura de venta del inmueble a que se refiere el expediente calificado.

Que el Estatuto de Recaudación, a fin de salvaguardar en lo posible los derechos del deudor apremiado, establece en el artículo 126 la notificación personal o directa al mismo, y sólo en el supuesto de que no pudiera practicarse, habrá de acudir a la notificación por edictos regulada en el artículo siguiente, sin que del examen del expediente y especialmente de la diligencia que ha servido de base para dictar la providencia que ordena la tramitación, con arreglo al artículo 127, aparezca igualmente que fueron adoptadas las garantías debidas para que resulte justificado el hecho de ser desconocido el domicilio de la deudora.

Que es facultad reconocida a los Registradores de la Propiedad por la jurisprudencia de este Centro, en su función calificadora, la de examinar los trámites y diligencias en los expedientes de apremio administrativos, a fin de que, como dice la Resolución de 5 de marzo de 1953 queden garantizados en lo posible los derechos de los interesados, evitando que éstos se vean privados de inmuebles de los que son titulares, máxime si, como sucede en el caso debatido, con la calificación no queda obstaculizada la normal actividad de la Administración, puesto que una vez subsanada la omisión padecida y acreditados los pertinentes extremos contemplados en el Estatuto, se alcanza el fin pretendido.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

III.—Obligaciones y contratos.

SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1962.—*Legitimación del heredero voluntario para impugnar actos de su causante. Puede impugnar los actos de simulación absoluta, no los de simulación relativa.*

Estudia esta sentencia la cuestión de en qué supuesto puede el heredero atacar actos de su causante, distinguiendo entre la simulación absoluta y la relativa.

Los antecedentes y resumen de lo sentenciado son: A) Instituyó heredero voluntario a su hermano. B) Este, ya recibida la herencia, impugnó la validez de un contrato de venta otorgado por el testador a favor de un tercero, basándose en que existió simulación. El Tribunal Supremo, sobre la base de que no se probó una simulación absoluta, decide que el acto carece de legitimación.

Para ello se basa en los siguientes interesantes considerandos o fundamentos:

Que, en general, el heredero puede impugnar el acto de su causante por entender que no nació *quo ad ius*, bien por impedirlo una declaración de la ley, bien por un defecto de sus elementos de fondo, o por una insuficiencia de forma, o que si nació y adquirió vida el derecho, después se hizo ineficaz. Impugnación que puede realizar con el ejercicio consiguiente de una acción dirigida a obtener la declaración de que el acto de su causante fué nulo con nulidad absoluta o insubsanable, o inexistente, o susceptible de anulación por determinado vicio, o por defecto subsanable, pero no subsanado, o suieto a una posibilidad de rescisión en su sentido amplio, comprensivo de los remedios legales reparadores de la lesión, del fraude, de la inoficiosidad y de otros efectos análogos.

Que por aplicación del principio de respeto a los actos propios, el heredero no podrá atacar los actos del causante, que por ser jurídicamente eficaces en sí mismos, resultarían inatacables para el propio causante, mientras el heredero actúe

simplemente en ejercicio de los derechos del causante, y no cuando invoque derechos propios, que, aunque referidos a la herencia, le coloquen frente a ella en la posición de tercero, porque entonces el binomio causante-heredero se desdoblará y surgirá, en discriminación de las respectivas personalidades, e binomio heredero como sucesor del causante por un lado, y por otro, el heredero como titular, frente al causante, de un derecho que le autoriza a desconocer los actos de éste.

Que el heredero voluntario está obligado a respetar los actos propios de su causante, eficaces en derecho, como estaría el mismo causante si viviera, y no puede impugnarlos por la simple circunstancia de que por ello se haya minorado el patrimonio de la sucesión y se haya perjudicado en su interés el heredero, pero estará legitimado para impugnarlos cuando ejercite acciones que hubiese podido ejercitar el propio causante, acciones que como heredero de éste le asisten en virtud de la transmisión sucesoria. En cambio, el heredero, forzoso, amparado por el principio de la inviolabilidad de la legítima, tiene acción para impugnar los actos de su causante que se hubiesen realizado en perjuicio de su derecho, no pudiendo oponerse que como sucesor está obligado a pasar por dichos actos, cuando precisamente éstos se simularon en menoscabo de su derecho de sucesión preestablecida en la ley, y al no tener existencia real no podían prevalecer sobre este derecho.

Que la Jurisprudencia siempre ha reconocido la legitimación del heredero forzoso para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante, habiendo proclamado la de 19 de enero de 1950, que, como resulta de lo declarado en sentencias de 11 de octubre de 1943 y 12 de abril de 1944 el hecho de la sucesión contra las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación pueden resultar afectados los derechos legítimos de aquél, porque, en este caso, los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga, sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos. En tal supuesto, su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cujus* sino que se asimila en este aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación, distinción razonable conforme al Derecho y a la equidad, que legitima al heredero forzoso para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás defectos le ligue con el causante de la sucesión.

Como reconoce la sentencia de 11 de marzo de 1960, aun cuando se haya puesto en tela de juicio la posibilidad de que un heredero voluntario, en calidad de sucesor del causante, pueda impugnar los actos del *de cujus*, no han dejado de ponerse a salvo, para esos efectos impugnatorios, los intereses de los herederos legítimos, y, por la misma razón, los de los legatarios que tienen la condición de terceros para dichos efectos, ya impugnen los actos del heredero, del que, en realidad, son acreedores, como los del testador, a quienes suceden a título particular. Lo cierto es que, en realidad, debido a una excesiva generalización, se ha formado una doctrina legal aparentemente contradictoria, pues en la mayoría de los casos, controvertidos en que se negaba la legitimación del heredero voluntario se trataba de una simulación *relativa*, aunque este calificativo no se recogiera en el fallo, que en aras del principio de seguridad jurídica conviene precisar para que la Jurisprudencia cumpla su función como fuente del derecho.

Que el heredero voluntario puede impugnar los actos de simulación

absoluta, ya que respecto a ellos estaba asistido de la correspondiente acción su causante, al reducirse el negocio afectado por ese vicio a una mera apariencia, que lo priva de todos sus efectos y obsta a la posibilidad de confirmación. Como proclama la sentencia de 29 de noviembre de 1958, siguiendo la doctrina de las de 30 de junio de 1931, 19 de mayo de 1932 y 25 de junio de 1946, si es indudable que los herederos voluntarios deben su entrada en la sucesión al expreso llamamiento del causante, cuando sigue la adición hereditaria, resulta evidente que pueden ejercitar las acciones judiciales de demanda de la inexistencia de los actos realizados por aquél, dado que la herencia a ellos transmitida comprende el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del *de cuius* que no extinguen por su muerte, según el artículo 659, y suceden en toda la titularidad, que al óbito no termina, como lo expresa el artículo 661 del propio Cuerpo legal, doctrina conforme con la sentencia de 23 de mayo de 1956, en la que se advierte: 1.º Que el contrato es inexistente, no produce efecto alguno y, por tanto, no liga a los contratantes a su cumplimiento. 2.º Que tal nulidad total no se exige por las prescripciones de los artículos 1.300 y siguientes, que se refieren a los contratos anulables. 3.º Que, en consecuencia, no limita a los contratantes obligados el derecho a la impugnación. 4.º Que, por el contrario, sin llegar al extremo de ser pública la impugnación, según doctrinalmente pudiera sostenerse, la reiterada doctrina de casación reconoce puede ejercitarla quien tenga interés en ella. 5. Que éste es indiscutible en el heredero de la vendedora, privado de la herencia por simulación, interesado en establecer la verdad jurídica para entrar en su disfrute.

