

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVII ○ Enero - Febrero 1981 ○ Núm. 542

CONSEJO DE REDACCION

CONSEJEROS:

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

SECRETARIO DE LA REVISTA:

- D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—Madrid-6.—Teléfono 411 26 28

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«El pacto comisorio temporal. Su cancelación por la vía del artículo 355 del Reglamento Hipotecario», por FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ.	9
«En torno a la <i>actio mandati del fideiussor</i> », por GERARDO TURIEL DE CASTRO	39

NOTAS:

«El sujeto pasivo de los gastos funerarios», por CELESTINO A. CANO TELLO	67
«Glosa al requisito de la diferencia de dieciséis años entre adoptante y adoptado», por FERNANDO MALO	73

VIDA JURIDICA:

«Jornadas registrales en Argentina»	85
-------------------------------------	----

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABAIREIRO	133
--	-----

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1.º Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS, JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI	151
2.º Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	189
3.º Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	196

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	205
--	-----

LIBROS:

«Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Ministerio de Hacienda. 1977», por JOSÉ M. ^º CHICO Y ORTIZ	223
«Registro de imóveis. Doutrina. Prática. Jurisprudência», de NICOLAU BALBINO FILHO, por E. VÁZQUEZ BOTE	226
«Registro de imóveis», de AFRANIO DE CARVALHO, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	227
«Las licencias de Urbanismo», de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	229
«L'Abus de Droit», de MARIO ROTONDI, por JOSÉ M. ^º PIÑOL AGUADÉ	232

REVISTAS:

II. Notícia de Revistas	241
---------------------------------	-----

ESTUDIOS

El pacto comisorio temporal. Su cancelación por la vía del artículo 355 del Reglamento Hipotecario

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 1978 ha vuelto a suscitar una cuestión que parecía definitivamente resuelta por la de 11 de diciembre de 1974. Tal cuestión no es otra que el problema de la inscribibilidad de aquellos pactos que se añaden a una relación contractual creada con carácter temporal, en pretensión de que, cumplido el plazo fijado, se practique en el Registro de la Propiedad la cancelación de la referida relación, por la vía del artículo 355 del Reglamento Hipotecario, que la presume solicitada «por el solo hecho de pedirse la certificación» de cargas «o cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado». Se trata, pues, de una rogación anticipada, a la que podría denominarse «cancelación con petición presunta».

El Notario recurrente—el mismo en las dos citadas resoluciones—va a hacer de nuevo bueno y eficaz nuestro refranero y las máximas que en él se encierran («con el tiempo y una caña...»), pues su constancia (1) ha conseguido lo que parecía imposible: sacar al Centro Directivo de la recta doctrina sentada en la Resolución de 1974, para acoger en la de 1978, justamente, el criterio contrario.

El total giro de orientación lo justifica la última de las resoluciones reseñadas, arguyendo que son diferentes los supuestos contemplados en uno y otro fallo.

(1) A los cuatro años del primer recurso insiste con otro concebido en similares términos.

No existe, a mi juicio, la diferencia que se pretende, al menos con una entidad tal que justifique soluciones tan diversas; antes al contrario, entre los dos casos objeto de debate gubernativo, se aprecia una «identidad de razón», lo que autoriza a proponer para ambos análogos criterios resolutivos.

En el auto presidencial revocado por la Resolución de 1978, se declaró esta semejanza fundamental de supuestos de hecho, que se revela clara sin más que resaltar cómo en ambos casos:

- Se trataba de la compraventa de un piso con precio aplazado representado en letras de cambio.
- Se estipuló que su impago (de cualquiera de las cambiales en un supuesto o de dos en el otro) facultaría al vendedor para resolver la venta.
- Se convino en que esta «condición resolutoria explícita» quedaría «extinguida» por el transcurso de un plazo fijo, contado desde la escritura, «si antes no se hubiera ejercitado el derecho a la resolución».
- El vendedor prestaba expresamente su consentimiento formal para la futura cancelación, procedente a consecuencia del referido plazo extintivo.
- Tal cancelación se acuerda que será practicada con carácter automático por el mero transcurso del término fijado y en la forma prevenida en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario (rogación presunta por certificación o asiento nuevo).

Que este extracto que acabo de ofrecer se ajusta a los supuestos de hecho tenidos en cuenta por la Dirección General de los Registros y del Notariado, es un dato fácilmente comprobable a través del examen del primero de los resultandos de las dos contradictorias resoluciones sujetas a nuestra consideración, y que paso a transcribir para facilitar su consulta:

Resolución de 11 de diciembre de 1974 (2):

«Resultando que por escritura otorgada en Madrid el 8 de noviembre de 1973 ante el Notario don Roberto Blanquer Ubero, don Manuel Romero Menéndez-Valdés, con el consentimiento de su esposa, doña Enodina F. A., vendió a don Ramón G. L. y a don Valeriano M. D., que compraron por mitad e iguales partes indivisas, un piso en la calle de Puerto Rico, núm. 47, de esta capital, por el precio de 400.000 pesetas, el cual quedó aplazado, estableciéndose lo pertinente en cuanto al vencimiento y pago del mismo, entregando la parte compradora al vendedor 32 letras de cambio representativas de los plazos y vencimientos señalados, y añadiéndose entre otras estipulaciones que la falta de pago a

(2) En adelante Resolución de 1974.

su vencimiento de cualquiera de las letras referidas facultará al vendedor para resolver la venta; que la notificación de usar la facultad de resolver la venta y el transcurso del plazo de quince días naturales de gracia determinará la resolución plena y automática de la venta; que las partes establecen y el vendedor especialmente consiente que la condición resolutoria que respecto a la finca se pacta quede extinguida por el transcurso de treinta y cinco meses a contar de la fecha de la escritura si antes no se hubiera ejercitado el derecho a la resolución; que el vendedor presta expresamente su consentimiento formal desde este momento y para entonces para la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria; y que la cancelación se practicaría con carácter automático transcurrido el plazo convenido de treinta y cinco meses, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca o de expedirse certificación de cargas, conforme al artículo 35 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes» (3).

Resolución de 28 de noviembre de 1978 (4):

«Resultando que por escritura de compraventa autorizada en Madrid por el Notario recurrente el 2 de mayo de 1976, los esposos don Manuel Calatrava Fernández y doña María del Carmen Taibo Rouco vendieron a don Antonio Perales Cebolla determinada finca por el precio de 260.663 pesetas con 20 céntimos, parte del cual quedó aplazado, estableciéndose lo pertinente en cuanto al vencimiento y pago del mismo, entregando la parte compradora al vendedor 38 letras de cambio representativas de los plazos y vencimientos señalados, acordándose en la estipulación tercera de la referida escritura que la falta de pago a su vencimiento de dos cualesquiera de las letras de cambio a que se refiere la cláusula anterior, o la última de ellas, facultará al vendedor para resolver la venta conforme al artículo 1.504 del Código Civil.

La notificación de usar la facultad de resolver la venta y el transcurso del plazo de gracia—de treinta días naturales el primero, el siguiente al de la práctica de la notificación—, que necesariamente concederá la misma notificación, determinará la resolución plena y automática de la venta, el título inscribible será el documento que justifique la notificación, resultando del mismo que tanto las letras vencidas e impagadas, debidamente protestadas, como las letras pendientes de vencimiento en su caso obran en poder del vendedor, y además el vencimiento del plazo de gracia, en unión del título del vendedor, o sea, copia de este instrumento librada para el vendedor o sus causahabientes.

Como pena de indemnización por daños y perjuicios el vendedor retendrá la totalidad de las cantidades recibidas por causa del precio de la venta de la finca y no estará obligado a abonar alguna por impensas, gastos u obras realizadas en la finca, perdiendo el comprador, como consiente desde ahora, todo derecho por dichos conceptos.

Las partes establecen y el vendedor especialmente consiente que la condición resolutoria que respecto de la finca se pacta quede extinguida por el transcurso del plazo de cuarenta y cinco meses a contar desde el día de hoy si antes no se hubiera ejercitado el derecho a la resolución. También pactan expresamente las partes que la condición resolutoria quede extinguida mediante la justificación del pago de las cambiales reseñadas, lo que acreditará la simple tenencia de las mismas por el comprador, que se hará constar en acta notarial.

(3) Del *Anuario de la D. G. R. y N.* de 1974.

(4) En lo sucesivo Resolución de 1978.

El vendedor presta expresamente su consentimiento formal desde este momento y para entonces para la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria, bien sea transcurrido el indicado plazo de cuarenta y cinco meses, sin que conste en libros asiento alguno de prórroga convenida o de ejercicio de cualquiera de las acciones y pretensiones que corresponden al vendedor por razón de la venta de dicha finca, bien sea justificando el pago de las letras representativas del precio aplazado por el acta notarial a que alude en el párrafo anterior.

En el primer caso (extinción de la facultad resolutoria por transcurso del plazo convenido) la cancelación se practicará con carácter automático, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca, o de expedirse certificación de cargas, conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes por esta rogación expresa de asiento futuro» (5).

La calificación registral fue en el primero de los recursos la denegatoria, pero sólo en cuanto al pacto relativo a la cancelación por las vías del artículo 355 del Reglamento (6). En el segundo, la nota calificadora es, en principio, más rigurosa, pues se deniegan los contenidos de los tres últimos párrafos del transcrito resultando (7). Posteriormente, en su informe, el Registrador rectifica su calificación, manteniendo la denegación sólo en cuanto al último de los aludidos párrafos (remisión al art. 355), declarando inscribibles los otros dos.