Que los herederos voluntarios no vienen legitimados para la impugnación de la simulación *relativa* por no asistir este derecho a su causante, según resulta del artículo 1.302 del Código civil, y, por consiguiente, no habérselo podido transmitir *mortis causa*, y en este sentido debe entenderse la sentencia de esta Sala, de 30 de junio de 1944, en que se declaraba que para el ejercicio eficaz de la acción de simulación de contratos no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente, con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato, sino que es preciso, además, que quien pida procesalmente con dicha finalidad tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisprudencial, esto es, que sea titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza, no siendo parte legítima en los autos el heredero voluntario, por falta de interés jurídico para accionar sobre simulación de venta de bienes de la exclusiva propiedad de la causante que ésta transmitió por acto real de liberalidad, encubierto por causa onerosa de compraventa. Lo que la ley tutela no es la mera conveniencia, sino el derecho actual del accionante, que necesita ser definido frente al acto simulado que lo lesiona, y es manifiesto que, en este caso, no hay posibilidad de lesión de ningún derecho del actor, porque no teniendo aquélla herederos forzosos, ninguna otra restricción en la facultad dispositiva pudo transmitir libremente la propiedad de sus bienes por acto oneroso o lucrativo *inter vivos* o *mortis causa*, y la posición jurídica de su hermano, como heredero voluntario, no le atribuye otro derecho que el comprendido en el marco de su institución, que le impone acatamiento a la voluntad real y verdadera de enajenar que tuvo causante, siquiera fuera por acto de liberalidad disfrazada por causa onerosa en las escrituras de compraventa y en su propio testamento.

Que esto sentado, resulta inexcusablemente la previa discriminación de si la acción ejercitada por los herederos voluntarios afecta a una simulación absoluta o relativa, ya que de ella dependerá su legitimación o falta de la misma.

Se llega a la conclusión de que la apreciación conjunta de las pruebas conduce a estimar la inexistencia de una simulación absoluta. Por ello, el actor debe acatar la voluntad verdadera de enajenar que tuvo la causante. Carece de acción para impugnar la simulación *relativa*.

Los conceptos de simulación absoluta y simulación relativa, elaborados por la Doctrina y la Jurisprudencia, aunque tengan reflejos y aun desarrollo en el articulado del Código civil, han originado numerosa y varia Jurisprudencia, en especial al enlazarlos con la llamada legitimación.

Se había llegado, como reconoce la sentencia que nos ocupa, a una doctrina legal aparentemente contradictoria, que esta precisa y aclara. Cumple así este fallo una de las finalidades esenciales de la Jurisprudencia: hacer progresar el Derecho y fijar el alcance de las normas legales (1).

Nada debemos añadir a los razonamientos de la sentencia. Sólo recordar los conceptos de simulación absoluta y simulación relativa, con las palabras, ya clásicas, de Ferrara: Es negocio absolutamente simulado el que, existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto, sino tan sólo la «ilusión exterior» que él mismo produce. El negocio se limita a una forma vacía destinada a engañar al público; a un fantasma, como dice Kuntze. Por eso, concuerdan las varias maneras de designar el negocio simulado. Unas veces se denomina «negocio ilusorio»; otras, «un no negocio», como dice Bähr; otras, finalmente, «un negocio vacío», según la expresión de Regelsberger. La teoría de la simulación absoluta en nuestro Código, dice Ferrara, y lo mismo decimos nosotros del nuestro, resulta, indirectamente, de los principios que rigen la formación de los contratos. Entre los requisitos esenciales para la existencia de éstos figuran el consentimiento válido de los contratantes y la causa lícita de obligar, requisitos ambos de que carece el negocio fingido; porque, si hay consentimiento para la ficción, falta el necesario para la obligación y, por tanto, el que se requiere para que se establezca la relación jurídica; y así, faltando toda la esencia del contrato, la causa no existe tampoco. Pero no resulta exacto el invocar como justificación de la nulidad del negocio simulado la sola falta de la causa, porque el negocio simulado es algo más que un negocio sin causa. El contrato sin causa puede ser un negocio serio y completo, en cuanto a los elementos que lo estructuran, mientras que el negocio fingido está en absoluto vacío de contenido por la falta de voluntad; es una sombra de contrato.

Normalmente, la simulación absoluta tiene carácter fraudulento y tiende a causar un perjuicio a terceras personas, en cuanto que la apariencia creada se utiliza, de ordinario, para frustrar la satisfacción de legítimas expectativas. El negocio fingido no puede servir de arma contra la ley, pues, reduciéndose a una «no acción», la transgresión no se concibe, en cambio, la simulación *relativa* sirve, a menudo, como veremos más adelante, para disfrazar una ilegalidad.

La simulación relativa consiste en disfrazar un acto: en ella se realiza, aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero, que ocultan bajo una forma diversa de tal modo que su verdadera naturaleza permanezca secreta. La figura aparente del negocio sólo sirve para engañar al público; pero

(1) Puede verse, a este respecto, PUIG BRUTAU: *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*.

detrás de esa falsa apariencia se esconde la verdad de lo que las partes han querido realizar y sustraer al conocimiento de los terceros. De aquí que, con frecuencia, se le designe, ya como negocio disimulado (Dernburg), enmascarado (Euffeter), velado (Bekker), ya, como decían los escritores medievales, «coloratus, figuratus, depictus», de donde proviene el aforismo «colorem habet substantiam vero alteram».

El principio de que está permitido a las partes conseguir un cierto fin económico ocultando la forma jurídica empleada al efecto, descansa en el de la libertad de la contratación. Suele decirse que la persona capaz de realizar un negocio directamente puede realizarlo también de modo indirecto, lo cual se aplica en verdad al uso de una forma contractual distinta o a la combinación de varias formas contractuales para conseguir un cierto resultado que la ley refiere a un tipo especial de negocio jurídico. En efecto, la ley enumera y regula una larga serie de formas contractuales que ofrece a la actividad de los particulares y que éstos no están obligados a adoptar, pudiendo conseguir por otro medio el efecto a que aspiran. Se trata de normas meramente dispositivas que pueden derogarse por la voluntad de las partes. Análogas consideraciones son las que, en general, determinan la licitud del procedimiento simulado. El disfraz de un negocio jurídico no puede reprobarse en sí mismo mientras no se ofenda con él la ley o el derecho de los demás. El mantener secreto un acto puede constituir un interés legítimo y respetable, y no hay razón alguna de orden público que prohíba sustraer a la observación de los terceros la verdadera naturaleza del negocio realizado. Si se produce un engaño, si se emplea una mentira, esto, que puede ofender ciertos principios de moral a que la ley otorga una mera protección negativa, no puede constituir una violación jurídica. Y como la ley no es quien manda que las personas sean leales, no puede obligar a los contratantes a ser sinceros, ni castigar con la pena de nulidad los acuerdos ocultos. Mientras el engaño es inocente, la ley no puede alarmarse de sus consecuencias y no puede prohibirlo, y es sabido, por otra parte, que en el campo de lo lícito jurídicamente entran ciertos actos que no responden al rigor de los ideales éticos.

Examinemos intimamente el mecanismo de la simulación relativa. De su análisis resultaría que existen dos negocios: el manifiesto, fingido, y el oculto, serio; de ellos, el primero sirve para disimular el segundo. Los contratantes, para que no se conozca su acuerdo secreto, los disfrazan bajo un ropaje engañoso: la simulación, aquí, no se limita a crear la apariencia, sino que produce esta última para encubrir un acto verdadero. El negocio simulado sirve de capa, de máscara, al negocio realmente celebrado: es como una etiqueta falsa, como un fantasma que se exhibe al público para aportar la vista del acto verdadero que quiere conservarse oculto. Se comprende, por ello, que en la valoración jurídica del acto simulado no se tome en cuenta el primero de los dos negocios, que constituye el disfraz exterior. La apariencia producida con él no puede tener eficacia jurídica alguna: cuando se desgarran el velo engañoso, no queda huella de su existencia, y una vez descubierto el negocio oculto, la ilusión creada se disipa como la nieve en el aire, y queda el negocio verdadero, en su forma genuina y sincera que es el fruto de la voluntad de las partes: lo único que tiene importancia jurídica.

Esto es precisamente lo que los autores quieren significar cuando dicen que en el examen de los actos disimulados no debe tomarse en cuenta el acto fingido.

El caso típico, añadiríamos nosotros, es la venta de tío a sobrino, cuando

encubre una donación, que se quiere disimular para evitar determinadas consecuencias de índole fiscal.

SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1962—*Disposición de bienes con grave riesgo para la sociedad de gananciales Personalidad de la mujer para litigar Diferencia entre falta de personalidad y falta de acción.*

Son declaraciones de esta sentencia:

Que a tenor del último apartado del artículo 1.413 del Código civil, en todo caso, no podrá perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código, o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados, no pudiendo ofrecer duda alguna desde cuando puede ser utilizado su derecho. Como declara reiterada Jurisprudencia de esta Sala no existiendo precepto alguno que vede su ejercicio, es notorio que desde que se realiza la enajenación puede decirse que nace para la mujer el derecho a demostrar el perjuicio que se la infiere, sin esperar a que se extinga la sociedad de gananciales, ya por disolución de matrimonio o por ser declarado éste nulo, conforme el artículo 1.417, o cuando llegara el caso previsto en el artículo 1.433. Ese derecho de la mujer no significa otra cosa que una especie de información *ad perpetuam* hecho en forma contradictoria para mayor solemnidad, a fin de obtener por medio de una ejecutoria la base accesoria y eficaz para que, llegado el caso de hacer inventario ordenado en el artículo 1.418, pueda traerse a colación el importe de las enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas.

Que según reiterada doctrina legal de esta Sala, en tales casos, la mujer tiene derecho y acción para promover la demanda y personalidad para estar en juicio, toda vez que uno de los elementos de la sociedad conyugal es el marido, pues la legitimación impuesta por el apartado primero del artículo 60 del Código civil de quedar sujeta la mujer casada a ser representada por su marido y no poder sin su licencia, comparecer en juicio por sí por medio de Procurador, se encuentra exceptuada en el segundo apartado del mismo precepto legal, que expresa no necesita de semejante licencia para defenderse en juicio criminal ni demandar o defenderse en pleito con su marido, sin que esta excepción pueda entenderse que no alcanza al caso en que se vea precisada, o le convenga demandar a su propio marido y a un tercero, porque la necesidad que la ley tiene presente para facultar a la mujer casada al objeto de poder demandar a su marido existe y hay que respetarla, ya que se trata de litigar con éste. Por el hecho de que la demanda se tenga que dirigir, además de contra el marido, contra otras personas, no autoriza dicho precepto legal, para tan sólo con relación a éstas, acudir a otro medio, para comparecer en juicio.

Las excepciones de falta de acción y falta de personalidad del demandante ofrecen como nota esencial, que las caracteriza y distingue, la de que mientras con la alegación de la primera de ellas, se niega el derecho que se ejercita en el proceso, a través de la acción que de él nace, planteándose así una cuestión de fondo; la segunda tiende sólo a impedir que sean discutidas las cuestiones que corresponden a dicho derecho, y, en todo caso, a impedir que sean resueltas sin la previa justificación de que el demandante se encuentra asistido de la capacidad de obrar, personal o representativa, necesaria para actuar como sujeto de la relación jurídico procesal, con el carácter con que lo haga.

Que en pura técnica jurídica la excepción de falta de personalidad por la parte actora o de su Procurador, ya se alegue como dilatoria, ya como perentoria, supone vicio formal *in procedendo*, que sólo puede ser tratado en casación por la vía del quebrantamiento de forma prevista en el artículo 1.693. número 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1962.—*Arrendamiento urbano. Las normas fiscales no afectan necesariamente a los derechos civiles.*

Es frecuente, en los litigios de arrendamientos urbanos, que para probar cesiones, traspasos o subarriendos, se presenten certificados acreditativos de quién es el titular de la contribución de un negocio, o de altas o bajas en padrones de matrículas o de contribuciones, y se les pretende dar a tales documentos un valor de prueba inatacable.

Esta sentencia recuerda que, como es sabido por la constante doctrina Jurisprudencial, las normas de carácter fiscal no afectan a los derechos civiles, a menos que lo dispongan de manera expresa. Es una realidad, sigue diciendo la sentencia, que hay casos en que los tributos giran a nombre de persona distinta del dueño de la cosa gravada, sin que esto quiera decir que estos datos fiscales sean desdeniables como regla general, sino que su valor eficiente entra en juego y se conjuga con otros medios de prueba, y coordinados sirven para formar estado de conciencia sobre la realidad del hecho que se busca. Por lo que, si en el caso de autos, el Tribunal *a quo* de forma expresa y con conocimiento pleno de su contenido, prescinde del nombre del contribuyente para hacer la declaración de hechos probados, no es dable en esta función revisora asignarle a susodichos documentos valor probatorio suficiente, considerados de forma aislada y desconectados del resto de la prueba.

SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1962.—*Resolución de arrendamiento urbano por transformarse la sociedad arrendataria en otra de igual clase, con distinto nombre.*

Son bastantes los litigios originados, porque una sociedad, arrendataria de un local de negocio, se transforma en otra porque un particular aporta un local arrendado a una sociedad en la que él entra como socio. El dueño del local alega cesión o traspaso ilegal y la alegación casi siempre triunfa. En esto, la Jurisprudencia viene siendo, diríamos, que exigente, severa con la parte arrendataria.