Los dos recursos quedaban así ceñidos al mismo problema, que es el que va a ser objeto de estos comentarios.

El Presidente de la Audiencia, tanto en 1974 como en 1978, confirma las notas calificadoras puestas por los Registradores.

La Dirección General de los Registros y del Notariado confirmó en 1974 el auto presidencial apelado y la nota de calificación, en tanto que en 1978 los revocó.

Según queda dicho, la fundamental—y al final única—cuestión discutida fue, en ambas resoluciones, la de determinar si era o no inscribible el pacto de invocación al especial régimen cancelatorio previsto por el artículo 355 del Reglamento Hipotecario (8); pero los casos sujetos a recurso plantean una porción de interesantes problemas, tales como:

(5) *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 142, enero 1979, página 179.

(6) Se rechazó, por cuanto tal pacto motivaría en su día una cancelación, sin que ésta pagare el correspondiente impuesto.

(7) Se apreció: 1.º, que iban contra la autonomía de la calificación registral del artículo 18 de la Ley Hipotecaria; 2.º, que pretendían modificar mediante pacto el modo de llevar el Registro; 3.º, que lo que se intentaba es que en su día no se tuviese en cuenta el artículo 254 de la Ley, y 4.º, que eran contrarios a lo declarado en la Resolución de 1974.

(8) Extremo que ante la existencia de sólo dos Resoluciones contradictorias no puede aún estimarse resuelto.

- El de si puede válidamente convenirse el establecimiento de un término fatal para la condición resolutoria expresa que garantiza el precio aplazado en una compraventa (pacto comisorio).
- El de la necesidad o no, y en caso afirmativo, el de la licitud, del consentimiento formal prestado por el vendedor para la futura cancelación del pacto comisorio.
- El de cuál sea el procedimiento cancelatorio adecuado para hacer constar en el Registro la extinción del pacto comisorio ocurrida por el transcurso del tiempo convenido.

De todos ellos paso a ocuparme.

* * *

I. LA SUJECION A UN PLAZO EXTINTIVO DE LA CONDICION RESOLUTORIA EXPLICITA DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL

Aunque pudiera pensarse que la temporalidad es un dato que no resulta ajeno en lo absoluto a las condiciones, como así lo demuestran las referencias contenidas en los artículos 1.117 y 1.118 del Código Civil (condiciones que han de cumplirse en un tiempo o durante un tiempo determinado), ello no es argumento a favor de lo que se pretende demostrar, pues, como acertadamente destaca TIRSO CARRETERO (9), una cosa es la condición cuyo evento está incardinado a un tiempo determinado, y otra bien distinta, la condición que va a extinguirse, con independencia de que se produzca o no el evento, al transcurrir un plazo marcado. Como alega el Notario apelante en la Resolución de 1978, no estamos ante un caso de cumplimiento o incumplimiento de condiciones.

El pacto comisorio crea a favor del vendedor la facultad de ejercer en el futuro una acción resolutoria con carácter real sobre la relación jurídica de compraventa (10).

Tal facultad resolutoria, que compete al vendedor, tiene marcado un tiempo máximo para su ejercicio: el de su prescripción, según señalan los artículos 1.961 y siguientes del Código Civil (11), más allá del cual no puede prolongarse su vida, aunque otros sean los deseos de los interesados.

(9) Comentario a la Resolución de 1974 en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, núm. 508, pág. 656.

(10) Aunque pueda discutirse si el vendedor goza o no por virtud del pacto comisorio de un verdadero derecho real, no se cuestiona que a lo menos ostenta una facultad resolutoria.

(11) Plazo a computar desde que la acción pudo ejercitarse (art. 1.969 del Código Civil).

Pues bien, si este límite máximo no puede ser nunca rebasado, nada impide que pueda acortarse por convenio (12), señalándose un plazo extintivo más breve, que ya no podrá decirse que sea de prescripción (13), ni quedará sujeto a las normas relativas a esta última.

Siempre que no exista una disposición legal que se oponga a ello, imponiendo la perpetuidad o la duración indefinida, y que se respeten como techo máximo los plazos de prescripción de las acciones, los interesados en una relación jurídica podrán, porque así lo autoriza el artículo 1.255 del Código Civil, dejarla sujeta a un término extintivo de vigencia.

A solución contraria, al menos respecto del caso que nos ocupa, llega TIRSO CARRETERO (14), oponiéndose a que estas condiciones resolutorias, garantizadoras del pago del precio aplazado en las compraventas, puedan ser atendidas a un plazo, arguyendo en defensa de ello, entre otras cosas, lo siguiente:

1.º Sostener otra cosa equivale a autorizar a los particulares a inmiscuirse en las inscripciones mismas.

2.º Que de otro modo se alejaría a la condición de su causa (la garantía del pago del precio aplazado), con lo que se llegaría, «por los caminos del negocio abstracto, a una cláusula absurda».

3.º Que por su analogía posible con la hipoteca en garantía del precio aplazado, son de ver los grandes problemas que plantea en ésta la extinción de la misma por el transcurso de un plazo fijado.

4.º Que si bien todos los derechos pueden sujetarse a término, en el caso que se examina no estamos ante un derecho, sino ante una condición, que es cosa bien diferente.

El primer reparo no tiene, a mi juicio, razón de ser, pues no se trata de establecer una caducidad de asientos, que es lo que constituiría una verdadera intromisión en la mecánica registral, sino de convenir en una extinción de facultades por el transcurso de un plazo acordado a tal efecto; la cancelación registral de tales facultades habrá de operarse en la forma que disponen la Ley y el Reglamento Hipotecarios, si es que disponen algo al respecto.

(12) RAMÓN BADENES GASSET (*El contrato de compraventa*, Barcelona, 1979, tomo II, págs. 896 y 897) recoge la moderna orientación doctrinal (SABATER TOMÁS) y jurisprudencial (Sentencia de 3 de junio de 1970) que otorga amplio margen al principio de libertad contractual para incidir sobre la regulación del artículo 1.504 del Código Civil, al que ya no se considera precepto de derecho necesario.

(13) La prescripción sólo puede establecerla la Ley y apreciarla los Tribunales.

(14) *Loc. cit.*, págs. 655 y sigs.

No se pretende hacer desaparecer asientos registrales previniendo anticipadamente su cancelación, sino fijar un ámbito temporal determinado para una relación jurídica o parte de ella (como es el caso), y, por ende, tratar de conseguir, una vez ocurrida su desaparición extrarregistral por advenimiento del plazo extintivo, que por la vía que sea procedente (el problema de la elección de vías cancelatorias concretas es algo que más tarde se verá) se cancele registralmente lo que ya está extinguido en la realidad.

En segundo lugar, si se dice que añadir un plazo extintivo al pacto comisorio es alejarlo de su causa—la función de garantía—, no se hace sino oscurecer un punto que se ofreció siempre claro.

La función de garantía nunca puede entenderse desaparecida por el mero hecho de que la figura jurídica que la asume se encuentre atenuada, en cuanto a su vigencia, a un plazo determinado. Mientras tal plazo no llega, la función existe y se cumple; transcurrido que sea aquél ni hay función ni figura jurídica que la ejerza. Nunca hubo negocio abstracto.

En tercer término, la posible analogía del pacto comisorio con la hipoteca sólo ocasionaría, en cuanto a la licitud de su sujeción a un plazo resolutorio, dudas razonables, pero nunca llevaría a su rechazo total.

El propio TIRSO CARRETERO reconoce cómo ROCA y GAYOSO admiten la extinción de la hipoteca por expiración de un término convenido, y que lo mismo acepta para el derecho real de prenda ENNECERUS WOLFF.

Es más, aun en el caso de que para la hipoteca todas las posturas doctrinales fuesen contrarias al plazo resolutorio, ello sólo sería un argumento más, y nunca definitivo, para sostener idéntico criterio respecto del pacto comisorio; por cuanto si son evidentes las analogías (función de garantía), son también netas las diferencias entre éste y la hipoteca (requisitos constitutivos, facultades que atribuyen a sus titulares y, más claramente, consecuencias de la ejecución, que en un caso conduce a la resolución del contrato adquisitivo y, en el otro, a la enajenación en subasta del bien gravado).

Por último, TIRSO CARRETERO insiste, según se vio, en que si bien es cierto que los derechos derivados de un contrato pueden ser configurados como temporales, ello no va con la condición resolutoria explícita, que no pasa de ser precisamente eso: una condición, y nunca un derecho.

Razonar así supone, a mi juicio, no reconocer en su importancia las serias dudas que plantea la naturaleza jurídica del pacto comisorio. Respetando las demás, en mi opinión, y pese a que otra cosa pueda indicar su más común denominación—condición resolutoria explícita—, no puede ser considerado tal pacto como verdadera y propia condición (15) de las

(15) No se olvide que en el Derecho Romano clásico, origen del pacto de Ley comisorio, éste nunca pudo calificarse como condición, pues las condiciones re-

regidas por los artículos 1.113 y siguientes del Código Civil, porque ello implicaría su necesaria nulidad como condición puramente potestativa.

El artículo 1.115 del Código Civil señala que «cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula».

El pacto de *Lex Commissoria* ofrece un constatable aspecto potestativo, que se manifiesta doblemente:

- En lo que se refiere al cumplimiento del evento, no cabe duda de que el pago o impago del precio aplazado es un hecho sujeto a la exclusiva voluntad del deudor, sin que el dato de que puedan pagar otros interesados en la obligación altere el carácter potestativo que se predica.
- En lo que alcanza a la producción del efecto resolutorio, suele ya reconocerse sin objeciones que impagado el precio aplazado, puede el vendedor optar por la resolución o por el cumplimiento de la obligación de pago.