El Considerando de la sentencia que nos ocupa, dice así: Que constituida una sociedad regular colectiva entre don Juan José y don Julián E. G., que venía siendo arrendataria del local de autos, bajo la razón social «Estévez Gomendiourrutia y hermano», uno de los socios, don Juan José, cedió su participación a otras tres personas distintas, don Juan José, don Ignacio y don Julián E. G., transformándose en nueva sociedad de la misma clase denominada «Estévez G. y Compañía», que sustituyó a la primera en el uso y disfrute del local, con lo cual es evidente que se produjo un cambio de la entidad arrendataria por una persona jurídica distinta, por cambio de los sujetos que la integran, cambio exteriorizado hasta en la nueva razón social. Estos hechos, sigue diciendo la sentencia, son constitutivos de un traspaso que realizados en forma distinta a la autorizada por la sección segunda del capítulo cuarto de la Ley de Arrenda-

mientos Urbanos, constituye la causa quinta de resolución del artículo 114 del mismo cuerpo legal, sin que pueda justificarlo el hecho del parentesco entre el socio saliente y los que le sustituyeron, porque ni el cambio de personalidad dejó de producirse, ni es diferente al arrendador el cambio de componente en esta clase de sociedades en las que la garantía de la responsabilidad ilimitada se establece en el artículo 127 del Código de Comercio, ni es aplicable la excepción contenida en el artículo 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que se refiere a un supuesto completamente distinto al de autos.

Pasemos por aquello de que ha habido transformación en una nueva sociedad, por haber cambiado el nombre; pero, ¿si se hubieran dado esas cesiones de participación social a otras personas, es decir, si hubiera habido cambio en la persona de los socios, sin llegarse a la modificación de la sociedad propiamente dicha, de la persona jurídica, sin cambiarse su nombre, la solución hubiera sido la misma? ¿Trasciende al contrato de inquilinato, a la relación arrendaticia, el simple cambio de un socio de una sociedad colectiva?

IV.—Sucesión «mortis causa».

SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1962—Capacidad para otorgar testamento

El demandante pidió la nulidad del testamento, porque la testadora había perdido sus facultades mentales con motivo de una enfermedad, con anterioridad al otorgamiento del testamento, según lo acreditó con certificados médicos.

Las demandadas alegaron que si bien antes del testamento, por una bronconeumonía, la testadora tuvo perdidas sus facultades mentales después las recobró, y al otorgar el testamento abierto ante el Notario, tenía suficiente capacidad.

El Juzgado declaró la nulidad del testamento y consiguientes operaciones particionales. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y absolvió a los demandados.

El Tribunal Supremo no dió lugar a la casación.

Razonó así: Que en el primer motivo del recurso y al amparo de número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se imputa al fallo violación del artículo 665 del Código civil en relación con el segundo párrafo del artículo 663 del mismo texto legal, con olvido al construir el motivo, que la testadora, en el momento de otorgar su última voluntad ante el Notario y los testigos que la conocían, y dejaron constancia en el instrumento de la capacidad legal necesaria de la otorgante, no se hallaba declarada incapaz, por lo que resultaría improcedente la postulada aplicación del artículo 665 del Código civil (Sentencia de 7 de junio de 1957). Al resultar escrupulosamente observado el 685 del mismo texto y afirmada por el Notario la plena lucidez intelectual de la testadora que confirman los testigos instrumentales, tal aseveración sólo puede ser destruida por prueba evidente en contrario (Sentencias de 27 de junio de 1908, 22 de enero de 1913 y 16 de febrero de 1945). Sobre la base de la capacidad para el negocio testamentario, que se presume siempre, se distingue entre el incapaz declarado y el incapaz de hecho, siendo de quien afirma la incapacidad su prueba, en el segundo de los supuestos, con mayor rigor frente a las aseveraciones del Notario autorizante, todo lo que obliga a rechazar el motivo.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23
de febrero de 1962*

LA VENTA DE MADERA ELABORADA POR EL PROPIETARIO DE UN MONTE NO
ES ACTO EXENTO COMO COMPRENDIDO EN EL NÚMERO 11 DE LOS AR-
TÍCULOS 3.º DE LA LEY Y 6.º DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO.

Antecedentes.—La entidad «Mancomunidad Municipal Asocio», de la extinguida «Universidad y Tierra de Avila», vendió por documento privado a otra entidad la producción de madera elaborada o que se elaborase hasta determinada fecha en la fábrica de la Comunidad instalada en el monte propio, al efecto de su explotación, con determinación del precio y características del metro cúbico de la madera elaborada, con un aval bancario a favor de la vendedora de 750.000 pesetas.

La compradora presentó en la Oficina liquidadora el contrato, juntamente con una solicitud de exención del impuesto, al amparo de los preceptos citados, y aquélla giró una liquidación por el concepto «muebles» al 3 por 100 y otra por el de fianzas al 0,75 por 100 en importante cuantía.

Recurrida la liquidación, entendió la entidad compradora que era aplicable la exención mencionada, que dispone que lo están «los contratos de venta que por documento privado se realicen sobre bienes muebles y semovientes cuando el que los enajene sea dueño, colono, aparcero o arrendatario de las fincas o ganaderías de que procedan los bienes vendidos», cuyos supuestos, se dice, concurren en el caso, puesto que se trata de maderas procedentes de monte propio del vendedor; a lo que el Tribunal provincial opuso, desestimando el recurso, que la exención no era aplicable por tratarse de un producto industrial, como es el de la madera en la fábrica de la vendedora, y no de verdaderos productos agrícolas o ganaderos, aunque la madera elaborada proceda de monte o finca propia del vendedor.

El Tribunal central, confirmando la anterior doctrina, e insistiendo en los conceptos del inferior, añade que la exención afecta a los bienes que por su naturaleza producen las fincas a su dueño, no a los transformados posteriormente, ya que, de no entenderse así, quedarían amparados por aquélla las ventas de toda clase de productos manufacturados en las que concurriesen los requisitos de procedencia, condición del vendedor y forma contractual que la exención prevé, quedando así desvirtuado el fin de la misma.

A ello ha de añadirse, sigue diciendo el central, el precepto específico del mismo Reglamento de 1959, en el número 6.º del apartado 3.º de su artículo 16, que dispone que la venta de árboles para corta, o la venta de maderas se reputarán y liquidarán como transmisiones de bienes muebles si no se acredita con certificación del Servicio Forestal que la corta responde a un plan de Ordenación del monte.

Comentarios.—Realmente, el texto literal de la exención queda notablemente circunscrito con el contenido del citado número 6.º del apartado 3.º del artículo 16, citados, al cual hay que dar preferencia, dado su carácter específico, sobre el texto de la exención, y ello no sin dejar de ver una no pequeña antinomia entre ambos.

Fuera de ello hay que reconocer como acertada la interpretación

ción de las resoluciones examinadas, puesto que es innegable que una cosa es vender los árboles del monte, que son su natural producto, y otra venderlos, si, pero transformados por el propio dueño por un procedimiento industrial. Esto último es claro que no estuvo en el pensamiento del legislador al consignar la exención; y como, por otra parte, las exenciones no se pueden aplicar con criterio extensivo, sino al contrario, hay que concluir que fué acertada la liquidación combatida.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de junio de 1962.

REQUISITOS EXIGIBLES PARA QUE LA TRANSMISIÓN DE VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA GOCE DE LA EXENCIÓN DEL NÚMERO 59 DEL ARTÍCULO 3.º DE LA LEY DEL IMPUESTO, CUANDO SE TRATE DE LAS CONSTRUÍDAS SIN AUXILIO DIRECTO DEL ESTADO.

Antecedentes.—La Compañía «Iberia», para cumplir la obligación legal de construir viviendas destinadas a sus empleados, adquirió en escritura de 9 de febrero de 1960 diversos pisos de la propiedad de otra Empresa en finca acogida a la legislación de viviendas de renta limitada con clasificación definitiva de fecha 25 de enero de 1960.

Presentada la escritura a liquidación del impuesto, la Oficina liquidadora aplicó el tipo normal del 6 por 100 y la Sociedad compradora recurrió el acto ante el Tribunal provincial, invocando la exención del impuesto por tratarse de la primera transmisión de viviendas calificadas definitivamente como de renta limitada al amparo de la Ley de 15 de julio de 1954, artículo 10, y del Reglamento de la misma de 24 de julio de 1955, ratificados por el número 59 del apartado A) del artículo 3.º de la Ley del Impuesto de 21 de marzo de 1958, justificando adecuadamente la clasificación definitiva que había ratificado la provisional concedida en 18 de mayo de 1958, así como la autorización oficial de fecha 7 de

octubre de 1959 a la compradora para sustituir su obligación de construir viviendas para sus empleados por la de compra de pisos o casas con la limitación correspondiente en los alquileres.

El provincial desestimó el recurso fundándose en que no se acreditaba el cumplimiento de los requisitos exigidos en el citado número 59, apartado A) del artículo 3.º de la Ley del Impuesto, en cuanto a las viviendas comprendidas en el primer grupo establecido en el artículo 2.º de la Ley de 15 de julio de 1954, en relación con su superficie y con la forma de pago del precio, sin que sea posible establecer prioridad frente a estos preceptos a los de la ley específica que se acaba de citar.

Planteada la contienda ante el Central, éste empieza por decir que consiste en dilucidar si las normas sobre exenciones, referentes a las viviendas de renta limitada que establece la Ley del Impuesto de 21 de marzo de 1958, son aplicables a la primera transmisión de pisos de viviendas cuya calificación provisional y definitiva se obtuvo con fecha posterior a 1 de mayo de 1958, en que tal ley entró en vigor; o si, por el contrario, los derechos adquiridos conforme a la ley anterior, en este caso la de 15 de julio de 1954, deben ser respetados, no obstante lo dispuesto en la posterior del Impuesto.

El Central, confirmando el acuerdo del Provincial, sienta en primer lugar que la transitoria 4.ª de la mentada Ley del Impuesto dispone que quedan sin efecto cuantas exenciones y bonificaciones no figuran mencionadas en los artículos 3.º y 4.º de la misma, a cuyos preceptos habrá de estarse, exclusivamente, para determinar la extensión de las en ellas recogidas, todo ello sin perjuicio de los derechos ya consolidados individualmente al amparo de las disposiciones anteriormente en vigor; y, por consiguiente, conforme a esa transitoria 4.ª y también a la 8.ª, han de subsistir los derechos adquiridos según la legislación anterior sobre viviendas de renta limitada, cuando la calificación provisional haya sido otorgada por el Organismo competente con fecha anterior a 1 de mayo de 1958, fecha de vigencia de la nueva ley fiscal, y, por el contrario, cuando la calificación es de fecha posterior, la ley aplicable a las exenciones ha de ser la entonces vigente.

Esto sentado, como en el caso las calificaciones, tanto provisional como definitiva, son posteriores a 1 de mayo de 1958, ha de aplicarse el repetido número 59 de la Ley de 21 de marzo de 1958 sobre el impuesto, según el que, para aplicar la exención a la primera transmisión onerosa de las viviendas cuestionadas, clasificadas en el primer grupo fijado en el artículo 2.º de la Ley de 15 de julio de 1954, es necesario que el pago del precio quede aplazado por cinco años como mínimo, satisfaciéndose en anualidades de las que las cinco primeras sean de igual cuantía, sin que el recargo por intereses del precio aplazado exceda del 5 por 100, requisito que no se cumple en el caso; todo lo cual conduce a la conclusión de la improcedencia de la exención, aun sin contar con la norma que impone el criterio restrictivo en la aplicación de las exenciones.

Comentarios.—El problema planteado y acertadamente resuelto en la Resolución comentada, es el que se crea en las nuevas leyes modificativas de la legislación precedente en la misma materia, o sea el llamado régimen transitorio, acerca de los actos y contratos no consumados, que aparecen regulados de distinta manera en una y otra legislación, cuyo problema es normalmente más acusado en las leyes fiscales, como lo es la del impuesto de que se trata, de 21 de marzo de 1958, especialmente cuando dichos actos y contratos no consumados contienen modalidades que han de cumplirse vigente ya la nueva ley.

En principio, parece que debiera ser suficiente el contenido de su disposición transitoria primera cuando dispone que los preceptos de la misma solamente se aplicarán a los actos y contratos causados a partir de 1 de mayo de 1958, fecha de su entrada en vigor, salvo que se presenten a liquidación fuera de los plazos reglamentarios o de sus prórrogas; pero esa norma general solamente es valedera plenamente cuando el acto o contrato queda, por decirlo así, perfecto y consumado al producirse, como, por ejemplo, ocurre en el caso de una compraventa o una permuta simples y corrientes, pero no cuando los actos y contratos encie-

rran condiciones y matices sometidos a ulterior cumplimiento para que la convención adquiriera la plena perfección y consumación.

Tal es el caso y la razón de las disposiciones transitorias 4.^a, 6.^a, 7.^a y 8.^a de la vigente Ley del Impuesto: el contenido de la 4.^a inicia ya el problema o problemas del régimen transitorio al disponer que las exenciones y bonificaciones no consignadas en los artículos 3.º y 4.º de la nueva Ley quedarán sin efecto y que a sus normas habrá que ajustarse para determinar la extensión de aquéllas, todo ello, añade, sin perjuicio de los derechos ya consolidados individualmente.

Las otras tres transitorias aludidas son las que dan lugar a más contiendas de régimen transitorio, originadas por los beneficios fiscales que la legislación vigente al publicarse la nueva ley concedía a las distintas clases de viviendas destinadas, bajo la protección pecuniaria del Estado, a remediar el acuciante problema de la escasez de las mismas. Tal abundante y dispersa legislación, tan necesitada de meditada refundición, concede los beneficios fiscales provisionalmente y a reserva del cumplimiento *a posteriori* de determinados requisitos, autorizando liquidaciones provisionales, las cuales, numerosas y cuantiosas, quiso el legislador que o bien se elevaran a definitivas oportunamente o bien que quedaran sin efecto los beneficios tributarios, y al efecto dictó las transitorias mencionadas, afrontando así un especial problema de derecho transitorio, que no se produce normalmente al publicarse una nueva ley modificando otra anterior.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de julio de 1962.