Pues bien, si esta última faceta de voluntariedad no afecta a la validez de ninguna condición (CASTÁN y ROCA) (16), la destacada en primer lugar sí ocasiona la nulidad prevista en el reseñado artículo 1.115 del Código Civil.

Comprendiéndolo así, el artículo 1.504 del Código Civil, regulador del pacto comisorio, se ha abstenido de hacer referencia alguna al término condición.

La propia Ley Hipotecaria, pese a aceptar la locución criticada (17), que debería ser sustituida por la más adecuada de convenio resolutorio, o la de mayor raigambre histórica del pacto comisorio, muestra a las claras que una y otra figura no deben ser confundidas, desde el punto y hora en que las propias condiciones tienen una regulación general en los artículos 23 de la Ley y 56 del Reglamento, en tanto que el pacto de *Lex Commissoria* se rige por preceptos especiales, cuales son los artículos 58 y 59 de dicho Reglamento.

solutorias no estaban admitidas. Modernamente, IRURZUM («La cláusula resolutoria y el pacto comisorio», en *Revista Internacional del Notariado*, 1961, núm. 52, páginas 43 y sigs.) se opone a la configuración del pacto como verdadera condición resolutoria.

(16) *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., tomo II, págs. 794 y sigs.

(17) El artículo 11 de la Ley habla de la «condición resolutoria explícita», debido sin duda al extraordinario peso que la doctrina y la jurisprudencia posteriores al Código han supuesto para implantar tal denominación. La Resolución de 8 de enero de 1921 reconoce que es una «terminología poco recomendable» (primer considerando).

En efecto:

Pagado el precio aplazado, es decir, cuando la resolución es imposible que acontezca, es el artículo 58, según pone acertadamente de manifiesto CAMY (18), el que marca el procedimiento a seguir. Basta, pues, hacer constar por nota marginal la entrega de dicho precio aplazado para que el pacto comisorio quede extinguido; sin precisarse, como señala aquel autor, un propio asiento cancelador ni una especial capacidad cancelatoria. Son documentos hábiles para ello, tanto la escritura como el acta notarial que acredite aquel pago (19).

Impagado el precio que se dejó aplazado y ejercitada la resolución, el precepto a aplicar sigue siendo uno especial para el caso, el artículo 59 del Reglamento, y no los generales de las condiciones. En su consecuencia, lo procedente en tal supuesto es «verificar la nueva inscripción a favor del vendedor» (20), siendo documentos precisos para ello, según apunta CAMY (21), los siguientes:

- La escritura por la que el vendedor adquirió la finca, después de vendida con pacto de *Lex Commissoria* (art. 59).
- La notificación notarial o judicial hecha al comprador, en la que conste la voluntad del vendedor de dar por resuelta la venta (artículo 59).
- El documento que acredite el reglamentario depósito de los plazos ya percibidos por el vendedor, si otra cosa no se hubiese estipulado (22), y sin perjuicio, en todo caso, de las deducciones que procedan (art. 175, regla 6.ª, del Reglamento).
- La oportuna solicitud, en virtud del principio de rogación, para que se inscriba la finca a favor del vendedor (23).

(18) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 2.ª ed., vol. II, pág. 572.

(19) Así se convino en el caso de la Resolución de 1978 la presentación del acta notarial acreditativa de estar en poder del comprador los efectos cambiarios librados. ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., tomo II, pág. 821) y CHICO ORTIZ (*Teoría práctica y fórmula de la calificación registral*, pág. 423) admiten sin problemas el acta notarial cuando el precio aplazado esté representado por letras de cambio, exigiendo en otro caso la correspondiente escritura pública para proceder a la cancelación del pacto comisorio.

(20) Y no «a favor de quien corresponda», como señala el genérico artículo 23 de la Ley, relativo a las condiciones.

(21) *Ob. cit.*, pág. 574.

(22) Así la Resolución de 3 de junio de 1961. Esa estipulación en contrario viene a constituir una especie de cláusula penal (ROCA) o indemnizatoria moderable por los tribunales (Sentencia de 13 de marzo de 1964).

(23) En mi opinión, estos requisitos documentales no pueden ser alterados por convenio entre partes, por ello estimo en tal punto incorrecta, en el caso planteado en la Resolución de 1978, la interpretación que los contratantes hacen del artículo 59 al entender que el «título del vendedor» al que el precepto se refiere es la propia escritura de venta con pacto de Ley comisorio, y no, como sería lo

En resumen, el pacto comisorio, pese a sus evidentes analogías con la institución de las condiciones, no puede ser plenamente asimilado a ellas, y por ello, los manifestos problemas que plantearía la temporalidad en la propia condición resolutoria, no pueden ser invocados cuando se trata de una figura autónoma y diferente, como es nuestro caso, según he intentado demostrar (24).

Superados los obstáculos que se oponían a ello, la posibilidad del pacto de *Lex Commissoria* temporal debe ser aceptada.

En los dos recursos objeto de este comentario, los Registradores calificantes así lo entendieron, manifestando el primero de ellos en su informe que «no se han puesto defectos a la condición resolutoria, sino sólo al automatismo de la cancelación» (25).

A mayor abundamiento, y no obstante no ser materia debatida, pues se inscribió, la Resolución de 1978 confirma en sus considerandos este extremo, declarando expresamente la licitud y validez del convenio por el que se sujeta el pacto comisorio a un término extintivo.

II. PROCEDIMIENTO CANCELATORIO

Llegado el término que de antemano se fijó para la vigencia del pacto resolutorio, éste quedará extinguido (26) y se cancelará siempre, claro está, que no conste previamente en el Registro tal extinción (bien por el pago del precio aplazado o bien por haberse ejercitado la resolución) ni figure practicado algún asiento que lo impida como sería el de una prórroga del plazo extintivo convenido. El pacto convendría que sentase con claridad estos datos. No debe, pues, prescindirse de lo que figure en el Registro (27).

adecuado, la escritura por la que el hoy vendedor adquirió la finca, según acertado criterio DE LA RICA (*Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 2.ª Parte, página 93).

(24) Un argumento más a la hora de justificar la separación que se patrocina radica en la notificación notarial o judicial que es de esencia al efecto resolutivo en el pacto comisorio, y perfectamente extraña al propio efecto derivado de las condiciones. En un paso más, señala IRURZUM, que es precisamente esta necesidad de notificación la que pone de relieve que falta en el pacto comisorio el automatismo propio de la condición resolutoria.

(25) Resolución de 1974.

(26) En las escrituras objeto de los dos recursos que comento, las partes expresamente estipularon esta extinción.

(27) Por ello es criticable el caso contemplado en la Resolución de 1974, en el que se acordó la extinción del pacto pasado el tiempo convenido «si antes no se hubiera ejercitado el derecho a la resolución», sin precisar, como ya se hace en el de la Resolución de 1978, que ello será si «no consta en el Registro» aquel ejercicio.

Transcurrido el plazo extintivo convenido sin haberse ejercitado la resolución, el pacto de *Lex commissoria* quedará civilmente extinguido.

Si pasado dicho plazo no consta en el Registro el ejercicio de la facultad resolutoria, el pacto en cuestión—con independencia de que exista aún civilmente—hipotecariamente podrá darse por fenecido, pero no porque se presuma que no se ejercitó la resolución, sino porque es postulado indiscutible el de que los hechos negativos no admiten prueba. Al comprador o titular registral, solicitante de la cancelación del pacto comisorio, no puede pedírsele la demostración de un extremo imposible de acreditar, cual es el de que no fue ejercitada la facultad resolutoria.

Aunque otra cosa pudiera pensarse, no se trata aquí de una extinción de asientos registrales, sino de un perecimiento—razonablemente presumido—de derechos o situaciones jurídicas que exige, para poner acordes Registro y realidad, el que sean cancelados los asientos donde consten tales situaciones.

La cancelación registral del pacto de ley comisoría se produce en razón a una presunta extinción previa del mismo, y cuya causa radica en el transcurso de su término de vigencia convenido sin que conste su ejercicio. Existe una presunción de extinción que *inter partes* tendrá la fuerza de una *iuris tantum* (art. 97 de la Ley Hipotecaria), convirtiéndose en absoluta, o *iuris et de iure* para los terceros que contraten con los requisitos legales, sobre la finca o derecho, una vez cancelado aquel pacto comisorio (art. 37 de la Ley Hipotecaria) (28).

Vengo insistiendo en que en estos casos no estamos ante una caducidad de asientos, sino en presencia de una extinción de derechos, porque, como antes se dijo, y después se reiterará, lo primero queda fuera del ámbito de acción de la voluntad privada.

La cancelación se produce aquí cuando el pacto comisorio puede suponerse lógica y racionalmente extinguido; cuando todas las pruebas aportables así lo acrediten.

Si se dijera que esto es caducidad de asientos, en razón a que el derecho cancelado puede continuar existiendo en la vida extra-registral (si la resolución se ejercitó, pero no llegó aún a reflejarse en el Registro), ello supone desconocer la naturaleza de toda cancelación por extinción del

(28) Para los que contrataron antes de la cancelación del pacto, es decir, durante su vigencia, no puede sostenerse igual criterio si con posterioridad, y por su cancelación, se ven libres de la amenaza resolutoria que supone. Quien contrató sujeto a una posible resolución que constaba en los libros registrales, carecía de la buena fe inicial imprescindible para la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; y por ello la presunción extintiva del artículo 97 de la Ley Hipotecaria sólo actuará para él con fuerza *iuris tantum*, quedando afectado desde luego por la posible pervivencia del pacto, pese a los negativos contenidos registrales.

derecho registrado. El mencionado tantas veces artículo 97 de la Ley Hipotecaria sólo fija la presunción general ya vista sobre una acertada doble base:

1) Las dificultades que presenta la prueba plena de la extinción de los derechos; y 2) lo limitado del procedimiento registral.

Con la visión que proporcionan estas ideas previas, resulta más seguro el examen de la cuestión que he planteado en este epígrafe: ¿Cuál es la idónea vía cancelatoria del pacto de resolución una vez concluido su plazo de vigencia?

Este es el abanico de posibilidades que se ofrece:

A) La cancelación automática del párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

B) La de constatación del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones del artículo 23 de la Ley.

C) La nueva vía del artículo 177 del Reglamento Hipotecario.

A) El auto presidencial apelado en la Resolución de 1974, recogiendo la tesis mantenida por el Registrador en su informe, estimó que el procedimiento a seguir no era otro que el previsto en el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria y su concordante párrafo 1.º del artículo 174 del Reglamento.

El de estos preceptos se trata de un procedimiento que no requiere del consentimiento del titular registral ni de la resolución judicial.

Está arbitrado para «cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva» (art. 82).

La cancelación sólo exige la oportuna solicitud al Registrador (principio de rogación contenido en los arts. 6 y 79 de la Ley) y la presentación de la correspondiente escritura, acompañada, si la extinción no resulta de ella, del documento fehaciente que acredite tal extremo (art. 174).

De todo lo dicho resulta que el consentimiento expreso prestado por el titular, registral, en nuestro caso el vendedor, para la cancelación futura, no es preciso en la mecánica del artículo 82, párrafo 2.º (29), precepto que precisamente es encuadrado por la doctrina, en las que clasifica como cancelaciones «sin el consentimiento de su titular» (30), a fin de diferenciarlas de las demás cancelaciones que se extienden «con» o «contra» aquel consentimiento. Ocurre además, y pese a la innecesidad

(29) Sobrarían así las prevenciones que sobre tal consentimiento cancelatorio expreso se contienen en los dos casos resueltos por las Resoluciones de 1974 y 1978.

(30) Esta dispensa de consentimiento se contiene en el propio precepto hipotecario. «Podrán, no obstante, ser cancelados sin dichos requisitos...»

de tal consentimiento, que éste podría entenderse ya prestado—en forma tácita—en la misma escritura de compraventa al convenir en el sometimiento de su facultad resolutoria a un plazo extintivo (31). Justamente por ello habrá de entenderse superflua una nueva declaración expresa de consentimiento en tal sentido.

Ello no obstante, esta cancelación por la vía del párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley, que ROCA (32) denomina automática y que no es, pues, tan automática como a primera vista pudiera parecer, viene siendo considerada como el expediente más correcto para proceder en los casos de cancelación del pacto comisorio por vencimiento del plazo; pero no es así, porque:

1.º En los preceptos de referencia (arts. 82 y 174) se alude a «derechos extinguidos», y no puede decirse que el pacto comisorio engendre un verdadero derecho (al menos ello es discutible); pues, en mi opinión, no implica sino una mera facultad: la de resolver el derecho nuevo de otro para hacer revivir el antiguo propio. Como dice IRURZUM (33), el pacto genera en favor del acreedor insatisfecho «un poder privado de resolución que se hace efectivo por medio de una declaración unilateral recepticia».

2.º Los casos de cancelación automática o por la vía del artículo 82, párrafo 2.º, basta si no echar una ojeada a los numerosos que cita ROCA (34), son, o al menos pueden ser, objeto de inscripción separada y especial, y es por ello por lo que el referido precepto habla de «derecho inscrito o anotado». Esto no ocurre en el caso que se examina, pues el pacto comisorio no puede constituir contenido de un autónomo asiento de inscripción o anotación, siendo sólo un accesorio o accidente del contrato de compraventa, que es realmente el verdadero objeto del asiento.

3.º Hay, por último, una cuestión formal. Los preceptos reguladores de la mal denominada cancelación automática no resuelven el problema del asiento a practicar en los casos de referencia; si uno principal de cancelación, o una sencilla nota marginal cancelatoria.

Reconociendo la limitada trascendencia de este último reparo por su carácter meramente adjetivo, lo cierto es que, unido a los otros, motiva la conclusión de que la vía del párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley no es un camino exento de obstáculos. Vale entonces la pena seguir inda-

(31) Así, ROCA SASTRE en *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., vol. III, nota al pie de pág. 93.

(32) Obra y edición citadas, íd. vol., pág. 89.

(33) Cfr. BADENES GASSET en *Contrato de compraventa*, Barcelona, 1979, página 884.

(34) *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., tomo III, pág. 94.

gando a fin de descubrir otros que no los tengan o los ofrezcan menos acusados.

B) El procedimiento regulado para hacer constar en el Registro el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones.

Aparece recogido en los artículos 23 de la Ley y 56 del Reglamento.

Tampoco precisa este especial procedimiento de la prestación anticipada y expresa de un consentimiento formal cancelatorio hecha por el titular, entre otras cosas porque las condiciones en general, por no ser auténticos derechos, carecen de un titular a cuyo favor aparezcan registradas y que deba por ello consentir su cancelación.

Respecto de la procedencia o no de esta vía para aplicarla al caso que nos ocupa, en mi criterio se impone su rechazo por cuanto:

1.º Ni el pacto comisorio, como se ha visto, puede ser plenamente identificado con las condiciones resolutorias.

2.º Ni la documentación exigida para éstas—documento justificativo del evento en que la condición consista—procede mantenerla en el caso que se examina, y viceversa.

3.º Ni, por último, y como también ya se indicó, se trata aquí de cumplimiento o incumplimiento de condición, sino de extinción de una facultad por el mero transcurso de su lapso extintivo.

C) No sirviendo las anteriores vías cancelatorias para nuestro caso (35), se impone buscar entonces un procedimiento nuevo y fijar cuál sea el asiento a formalizar, así como los requisitos precisos para ello.

En primer lugar, y por no estar comprendido en el supuesto legal de excepción, habrá que considerar el caso como sujeto a la regla general del artículo 82, párrafo 1.º, de la Ley, que exige para la cancelación el consentimiento del titular o la resolución judicial.

Con razón se dice en la Resolución de 24 de abril de 1936 que la cancelación automática (sin consentimiento del titular registral) tiene carácter excepcional, y su aplicación no puede pretenderse extenderla a casos no previstos.

La cancelación que se ha de practicar precisa, pues, del consentimiento del titular de la facultad resolutoria, que si bien es cierto podría entenderse ya prestado por el hecho de convenir en el plazo extintivo (36), por las dudas que pudiera ocasionar tal interpretación, se hace conveniente, en grado sumo, que el anticipado consentimiento del vendedor a la cancelación futura conste de un modo expreso.

(35) Lo cual es lógico, habida cuenta de que, por su novedad, es una figura que no pudo conocer el legislador hipotecario.

(36) Así, ROCA, según se vio.

En los dos casos objeto de las resoluciones que se comentan se tuvo presente esta conveniencia—prácticamente necesidad—de la explícita prestación del consentimiento formal cancelatorio.

Para alejar dudas, la Resolución de 1978, pese a no ser cuestión objeto de recurso, declaró la validez y eficacia de tal consentimiento anticipado.

En cuanto a la clase de asiento a practicar, así como los requisitos y documentación precisa para ello, es éste un problema que magistralmente resolvió la Resolución de 1974 y que es de lamentar no haya sabido apreciar en todo su valor la de 1978, en la que se ignora lo declarado por aquélla.

En efecto, la citada Resolución de 1974 estableció en su penúltimo considerando cómo

«... si se examina la *esencia* del pacto escriturado, al consumarse la adquisición del derecho por el cumplimiento de la condición, son los artículos 23 de la Ley y 56 y 177 de su Reglamento los que establecen el procedimiento y forma de hacer constar en el Registro esta circunstancia, y por cierto de manera diversa a la señalada en el pacto».

Pone de manifiesto TIRSO (38) la imprecisión en la que incurre este párrafo al aludir al «cumplimiento de la condición», cuando debiera haberse referido al «incumplimiento de la condición», a no ser que quisiera decir «cumplimiento del plazo». Es esto último, a mi juicio, lo más acertado.

Ante lo desproporcionado que resultaría practicar un principal asiento de cancelación, la Dirección General está acertada al acudir a los artículos 23 de la Ley y 56 de su Reglamento, y no porque se trate aquí de algo similar a lo previsto en tales preceptos, sino porque ellos contienen una nota marginal, cuyo sentido formal cuadra en lo esencial con lo que ahora se quiere hacer constar.

Respecto al punto de cuál sea la documentación precisa para la práctica de dicha nota, la supradicha resolución vuelve a estar en línea de aciertos al indagar y encontrar la adecuada respuesta en una norma como la del artículo 177 del Reglamento, relativa al pacto de retroventa, y que, con todas las diferencias que se quiera, guarda, como apunta BISCARDI (39),

(37) Por otro lado, la actuación de referencia ayudará además a resolver los problemas que la aplicación del artículo 58 del Reglamento, al hablar de «interesados» que han de pedir la nota marginal de entrega de precio aplazado, puede plantear en cuanto a que la petición se formule por uno solo—en nuestro caso el comprador—, si bien acreditando el pago mediante el acta notarial de tenencia de las cambiales representativas del precio aplazado.

(38) Lugar citado, pág. 652.