UNA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN CONSTRUCCIÓN EN ESCRITURA DEL AÑO 1953, REFERIDA A OCHO PLANTAS Y UN VALOR DECLARADO DE 700.000 PESETAS, FUÉ DECLARADA NO SUJETA AL IMPUESTO CON ARREGLO A LA LEGISLACIÓN DE 1947; Y AMPLIADA LA DECLARACIÓN EN ESCRITURA DE 1959, SE HIZO CONSTAR QUE LA OBRA SE HABÍA AMPLIADO CON UN PISO

MÁS Y QUE SU VALOR TOTAL ERA DE 5.182.000 PESETAS, SIENDO EL DEL NOVENO PISO ADICIONADO EL DE 139.600 PESETAS.

El acto fué liquidado por el concepto de «contrato de obras», número 20 de la Tarifa, al 0,75 por 100, sobre la base de 3.475.000 pesetas.

El interesado recurrió la liquidación alegando que, declarada en su día la obra nueva en cuanto a ocho plantas, la nueva escritura se limita a la planta novena, y si la primera escritura se declaró no sujeta al pago del impuesto, no se podía pretender, al amparo de un valor comprobado de la totalidad de la finca, que esa novena planta tuviese un valor superior a la diferencia entre las 700.000 pesetas en su día declaradas y los 5.182.000 pesetas, menos el valor del solar, porque ello equivaldría a liquidar una obra nueva no liquidada en su día por no estar sujeta a impuesto, lo cual envuelve una revisión antirreglamentaria, o bien atribuir a la parte de obra nueva declarada en la segunda escritura un valor totalmente desproporcionado que no figura establecido por los elementos técnicos de la Administración que realizaron la comprobación a los efectos tributarios.

En su consecuencia, se pidió que, en caso de estimar sujeta al impuesto la declaración de obra nueva de la aludida novena planta, dada la fecha en que se formuló, la base liquidable debía ser, bien la cantidad de 139.600 pesetas, consignada en la nueva escritura, bien la parte proporcional del valor fiscal atribuido por el Catastro, o bien el señalado por el Arquitecto director de la obra, consistente en el 3,80 por 100, fijado en el Reglamento de la Comunidad de Vecinos.

El tribunal provincial desestimó el recurso, fundándose en que los hechos evidencian que la obra, al otorgarse la escritura de 1953, no se hallaba construida más que en cuanto a seis plantas, y a ellas hay que atribuir el valor de 700.000 pesetas, dado por el otorgante como declaración de obra nueva no sujeta al impuesto en aquella fecha, que quedó firme y consentida en cuanto a tal estimación, sin que a ello se oponga el hecho de que al presentarse la escritura de 1959 con la declaración de obra nueva, con un

valor de 5.182.000 pesetas, debe liquidarse el valor diferencial hasta dicha suma resultante, de descontar de la misma el valor comprobado del solar y la cantidad de 700.000 pesetas, porque, aunque parezca que ambas declaraciones de valor se refieren a la misma finca, en realidad no se puede afirmar que se trata de las mismas obras, desde el momento en que la nueva descripción del edificio comprende no sólo mayor número de plantas, sino también diferentes condiciones de las mismas, puesto que se les asigna un valor muy superior al que primeramente se les dió, o sea que el primeramente fijado en 1953 se refería al estado de las obras en aquel momento, y, en su consecuencia, la Administración no puede quedar obligada ahora a respetar la liquidación anterior más que en cuanto se refiere a la base de 700.00 pesetas, fijadas entonces como valor de la obra nueva.

El Central, ante el que se recurrió en alzada, dice que el concepto de obra nueva requiere, fiscalmente, la previa declaración del interesado, describiéndola y valorándola, y ello supuesto, de los antecedentes relatados se deduce que las citadas escrituras no contienen dos distintas declaraciones de obra nueva de una misma finca, sino una previa declaración de obra nueva y una ampliación de la misma, hecha con posterioridad, lo que implica que hay que referir las consecuencias fiscales a las fechas en que fueron hechas en las respectivas escrituras. Por tanto, reconocida la no sujeción al impuesto en cuanto a la declaración de obra nueva de la escritura de 1953, conforme a la ley entonces vigente, el acto administrativo vincula a la Administración con todas sus consecuencias fiscales, en tanto no se produzca la revisión del acto administrativo que originó la liquidación.

De ello se deduce que la liquidación procedente en el caso ha de referirse a la obra nueva declarada en la escritura de 1959, y referente al noveno piso de la finca, sobre la base del valor dado al mismo por el interesado en la dicha escritura, o bien el que resulte de la comprobación administrativa.

Por lo que se refiere al tipo de liquidación, entiende el Central que, en la imposibilidad de concretar el valor de los materiales adquiridos directamente por el propietario e invertidos en la am-

pliación, es de tener en cuenta el principio contenido en el artículo 47 del Reglamento, en relación con el párrafo primero del apartado 7) del artículo 18 del mismo texto y aplicar el tipo del 2,25, correspondiente a los contratos mixtos de obras con suministro de materiales.

En virtud de dichos razonamientos, el Central acuerda:

1.º Revocar el fallo apelado.

2.º Anular la liquidación impugnada, que será sustituida por otra, girada por el número 22 de la tarifa, al 2,25 por 100, sobre la base del valor atribuido a la planta novena discutida, o el resultante, en su caso, de la comprobación administrativa.

Comentarios.—Estamos conformes con la determinación del tipo de liquidación y también con la de la base liquidable. En cuanto a ésta, porque, referida la segunda declaración de obra nueva a la nueva planta no comprendido en la primitiva declaración de 1953, no hay por qué involucrar ambas declaraciones, sea cualquiera la verdad o exactitud del valor de 700.000 pesetas dado en 1953 al conjunto de las plantas entonces declaradas.

En cuanto a la calificación del acto como contrato mixto y no de simple contrato de ejecución de obras, también estamos de acuerdo con la solución dada al asunto, y, consiguientemente con el tipo de liquidación del 2,25, y ello por aplicación del apartado 7) del artículo 18 del Reglamento, que consigna la presunción de tal figura fiscal en las declaraciones de obra nueva referentes a inmuebles, puesto que, como es sabido, la obra nueva supone, en principio, el acto de ejecución de obras y a la par el de aportación de los materiales, cuyo conjunto produce la figura fiscal de «contrato mixto», involucrando el de ejecución de obras, salvo si el constructor es industrial matriculado como tal, o el dueño de la obra nueva acredita ser dueño de los materiales y acredita también el pago del impuesto correspondiente a la adquisición de éstos.

Lo que no nos parece tan claro es la invocación del artículo 47 del Reglamento, que se refiere al tipo de liquidación aplicable

cuando en el mismo contrato y título y por precio único se transmiten bienes muebles e inmuebles, sin especificar la parte del precio que a cada grupo corresponde, ya que aquí está claramente concretado, supuesto lo que acabamos de expresar.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de julio de 1962.

EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA, REGULADO EN EL ARTÍCULO 136, NÚMERO 2.º, DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1959, NO ES PROCEDENTE CUANDO SE FUNDA EN LA EXISTENCIA DE UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Antecedentes.—En febrero de 1960 se giró una liquidación por el impuesto de Derechos reales que fué recurrida, y, desestimado el recurso por el Tribunal Provincial, no siendo acogida la alzada por el Central, el cual se declaró incompetente por razón de la menor cuantía del asunto.