(39) Cfr. ROCA: *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., tomo II, pág. 808.

una evidente similitud con el caso que se examina (si se considera en su «esencia», como dice el considerando antes transcrito).

Conforme a tal precepto la cancelación requiere:

- 1.º «La conveniente petición al Registrador.»
- 2.º La presentación del «título que produjo la inscripción, aunque no sea la misma copia inscrita». De esta última dispensa se deduce que la presentación del título tiene aquí mucho menos rigor que la prevista en el párrafo 1.º del artículo 174 del Reglamento, en el que la «misma escritura» inscrita va a ser el verdadero título cancelatorio.
- 3.º Que no «exista en el Registro asiento alguno que indique la resolución, rescisión o modificación del contrato de venta».
- 4.º Y, por último, que hayan transcurrido «los ocho días siguientes al término estipulado» para la extinción del pacto comisorio.

Pese a las dudas que ello pueda ocasionar, entiendo que aún este plazo de ocho días es un dato del precepto que ha de ser observado (40), por cuanto constituye la garantía de un *interim* razonable y sumamente conveniente, al objeto de cubrir la posible contingencia de que el derecho a la resolución se hubiese ejercitado en tiempo y forma, pero aún no hubiera podido materialmente tener acceso al Registro por ejercitarse en los últimos días de vigencia del pacto comisorio.

No obstante, no ha de verse reparo alguno en que los interesados, por pacto expreso, puedan excluir ese término de gracia (41).

La Resolución de 1974, al arbitrar para el caso que centra nuestra atención, y que no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento, un procedimiento cancelatorio nuevo, consistente en la aplicación de los citados artículos 23, 56 y 177, puede encuadrarse en el campo de la Jurisprudencia creadora, dotada de un valor mucho más significativo del que le concede la Resolución de 1978, que a pesar de que en apariencia la respeta, en el fondo viene a colocarla en serio entredicho.

Pese a todos los pronunciamientos de la última Resolución, que, como después se verá, no son tan claros como a primera vista pudiera inferirse, soy de la opinión de que el recto y adecuado procedimiento cancelatorio sigue siendo el que marca la tan reiterada Resolución de 1974; y todo pacto tendente a alterarlo, sustituyéndolo por otro diferente, supone «pretender modificar mediante convenciones particulares el modo de llevar el Registro» (42).

(40) La Resolución de 1974 no contiene salvedad alguna en cuanto a la aplicación del artículo 177.

(41) Al parecer éste es el deseo de las partes en el caso de la Resolución de 1978.

(42) Así en la Resolución de 1978 lo expresaba el Registrador en su nota calificadora.

III. Con tales antecedentes holgaría plantear la siguiente cuestión, pero como quiera que fue en realidad el objeto central de los dos recursos comentados, no queda otro remedio que abordarla; y así, ¿es lícito que en la escritura de venta se convenga que el pacto comisorio, por el transcurso del tiempo fijado para su extinción, pueda y deba ser cancelado «bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca, o de expedirse certificación de cargas conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario»? (43).

Es posible que en el ánimo de la Resolución de 1978, en la que se admitió la inscripción de tal cláusula, pesase en demasía un equívoco argumento manejado con habilidad de maestro por el Notario recurrente.

Señala en su informe dicho fedatario que «resulta incongruente que se haya inscrito la parte sustantiva de la estipulación (el pacto comisorio sujeto a un plazo extintivo) y se haya denegado la aclaratoria o formal» (la determinación de su vía cancelatoria) (44).

TIRSO CARRETERO (45) se hace eco de este razonamiento y lo magnifica con comentarios favorables, pero lo sorprendente es que si defiende esa íntima conexión entre lo sustantivo y lo formal sea para obtener la conclusión contraria a la pretendida por el Notario patrocinador de tal idea. En efecto, sostiene TIRSO que no es válido el pacto comisorio que se somete a un plazo extintivo, y en su consecuencia tampoco lo será el convenio por el que se acuerda su forma de cancelación, porque siendo nulo lo sustancial, también lo ha de ser indefectiblemente lo formal o aclaratorio.

La Resolución de 1978 parece, como he dicho, haber sufrido el peso de la influencia de ese modo de razonar que conecta de forma inseparable los dos aspectos, sustancial y adjetivo, señalados (46); y ante la inviabilidad de la tesis de TIRSO CARRETERO (47), habida cuenta de que el pacto podía considerarse ya con arraigo doctrinal suficiente y basado desde luego en atendibles razones—según antes he intentado exponer—, la Dirección General se inclina por la licitud de la cuestión sustantiva y consecuentemente la de su accesoria: la procedencia de la vía cancelatoria escogida.

Se ha caído una vez más en el señuelo dando por bueno un argumento artificioso. En igual modo que los particulares no pueden escoger

(43) Así el primer resultando de las dos Resoluciones.

(44) Resolución de 1974.

(45) *Ob. cit.*, pág. 650.

(46) Basta leer sus considerandos 5.º, 6.º y 7.º para convencerse de ello.

(47) No ha de olvidarse que el excelente comentario de TIRSO se publica en la *Revista Crítica* de mayo-junio de 1975, y que una cuestión en gestación como es la que nos ocupa sufre en relativamente cortos espacio de tiempo extraordinarios cambios de orientación.

el tipo de procedimiento judicial al que van a quedar sometidas sus cuestiones litigiosas, ni ante un caso nuevo, carente de normativa, pueden elegir la clase de proceso que les cuadre; habrá de sostenerse que los interesados en un derecho extinguido tampoco pueden optar a su arbitrio por cualquiera de los procedimientos cancelatorios que el Ordenamiento Hipotecario recoge.

Cuando un derecho o situación inscrita quede extinguido, el artículo 97 de la Ley señala que «podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso», su cancelación; pero no se limita a tal declaración genérica nuestra legislación hipotecaria, sino que en ella se establecen y regulan los distintos procedimientos a tal objeto (48), como garantía de que el funcionamiento del Registro y la función y actividad del Registrador van a quedar exclusivamente sujetos a la potestad legal y reglamentaria—que será justamente lo que proporcione seguridad a su actuación—y jamás a la discreción o arbitrio de los particulares.

Extinguido un derecho procede, desde luego, su cancelación, pero no por el procedimiento que escojan los interesados, sino por el idóneo para ello.

Con estas precisiones de carácter general podemos ya enfrentarnos concretamente al tema de la aplicabilidad o no del artículo 355 del Reglamento al caso de que se trata en este comentario. Para ello, será preciso determinar previamente el ámbito propio de acción del mencionado precedente, a fin de decidir si dentro de él se comprende o puede comprenderse sin graves obstáculos nuestro particular supuesto:

a) De la relación de «cancelables» que realiza el artículo 355 (49) se induce que el precepto se refiere no sólo a derechos extinguidos. En efecto, se habla de menciones y derechos personales, y si es cierto que tanto unas como otros deben ser cancelados (art. 98 de la Ley), ello lo es con total independencia de que estén o no previamente extinguidos. No procede en estos casos aplicar la presunción del artículo 97 de la Ley, pues ni la especial cancelación que se practica se basa en un anterior fenómeno extintivo según se ha reiterado, ni la salvaguardia judicial y las presunciones de que gozan los asientos registrales—limitadas, por disposición del párrafo 3.º del art. 1 de la Ley, a «cuanto se refiera a los derechos inscribibles»—pueden ser predicadas respecto de aquellos contenidos que son ajenos a la publicidad registral.

b) La norma reglamentaria se refiere, de otro lado, a derechos «que hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». No

(48) Título IV del Reglamento Hipotecario. Artículos 173 y sigs.

(49) «Menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipotecas o cualquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.»

alude para nada, y por ello ha de entenderse que no los comprende, a los que caduquen por la voluntad de los particulares que los engendraron a la vida jurídica.

Esta exclusión fue destacada por la Resolución de 1974, en cuyo cuarto considerando se dice que el artículo 355 es norma...

«Que únicamente cabe aplicar a los supuestos concretos a que se refiere, sin que por una interpretación extensiva pueda ampliarse su campo de aplicación a casos no comprendidos, como sucede con el examinado en este recurso, en que la caducidad del derecho que en su día se pretende sea cancelado tiene lugar por voluntad de las partes y no con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, tal como establece el mencionado precepto legal.»

c) El artículo 355 tiene, por último, un indudable carácter excepcional.

El mismo considerando anteriormente transcrito reconoce expresamente en su primer inciso esta excepcionalidad, que descansa no sólo en su especial ámbito—según se ha tenido oportunidad de ver en los dos apartados inmediatamente anteriores—, sino en otra porción de extremos, entre los que destacan:

Uno. La quiebra, o mejor especialísima aplicación, del principio de rogación; al presumirse solicitada la cancelación por el sólo hecho de pedirse una certificación o la extensión de un nuevo asiento relativo a la finca o derecho.

Dos. El singular asiento cancelatorio a practicar. Basta una nota marginal canceladora.

Tres. Los especiales requisitos documentales exigidos para la cancelación que se traducen en una práctica ausencia de tal documentación.

Cuarto. Lo limitado que resulta el principio de calificación. El Registrador, en los casos del artículo 355, ha de ceñirse a examinar si se está o no ante uno de los supuestos en él enumerados para extender sin más trámite calificador la nota cancelatoria.

Cinco. Por último, es de resaltar la excepción (50) que el artículo que se comenta supone al 254 de la Ley Hipotecaria.

Interesa examinar, punto por punto, los reseñados.

UNO

El procedimiento registral, tanto positivo (inscribitorio) como negativo (cancelatorio), está regido por el principio de rogación. Salvo casos excepcionales, la actuación del Registrador nunca se produce de oficio.

(50) O si se quiere, extraordinaria interpretación.

No escapan a este principio los casos del artículo 355. En efecto, el artículo 98 de la Ley, para los derechos personales, menciones y legados, y el párrafo 2.º del artículo 86 de la misma, para las anotaciones preventivas caducadas, precisan que su cancelación se hará «a instancia» de parte.

El artículo 355 del Reglamento—que no podía ignorar las prevenciones de la Ley, y menos derogarlas—no hace sino matizar aquella exigencia rogatoria, presumiendo solicitada la cancelación con ocasión de ciertas actuaciones (certificación o nuevo asiento).

No se produce, pues, en los supuestos previstos en el precepto reglamentario una quiebra total del principio de rogación, pero sí una interpretación del mismo tan singular y especialísima, que de no autorizarla y contenerla expresamente aquella norma, no cabría en modo alguno estimarla procedente.

Lo que ahora sigue no tiene otro objeto que insistir en las razones de tal improcedencia.

La finalidad implícita, pero no por ello menos clara, del artículo 355 es la de que no se viertan en una certificación de cargas contenidos extraños al Registro o legalmente ya desaparecidos, así como que tampoco se arrastren los expresados contenidos en los asientos que en lo sucesivo se practiquen en los folios destinados a recoger el historial jurídico de la finca.

Sólo mediante la atribución de tal finalidad alcanzan su plena justificación los dos siguientes extremos, de otro modo ininteligibles:

- Cualquiera que sea la persona que, mostrando un interés legítimo, solicite la certificación de cargas procederá aplicar el efecto cancelatorio del artículo 355.
- Sea cual sea el tipo de asiento que haya de practicarse—una simple anotación preventiva—habrá que sostener igual aplicabilidad.

No es preciso, en efecto, que la certificación sea pedida por el titular registral para proceder a la cancelación; es más, la regla general es que tales certificaciones son expedidas a instancia de los acreedores del titular inscrito.

Tampoco se requiere, de otra parte, que el nuevo asiento sea uno de inscripción y se produzca en virtud de un título dimanante de la facultad dispositiva del titular registral.

En resumen, siempre que se realice un serio examen del estado de cargas de una finca, procederá la cancelación prevista en el artículo 355; y precisamente por falta de esa seriedad o garantía, las simples notas informativas no viabilizan lo prevenido en tal precepto.

Pues bien, teniendo presentes todos los anteriores datos, volvamos a

nuestro caso. En él, comprador y vendedor acuerdan que en el futuro, al solicitarse una certificación o un asiento, se le presuma que instan asimismo la cancelación del pacto comisorio. Esta pretensión, que de por sí ya conduce a un resultado injusto, al obligar al Registrador a un extraordinario examen de los asientos (51), resulta además perturbadora por cuanto supone atribuir desproporcionados efectos a la voluntad particular.

En efecto, si la certificación o el asiento futuros se libra o practica a instancia de persona distinta a las que intervinieron en el primitivo pacto cancelatorio (comprador y vendedor), y puesto que como antes he resalado tal extremo no obsta para la aplicación del artículo 355, resultará:

- O bien que el pacto convenido por éstos tiene fuerza para inmiscuirse en la futura voluntad de los terceros, a los que por ello ha de presumírseles la solicitud de la cancelación con ocasión de formular la otra (certificación o asiento).
- O que la cancelación, lejos de ser instada por los terceros, ha de entenderse pedida en todo caso por los primitivos contratantes (comprador y vendedor), que dejaron su solicitud cancelatoria ya formulada y en suspenso, de tal modo que la rogación ahora efectuada por aquellos terceros no hace sino activar dicha solicitud. En síntesis, la petición cancelatoria se sujeta a un plazo suspensivo (antes del vencimiento no puede pedirse) y a un evento futuro e incierto (certificación o asiento).

Si la primera inteligencia es rechazable por cuanto los contratos sólo obligan *inter partes* (art. 1.257 del Código Civil), no alcanzando a vincular a terceros, la segunda es retorcida en demasía.

Por eso acierta, a mi juicio, otra vez la Resolución de 1974 cuando en su penúltimo considerando indica «que tampoco parece que pueda tener acceso al Registro la cláusula discutida al amparo de una anticipada petición de cancelación, pues... ello supondría una extraña anomalía respecto a la forma en que aparece regulado el principio de rogación en las disposiciones legales...».

Concluyendo, la solicitud presunta que envuelve el artículo 355 del Reglamento Hipotecario no puede ser conseguida por los particulares a través de un pacto tendente a ello.

(51) Solicitándose una anotación preventiva, y constando en el anterior asiento de dominio, arrastrado un pacto comisorio, se obliga al Registrador a remontarse hasta el asiento en el que conste tal pacto a fin de constatar si es uno de los que tienen plazo extintivo y cláusula cancelatoria, para proceder o no a su cancelación.

DOS

Es regla común la de que toda anotación preventiva se cancela por virtud de otra nueva anotación preventiva, y toda inscripción lo es a través de un asiento principal de cancelación.

El artículo 355, con las bases que le proporcionan los artículos 188 y 206, apartado 13, todos del Reglamento, determina que el asiento a practicar en los casos en él comprendidos es el de nota marginal. Está aquí el Reglamento Hipotecario decidiendo sobre una cuestión formal o de procedimiento registral en la que no debe permitirse que tenga parte, aunque sea mínima, la voluntad de los particulares.

TRES

El tan reiterado artículo 355 dispensa de toda documentación en lo referente a la cancelación a practicar. No se requiere instancia, pues no hay rogación expresa, ni se precisa el título que causó la inscripción. Tal dispensa o relevación que debe aceptarse cuando a virtud de tratarse de especiales supuestos lo establece así una norma, no es nunca tolerable cuando se contiene en una voluntad particular, so pretexto de una alegada pero dudosa analogía entre el caso concreto y los dispensados por la norma.

Esta tesis negativa que preconizo es, por otra parte, la más acorde con la exigencia contenida en el artículo 99 de la Ley, que al imponer a los Registradores la obligación de calificar «bajo su responsabilidad la legalidad de los documentos en cuya virtud se soliciten las cancelaciones», constriñe a aquel funcionario a exigir los documentos precisos en cada caso, sin exonerar de la presentación de ninguno de los preceptuados, como soporte imprescindible a fin de discernir su legalidad.

CUATRO

La disposición del artículo 355 contiene en su espíritu un serio recorte a la función calificadora del Registrador en lo que a la cancelación a practicar se refiere.

En efecto, el principio calificador sufre, por aplicación de tal precepto reglamentario, restricciones tanto en su aspecto material o sustantivo, como en el formal.

Desde el primero de los puntos de vista, es de observar cómo resulta imposible calificar la legalidad de los documentos mediante los que se

solicita la cancelación, por cuanto tales documentos no existen, según ya tengo indicado.

Igualmente, tampoco puede ser examinada la capacidad de los otorgantes de aquellos documentos o solicitantes de la cancelación, tal y como impone el artículo 99 de la Ley, por la sencilla razón de que no hay propiamente solicitantes, y si aún se considerase que si existen tales personas, identificándolas con las que piden la certificación, tal suposición no es congruente, pues ni puede pretenderse que el Registrador se niegue a expedir la certificación solicitada por entender que el que la insta no es capaz para obtener las cancelaciones a practicar (52), así como tampoco —al menos, así parece deducirse de la generalidad con que está concebido el artículo 355— sería factible para el Registrador (53) expedir la certificación, aunque sin efectuar las cancelaciones procedentes, por estimar falta de capacidad en el solicitante.

Desde la óptica estrictamente formal, la limitación más grave e importante que sufre el principio calificador, por causa del citado artículo 355, radica en el plazo para calificar. El plazo ordinario para la técnica función calificadora y la normal extensión de los asientos (artículo 97, 1, del Reglamento Hipotecario y Resolución de 24 de enero de 1950) o, en su defecto, de la nota de calificación, que suspende o deniega la operación solicitada (Resolución de 26 de septiembre de 1979) (54), es el de treinta días, que, a juicio de ROCA (55), habrán de ser hábiles y sujetos al cómputo civil.

A la vista de ello sucederá:

- Que si la actividad cancelatoria se ocasiona por petición de nuevo asiento, habría que suspender la calificación de éste hasta tanto se tuviesen previamente calificadas y practicadas las cancelaciones a realizar, lo cual es de procedencia hartamente dudosa.
- Con mayor claridad, si el especial procedimiento cancelatorio se pone en marcha por causa de haberse solicitado una certificación, tendremos dos plazos en pugna: el de treinta días para calificar las previas cancelaciones a practicar en virtud del artículo 355, y el plazo de cuatro días por finca, que fija el artículo 236 de la

(52) No hay para las certificaciones un examen de la capacidad del solicitante, sino sólo, y muy laxo, de su interés legítimo.

(53) Por sí solo.

(54) En esta Resolución, con el consabido «y lo demás acordado», se apercibe al funcionario calificador por haber extendido la nota después de los treinta días contados desde el pago del impuesto del título, que previamente fue retirado para ello.

(55) *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., tomo II, pág. 293.

Ley (56), para la expedición de la propia certificación, transcurrido el cual puede el solicitante utilizar el recurso de queja que le concede el artículo 228 de la Ley (art. 237).