El fundamento del recurso de revisión se amparó en la existencia de una sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1961 favorable a la tesis del recurrente. El texto legal invocado en el recurso fué el citado artículo y número del Reglamento de Procedimiento Administrativo, que dice: que la revisión es procedente «cuando después de adoptado el acuerdo o resolución, aparezcan documentos decisivos, siempre que tales documentos hubiesen permanecido ignorados por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida por el acto o resolución».

El Central desestimó el recurso extraordinario diciendo que tal recurso es un remedio extraordinario excepcional que no puede ser instado más que al amparo de las causas expresamente señaladas en el citado artículo 136, que constituyen casos tasados que no permiten ampliaciones extensivas por analogía, «y la segunda de las causas, que es la invocada, tiene relación directa exclusivamente con la existencia del hecho originario de la exención tri-

butaria y que, como consecuencia de la aparición de documentos decisivos que hubiesen permanecido ignorados, deben ser apreciados en forma distinta que lo fué en el acto de gestión o en la resolución económico-administrativa; pero no es admisible que, al amparo de esta norma procesal, se pretenda obtener la revisión de una resolución, alegando la posible diferente interpretación de normas fiscales, adaptada a la doctrina emanada del Tribunal Supremo, puesto que ello equivaldría a reconocer un nuevo recurso ordinario en vía administrativa que no permite el Reglamento de Procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas»

Comentarios.—Entendemos que el texto del citado artículo 136, ni en su letra ni en su espíritu, guarda relación alguna con el caso debatido.

En primer lugar, se refiere, sin duda, a documentos anteriores al acto cuestionado, y, en segundo lugar, el desconocimiento de los mismos ha de ser debido a fuerza mayor o a obra de la parte interesada, y ante esto, ¿cómo pensar que ello guarde relación, ni siquiera remota con una sentencia del Tribunal Supremo que, a mayor abundamiento, fué dictada con posterioridad a la fecha de la Resolución de primera instancia del Tribunal Provincial?

Por último, y en definitiva, aunque tal sentencia fuese anterior al acuerdo del Tribunal Provincial, no se trataría más que de dos criterios encontrados, sustentados por dos distintos órganos jurisdiccionales, sin dependencia alguna entre sí.

Terminamos diciendo que la Resolución comentada dijo que no apreciaba temeridad ni mala fe en la parte recurrente, lo cual nos parece una clara muestra de la benevolencia del Tribunal Central.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Nota.—En nuestro comentario sobre la jurisprudencia acerca del Impuesto, inserto en el número precedente de marzo-abril, se padeció la omisión de la fecha de la Resolución comentada en primer lugar: es de fecha 28 de febrero de 1962.

VARIA

LÓPEZ JACOISTI, José Javier: *La mejora en cosa determinada*.

JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTI es, a la vez, Notario, es decir, jurista práctico, y Profesor de Derecho, esto es, expositor en forma ordenada y científica de lo que es el Derecho y de cuál es su contenido.

Por otra parte, sus inquietudes no se limitan a lo que rigurosamente se considera contenido material y formal de las normas jurídicas, ni a su elaboración conceptual. Muy especialmente le preocupan además las cuestiones sociológicas y filosóficas relacionadas con el orden de las cosas.

Divinarum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniustiscentia fué la definición de la jurisprudencia formulada por Ulpiano y recogida en el *Digesto*. A esta amplitud, LÓPEZ JACOISTI se adhiere siempre, rechazando las autolimitaciones de la teoría del Derecho puro. Estas características de preocupación sociológica y de orientación jurídica a los supuestos prácticos de una parte y de inquietud filosófica y de formulación científica de los problemas del Derecho, de otra, se observan muy claramente en la obra que es aquí objeto de nuestro examen. Y pocos temas, como precisamente el de la mejora, pueden colmar tanto un estudio movido simultáneamente por estas cuatro preocupaciones.

La mejora en cosa determinada hace pensar a LÓPEZ JACOISTI, como cuestión orientadora previa en la conexión de los aspectos

cuantitativos y cualitativos de la mejora, enfocada ésta como efectividad, diferenciada de las cuotas que potencialmente son susceptibles de ser contenido de mejora.

A las relaciones posibles entre las cuotas susceptibles de ser contenido de mejora, la mejora efectiva y la cosa a que ésta se refiere, se concreta el tema de la obra.

El autor, a este propósito, agrega un cuarto término a la clasificación trimembre que TELLO FERNÁNDEZ había establecido en el siglo XVI y de la que nos ocupamos años atrás. Con esa adición, LÓPEZ JACOISTI distingue: «1.º, la mejora que es una cosa pura y simplemente; 2.º, la mejora en cosa determinada con asignación de una cuota; 3.º, la mejora en cuota en asignación de cosa, y 4.º, las mejoras en una suma de dinero (*tal vez sería mejor decir: en el valor fijado dinerariamente en una cifra*) a pagar en cosa determinada.»

La Ley XIX de Toro es el antecedente histórico del artículo 829 del Código civil, de modo tal que no nos es posible comprender adecuadamente el sentido normativo de este artículo sin haber captado plenamente el de aquella ley. Allí debe buscarse si se refiere sólo a la mejora de cosa con determinación de cuota o comprende también la de cuota con determinación de cosa, e incluso, también a la mejora de cosa, sin determinación alguno de cuota.

En la letra del 829, LÓPEZ JACOISTI distingue las palabras: «*Si el valor de ésta [la cosa] excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte legítima correspondiente al mejorado ..*», (hipótesis) y (tesis la consecuencia que se sigue de este supuesto condicional: «... *deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados*». A su juicio: «El primer inciso encierra toda la problemática de la imputación del valor de la cosa señalada como mejora... con el problema de la falta de referencia explícita de su *texto* al tercio de libre disposición. El segundo inciso, ciertamente se separa del sistema de las Leyes de Toro, en cuanto tiende a liberar el alcance cualitativo propio de la mejora de cosa cierta del tope cuantitativo, pues desconecta ambos aspectos y mantiene la integridad cualitativa de la mejora, sin perjuicio de su limitación cuantitativa mediante el pago en metálico de los derechos de los demás interesados.

La falta de referencia expresa del artículo 829 al tercio de libre disposición es debida, a su juicio, a que tan sólo establece una regla de imputación parcial, no una regla total. Y cree que ello sólo se debe a la falta de tecnicismo de los redactores del Código al no considerar el tercio libre como susceptible de mejora al igual como antes lo era también el quinto.

Invoca al efecto la Ley XIX de Toro, que estimaba imputables las donaciones simples a tercio y quinto, antes que a la legítima, como punto de partida del cual los codificadores eliminaron el quinto por no encajar en su concepto restrictivo de la cuota de mejora.

Sin embargo, no creemos que dicho tecnicismo restrictivo—que hace años calificamos de erróneo—haya sido la causa de la falta de alusión del artículo 829 al tercio libre. Insistimos otra vez en que este artículo sólo se ocupa de la mejora de cuota con determinación de cosa cierta y de la mejora de cosa cierta con delimitación de cuota, a modo de precepto presuntivo de la voluntad del testador. Presupone que éste, al referir la mejora de cosa cierta a la cuota constitutiva del tercio de mejora, quiere significar que sólo hasta el montante máximo de este tercio quiere beneficiar al mejorado. Muy claro había expresado, en el siglo xvi, ANTONIO GÓMEZ, esta explicación de la Ley XIX de Toro: «*quia mens et voluntas patris vel matris non fuit plusquam tertio meliorare; et actus agerium non operatur ultra eorum intentionem, et limitata causa limitatum effectum.*»

* * *

La preocupación de LÓPEZ JACOISTE por la vida real le lleva a examinar la aplicación del artículo 829 para la conservación de la unidad patrimonial agraria y mercantil.

Le preocupa, al efecto, la cuestión de la divisibilidad o indivisibilidad de la *cosa determinada* a que dicho precepto alude. Por eso observa la indiferencia de la Ley XX de Toro respecto a este requisito (siempre y cuando no hubiera problema de exceso de la cosa indivisible sobre tercio y quinto) que hablaba, en general, de *la parte de la hacienda que el testador legase*, y la mayor concreción literal del artículo 829 del Código civil, pues «la cosa deter-

minada requiere cierta independencia objetiva para poder ser considerada como tal».

No obstante, entiende que la cosa no sólo debe comprender sus partes integrantes, sino también las llamadas pertenencias, como nos confirma el examen de los artículos 334, núm. 4.º y 1.097 del Código civil. Cabe, pues, en el 829 la doctrina del *instrumentum instructi*. Las pertenencias integrarán la mejora si no ha sido desahogado por el testador de la cosa principal.

Subraya, también, que—dada la innovación del artículo 829—al permitirse el abono en metálico del exceso de valor de la cosa, respecto a la cuota de mejora, se hace posible mediante su aplicación el abono de las legítimas en dinero, aunque no lo haya en la herencia, falte orden explícita por parte del testador, sean divisibles o no las cosas designadas y estén o no integradas en una explotación conjunta.

Ello le induce a plantear si «el carácter excepcional del artículo 829, frente a la regla, defendida por la mayoría de los autores, de que la legítima se debe pagar *in natura*, en sustancia hereditaria, podría retorcerse y servir para mostrar cómo el dinero, siquiera virtualmente, se encuentra en la herencia siempre que existan bienes realizables y que esa existencia virtual quizá pueda ser suficiente para poder ordenar el pago de las legítimas en metálico.»

No se atreve LÓPEZ JACOISTE a sentar criterios definitivos. Pero se inclina a que el moderno sistema económico «debe dar lugar a interpretaciones bastante alejadas de ciertas conclusiones más propias del Derecho intermedio». A su juicio: «Cuando una economía fundada en la *circulación* ha sustituido a la estabilidad, la *substantia patris* no puede consistir únicamente en la materialidad del *relictum*, sino también en su significación frente al tráfico, esto es, en su poder adquisitivo, estimado en función de unos valores con los cuales el sistema económico inevitablemente le conecta y compara. En efecto, la expresión de los bienes en dinero tiene hoy día la vehemencia de un hecho social ineludible.»

El artículo 829 ofrece un instrumento para la conservación de la *casa* campesina. En las regiones forales se aseguró gracias a la libertad de testar complementada con la troncalidad, los heredamientos universales, los derechos de nulidad, los retractos, fidei-

comisos, compañías familiares etc.—según destaca el autor—, a través de una tradición multisecular. En Castilla, desde antiguo, los medios empleados para perpetuar la tradición familiar agrícola fueron, de una parte, las vinculaciones y mayorazgos, y, de otra, las mejoras. Derogados aquéllos, queda sólo la mejora. Estas son usados—especialmente en algunas regiones, como Asturias, Galicia y Guipúzcoa—para dar continuidad a la *casa* como centro de actividad agraria de la familia. Pero ese designio, subraya LÓPEZ JACOISTE, difícilmente se lograría con la mejora de cuota, mientras que mediante la mejora de cosa determinada concretada en el *fundus eum instrumento*, con la facultad de abonar el exceso a los demás legitimarios en metálico, se favorece notablemente su solución.

El vendaval disgregador del *Code de Napoléon*—subrayado por LE PLAY—, con su legítima larga y *el partage legal* de su artículo 832, fué esquivado sin claudicaciones en nuestras regiones forales, fieles al espíritu tradicional, y aun el Código civil fué más ecléctico—gracias a sus artículos 1.056 y 829—que los originarios Códigos francés e italiano. Hay—incluso en Francia—específicamente por leyes del régimen de Petain (17 junio 1938, 20 enero 1940 y 5 enero 1943)—y en el nuevo *Codice civile italiano* de 1942—se ha comenzado a reaccionar contra el progresivo funcionamiento de la tierra causante de graves consecuencias demográficas.

Lástima—subrayamos nosotros—que, al reaccionar, ya de vuelta de aquellos errores, no se conserve el equilibrio y a veces se pretenda ir al galope. Las buenas instituciones civiles y la educación de la mentalidad campesina se quieren sustituir por disposiciones e intervenciones administrativas con un gran derroche de esfuerzos que a la larga probablemente resultarán estériles si la convicción popular no se despierta paralelamente, o que tendrán que dejar como secuela una permanente intervención administrativa que limitará su iniciativa a los labradores supeditados a una tecnocracia y una burocracia en progresiva marxistización del agro. Pues bien: la educación en la utilización de los medios ofrecidos por los artículos 1.056, párrafo 2.º y 829 del Código civil (quizá las legítimas resulten algo largas en la propiedad más pobre) de los campesinos de las regiones en que predomina un sentido puramente aritmético de la igualdad, y la de los juristas viciados

por un sentido puramente geométrico de la vida, para que no la perturben en las regiones en las cuales esos medios se viven —recordemos, con pena, algunas sentencias relativas a Galicia y Vizcaya que es más piadoso pasar por alto—, es el único camino seguro a emprender, aunque parezca muy largo para la frenética impaciencia de nuestro tiempo.

Y volvamos a lo que LÓPEZ JACOISTE nos explica acerca de la mejora en cosa determinada, la que estima no excluye ni resta valor «a lo dispuesto en favor de la conservación de las explotaciones agrarias por el artículo 1.056. Pero en los casos en que sea dudosa la existencia de una verdadera explotación en el sentido restrictivo que tiende a recibir este concepto en el moderno Derecho agrario, el cauce de la mejora en cosa cierta se presenta como particularmente apto para asegurar la continuidad del asentamiento familiar en la tierra cultivada.»

La utilización de la mejora en cosa cierta, por otra parte, no se limita a las finalidades agrarias; LÓPEZ JACOISTE así lo observa y examina su aplicación a las empresas de cualquier clase, e, incluso, al ejercicio de ciertas profesiones que requieren un instrumental relativamente importante. En especial examina su aplicación a la conservación en una sola mano de paquetes mayoritarios de acciones, evitando su fraccionamiento y con ello el desplazamiento de la potestad de mando que en la sociedad detentaba el causante.

Por eso concluye la interesante obra que comentamos con la afirmación de que su «fácil acomodación, tanto a necesidades consuetudinarias cargadas de tradición, como a los modernos planteamientos de la vida, hace de esta figura un instrumento utilísimo y de fecundas posibilidades a la hora de resolver muchos de los problemas vivos de nuestro sistema sucesorio.»

JUAN VALLET DE GOYTISOLO.

Notario.