Es indudable que en los supuestos del artículo 355 no puede, sin más, entenderse concedida una suspensión o prórroga extraordinaria del plazo legal para certificar. Las cancelaciones a realizar por consecuencia de aquel precepto han de hacerse dentro del plazo que la ley fija para expedir la certificación misma. Todo ello es perfectamente lógico y comprensible, por cuanto en los casos del artículo 355, tal y como antes se decía, la calificación está limitada exclusivamente a determinar si se está o no ante una situación de las previstas en tal norma, y ha de razonarse que este sencillo discernimiento no requiere de un largo plazo que justifique el prolongamiento del concedido por el artículo 236.

Las importantes limitaciones a la función calificadora que se dejan expuestas, que son de recibo cuando una norma, por especiales razones, así lo determina, se tornan en inaceptables, cuando es la voluntad particular la que pretende dejarlas establecidas.

Tenía entonces razón el Registrador en la Resolución de 1978, cuando en su nota calificadora señalaba como defectos (1.º y 2.º) del pacto en cuestión, el que tal convenio era atentatorio contra el principio de calificación registral, y contra las disposiciones legales que desarrollan el modo de llevar el Registro.

La admisión del pacto cancelatorio, objeto de estudio en las presentes notas, crea igualmente un problema de contradicción dentro de un mismo precepto. El artículo 416 del Reglamento ordena extender un asiento de presentación, para todo título que deba producir alguna inscripción, anotación, *cancelación o nota marginal*, y en su segundo párrafo señala que las instancias de certificación provenientes de particulares podrán presentarse en el Diario sólo «si lo solicitan los interesados».

Pues bien, si un precepto de igual rango al consignado—como es el artículo 355—puede suponer que por falta de título específico para la cancelación (57), la presentación exigida en principio por él dulcifique su rigor y quede sujeta a lo previsto en su segundo apartado (presentación de la instancia pidiendo la certificación si así se solicita), es, desde luego, rechazable que la voluntad privada pueda conseguir un similar efecto.

(56) Que no distingue si la finca está o no afecta a cualquiera de los conceptos que comprende el artículo 355 y, por tanto, si procede o no su aplicación.

(57) Sólo hay uno indirecto: la solicitud de certificación.

CINCO

En los dos recursos que vengo examinando, los Registradores calificantes, acertadamente, alegan en sus respectivas notas que el pacto cancelatorio denegado no es compaginable con lo dispuesto en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

En la Resolución de 1974 se recoge cómo el Registrador razonaba que si la cancelación futura del pacto comisorio había de hacerse por la vía del artículo 355, resultaría imposible dar cumplimiento al referido artículo 254 de la Ley, así como a lo señalado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de julio de 1946, de los que se infiere la necesidad de que en todo documento que pretenda inscribirse conste la nota de pago, exención o no sujeción extendida por la Oficina Liquidadora del Impuesto de Transmisiones, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados. Careciendo de esta nota el título presentado, se suspenderá su calificación, así como la operación solicitada, siendo devuelto al interesado (art. 255 de la Ley Hipotecaria).

El Notario apelante en la Resolución de 1974 invocó, en contra de este alegato de la nota calificadora, que la función registral y la fiscal se han de desenvolver en órbitas diferentes y perfectamente separadas. La aludida resolución acogió este argumento del recurrente (58). TIRSO CARRETERO (59) se encarga magistralmente de poner de manifiesto lo incorrecto del meritado argumento, al apuntar cómo la determinación de si un pacto constituye—de presente o de futuro—una violación de lo previsto en el artículo 254 de la Ley es pura función (60) registral y no fiscal.

Lo que el Registrador, como tal, no puede es suspender o denegar la operación solicitada con base a errores o deficiencias que aprecie en la liquidación del impuesto practicada (Resoluciones de 26 y 29 de diciembre de 1930 y 10 de agosto de 1940), sin perjuicio de que si advierte tales errores, los ponga, si lo estima conveniente, en conocimiento de la Delegación de Hacienda respectiva (Resolución de 19 de noviembre de 1947 y la de 1974 que se examina).

Sin la oportuna nota de la Oficina Liquidadora procede suspender el despacho del documento; con la nota, aunque sea errónea, no cabe tal suspensión.

La regla general y válida es entonces la de que el Registrador ha

(58) Lo curioso es que si en este punto se alinea el centro directivo con las tesis del Notario, se confirme la nota calificadora, siendo así que el único defecto que se apreció es justamente el mismo que no se entiende procedente.

(59) Lugar citado, pág. 651.

(60) Calificación, dic TIRSO CARRETERO.

de dar debido cumplimiento a lo prevenido en el artículo 254 de la Ley, pero ¿supone el artículo 355 una excepción a tal regla?

La Resolución de 16 de marzo de 1959 así lo entendió, al determinar—en su último considerando—que la cancelación que comporta el citado precepto reglamentario no exige un previo examen del Liquidador del Impuesto de Derechos Reales (hoy Transmisiones, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados). La doctrina que el Centro Directivo consagra es de todo punto lógica.

- Porque no hay, en los supuestos de referencia, documentación que sea soporte de la liquidación que, en su caso, correspondería.
- Porque siendo la cancelación voluntaria y rogada, como todo el procedimiento registral, el interesado en la certificación o en el nuevo asiento a practicar podría solicitar expresamente que no se procediese a la cancelación de las menciones y demás conceptos a que alude el artículo 355 (61), con lo cual la petición, según los casos, quedaba limitada a la expedición de una certificación, hecho que no devenga impuesto ni está sujeto a presentación en la Oficina Liquidadora, o a la práctica de un nuevo asiento, respecto del cual sólo podría exigírsele el pago del impuesto devengado por el acto o contrato causante de tal asiento y nada más.
- Y, por último, porque de seguir otra inteligencia, habría que suspender el plazo legal de expedición de certificaciones hasta que resultase acreditado el pago o, en su caso, la exención o no sujeción al impuesto.

La dispensa de nota fiscal en los casos del artículo 355 no resulta, de otro lado, excesivamente perturbadora, habida cuenta de los supuestos que la norma acoge. Unas veces—derechos personales y menciones—ocurre que, pese a existir una cancelación registral, no se produce una pareja extinción material del derecho, y es precisamente esto último lo que motivaría la sujeción al impuesto; en otras ocasiones—anotaciones preventivas caducadas—se trata de un acto no sujeto, y otras veces—inscripciones de hipoteca incursas en caducidad—puede racionalmente presumirse prescrita la acción administrativa para liquidar el impuesto, y, en todo caso, el artículo 65, número 48, del Texto Refundido del Impuesto, para despejar dudas, declara su exención.

Los números 31 (cesiones legalmente obligatorias), 38 (enajenación en parcelaciones y reparcelaciones obligatorias), 43 (extinción legal de servidumbre) y 69 (fianza legal de los tutores), entre otros, del citado

(61) A la voluntad expresa ha de reconocérsele la fuerza de destruir la que se presume por el citado artículo.

artículo 65, ponen de manifiesto la que puede estimarse regla casi general de que los actos—transmisiones en el concepto amplio del impuesto—producidos por la fuerza de una disposición legal quedan exentos del Impuesto de Transmisiones. Si bien es cierto que la exención y aun la no sujeción de un acto, no exime de la presentación en la Oficina Liquidadora del documento que lo contenga, no lo es menos el que en tales casos no resulta tan forzada la dispensa de presentación, como en aquellos otros en que no medie el beneficio fiscal y proceda la liquidación y pago del impuesto.

Esto último ocurre con el pacto comisorio. El artículo 56 del Texto Refundido del Impuesto lo equipara a la hipoteca que, recayendo sobre la misma finca vendida, garantice el pago del precio aplazado de su adquisición. En consecuencia, y sin perjuicio de la bonificación del 25 por 100 prevista en el artículo 66, apartado E, del Texto Refundido, la constitución y la «extinción» del pacto de *Lex Commissoria* son actos sujetos, y llegando que sea el caso, el Registrador, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, habrá de exigir que se le acredite el correspondiente pago.

Por causa de ello, el interesado concurrirá a la Oficina Liquidadora competente en petición de que le sea liquidado el impuesto, y por tal Oficina será requerido para aportar: bien el correspondiente título, en el que conste el pacto y su vigencia, o bien la oportuna instancia, pues la simple solicitud verbal no será bastante. Si con el pacto que vengo sujetando a crítica, lo que se pretendía era suprimir trámites y documentación, tal finalidad, como se ha visto, al menos desde el punto de vista fiscal, no resulta conseguida.

Así las cosas, es de advertir lo absurdo y caprichoso que sería pretender entonces que la presentación al Registro de aquel título o aquella instancia debidamente liquidados, lo sea exclusivamente al objeto de que el Registrador compruebe el hecho del pago del impuesto, pero sin que pueda servirse de tales documentos a fin de utilizarlos como títulos cancelatorios.

La entidad de las razones contenidas en los apartados que he señalado como «cuatro» y «cinco» es tal que la propia Resolución de 1978, al declarar inscribible el pacto de invocación a la vía del artículo 355, no lo hace sin más, sino con la precisión de unos extremos que han de ser inexcusablemente respetados.

Que la admisión del pacto no es incondicionada lo muestra el inciso final del penúltimo considerando de la expresada resolución, en el que se lee que extinguido el pacto comisorio por transcurso del plazo, «procede la aplicación del artículo 355 del Reglamento.... a no ser que exista algún obstáculo que la impida».

Una profunda perplejidad causa esta última reserva. ¿A qué obstáculos se está refiriendo el Centro Directivo? En lugar de resolver dudas, el fallo que se comenta las ha hecho aún más profundas para el funcionario que en el futuro haya de calificar la procedente cancelación.

No queda más remedio que acudir a la peripecia y entender que los obstáculos impeditivos que se invocan no pueden ser otros, aparte de los que cada Registrador considere como tales, que los reseñados en el último de los considerandos de la propia resolución, en el que se afirma que «en el momento en que se solicite o haya de extenderse... (el) segundo asiento cancelatorio, el funcionario calificador habrá de tener en cuenta las exigencias derivadas del principio de legalidad antes de proceder a la extensión del asiento, así como, en su caso, el cumplimiento de las obligaciones fiscales, a que se refiere el artículo 254 de la Ley Hipotecaria».

El Centro Directivo contiene en sus consideraciones la condena de la propia tesis que consagra. Si a la hora de cancelar son de ineludible observancia, tanto los postulados del principio de legalidad, cuya principal manifestación es la actividad calificadora, como el contenido del artículo 254 de la ley, y si como, según he intentado demostrar, la vía cancelatoria del artículo 355 está caracterizada precisamente por la relajación o dispensa total de tales exigencias, no queda más remedio que colegir, por mor de la necesidad de cumplimiento de aquellos requisitos, que «existe obstáculo que impide» la aplicación por convenio privado de aquel especial procedimiento cancelador.

Se carece de la debida proporción cuando se alega que con esta tesis queda extraordinariamente dificultada la cancelación del pacto comisorio, pues, antes al contrario, sólo son exigidos unos elementales y razonables trámites, de rápido y fácil cumplimiento, destinados a dotar a la operación que se practica de una seguridad y garantía cuyos niveles pueden considerarse ya situados en el mínimo tolerable, por debajo del cual es peligroso descender.

* * *

Las reflexiones que se llevan realizadas autorizan a ir sentando ya conclusiones definitivas que resuman las tesis sostenidas a lo largo de estos comentarios, tal y como seguidamente paso a exponer:

1.^a Es válido el convenio por el que se deja afecto el pacto de *Lex Commissoria* a un término extintivo.

2.^a Es lícito, eficaz y aun necesario, si en el futuro desea prescindirse de él, el consentimiento formal, que, para la cancelación del referido

pacto, deje anticipadamente prestado el vendedor como titular de la acción resolutoria.

3.^a Llegado el plazo fijado para la extinción del pacto comisorio, éste será cancelado por nota marginal (arts. 23 de la Ley y 56 del Reglamento), bastando para su práctica la presentación del título que motivó la inscripción, aunque no sea la misma copia inscrita, así como la oportuna solicitud cancelatoria dirigida al Registrador (art. 177 del Reglamento).

4.^a El pacto por el que los interesados acuerdan que la referida cancelación sea practicada en la forma señalada por el párrafo 1.^o del artículo 355 del Reglamento es nulo y debe denegarse (62) por atentar contra lo contenido en los artículos 3 (documentación), 6 y 79 (rogación: «podrá pedirse»), 99 (calificación en cancelaciones), 254 (vigilancia fiscal) de la Ley Hipotecaria y 97, párrafo 1.^o (plazo para calificar) de su Reglamento, así como por tenerlo en tal forma declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 11 de diciembre de 1974, en la que se califica el artículo 355 como excepcional y no susceptible de aplicación extensiva.

5.^a Por último, si, no obstante, el pacto cancelatorio figurase inscrito, entiendo que jamás incurrirá en responsabilidad, debido a la discutible y debatida procedencia y eficacia de aquella inscripción, el Registrador que lo refleje en la certificación que expida o lo arrastre en el apartado de cargas del nuevo asiento que practique, pese a haber ya transcurrido entonces la totalidad del término extintivo convenido.

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ

(62) En tal sentido, ROCA SASTRE en *Derecho Hipotecario*, 7.^a ed., tomo II, página 824.

En torno a la *actio mandati del fideiussor*^(*)

La publicación en España de la versión castellana del *Digesto* (1), al hacer la traducción del pasaje correspondiente al Libro XVII, Título I, parágrafo 12, ha vuelto a poner sobre el tapete la discusión promovida hace ya tiempo sobre las posibilidades del ejercicio de la *actio mandati* por parte del *fideiussor* en casos de donación. En este trabajo, pues, nos ocuparemos del fragmento de referencia, así como del D. XVII.1.10.13 y XVII.1.11, en razón de la íntima relación que todos ellos guardan entre sí.

1. Los textos de D. XVII.1.10 y 12 pertenecen a ULPIANO en el libro 31 de los Comentarios al Edicto: *De bonae fidei contractibus. Mandati vel contra* (2), y según la ordenación que nos viene dada en el *Digesto*, en el fragmento 10.11 comienza ULPIANO a tratar el tema de los fiadores, que llega hasta D. XVII.1.12.7, aunque el tema propiamente dicho termina en 12.4, ya que está ligado con 12.5 y 12.6, que tratan de asuntos de mandatos de *filii*, por cuanto que 12.2/3/4 tocan el tema de los fiadores siendo éstos personas sujetas a potestad (hijos o esclavos) (3).

(*) Trabajo realizado en el Instituto de Derecho Romano de la Universidad de München, a cuyo Director, Profesor NÖRR, agradecemos sus sugerencias y atenciones.

(1) *El Digesto de Justiniano*, tomos I a III, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968-1979. Traducción de D'ORS, HERNÁNDEZ TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA GARRIDO y BURILLO.

(2) O. LENEL: *Palíngenesia Iuris Civilis*, Graz, 1960, vol. II, pág. 619, números 907 y sigs., en especial 910.

(3) Ya ARANGIO RUIZ: *Il mandato in diritto romano*, Nápoles, 1949, pág. 99, nota 1, en crítica a BIONDI, había observado que D. XVII, 1, 10, 11 a 13 y hasta 12, 5, constituyen una especie de paréntesis relativo a la aplicación del instituto del mandato al caso del fiador. GRADENWITZ: *Mlg. Gérardin*, París, 1907, pág. 290, apuntó la posible interpolación del texto.

D. XVII.1.10.13. Si fideiussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fideiussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem: multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor vel si eam liberationem legavit (4).

DONATUTI (5) considera el fragmento interpolado desde *multo magis* hasta el final. Argumenta, en primer lugar, que el párrafo no concuerda lógicamente con el anterior, en el que el jurista pretende determinar la persona del donatario y no la clase de donación. En efecto, DONATUTI entiende que 10.13 y 12 pr. (6) forman parte de un bloque homogéneo, en el que el clásico planteaba un problema general—la remisión de deuda por donación—enfocado desde un doble supuesto referido a los sujetos: en el primer caso (10.13), el donatario es el fiador; en el segundo, es el deudor principal. Por eso, a juicio de DONATUTI, se especifica en el primer fragmento *si fideiussorem remunerari voluit creditor*, para aclarar, en este primer supuesto, que el destinatario de la donación es el *fideiussor*. Abundando en su opinión, afirma que si el donatario fuera en los dos supuestos el fiador, ULPIANO hubiera simplemente dicho *puto si remunerari*, y precisamente si aclara *fideiussorem remunerari* es para destacar el hecho mencionado de que se trata de una donación al fiador, para distinguirla del segundo supuesto, en el que se contempla la donación al deudor principal. La palabra básica del texto, en este orden, es *fideiussor* y no *remunerari*. En consecuencia, no concierne con el contexto del fragmento el párrafo *multo magis...* final, que viene referido a *remunerari*, ya que aporta otros supuestos de donación.

Este primer argumento de DONATUTI nos parece controvertible. Fundamentalmente en base a que, como más adelante diremos, pensamos que los supuestos recogidos en 10.13 y 12 pr. no enfrentan dos casos diferenciados por la persona del donatario (fiador-deudor principal), sino dos posiciones distintas que producen diferentes efectos (posibilidad o no

(4) DONATUTI: *Contributi alla teoria del mandato in Diritto Romano*, I, *L'actio mandati dell'adpromissor*, Perugia, 1927, pág. 78, apunta que donde el texto dice *fideiussor* debería decir *sponsor* en el original de la época clásica.

(5) DONATUTI: *Contributi*, pág. 78.

(6) Digesto XVII, 1. 12 pr.—*Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum. Si vero non remunerandi causa, sed principaliter (sed principali reo, Kr) donando fideiussori remisit actionem, mandati eum non acturum*. La traducción del texto publicado por la Ed. Aranzadi sigue la reconstrucción de KRUEGER: si se le remitió la acción al fiador, no para remunerarle, sino como donación (a favor del deudor principal), no tendrá el fiador la acción de mandato. Esta misma interpretación es la sustentada por DONATUTI. WATSON: *Contract of Mandat in Roman Law*, Oxford, 1961, piensa (pág. 168) que KRUEGER completa el texto en razón de una alteración del copista, pero no como interpolación deliberada. Sobre la ordenación de los textos de referencia en el Título del Digesto, véase el propio WATSON, páginas 24 y sigs., en especial pág. 30.

de ejercitar la *actio mandati*) y que se dan entre los mismos sujetos (acreedor donante-fiador donatario) en razón a la distinta naturaleza de la donación. Piénsese, además, que la construcción *si fideiussorem remunerari voluit creditor*, en la que se repite tanto *fideiussor* como *creditor*, responde a una generalizada construcción latina, muy dada a la redundancia, en las oraciones subordinadas condicionales, a más de que en cualquier caso el término *fideiussor* era en cierta manera preciso como antecedente de *eum* al quedar demasiado alejado el *fideiussori* del inicio del párrafo. A nuestro juicio, pues, ULPiano no introdujo *fideiussorem remunerari* para distinguir «personas» en relación con el siguiente párrafo, sino por simple construcción gramatical de una frase de gran interés en el texto y en la que la palabra clave es *remunerandi*. Pensamos, pues, que sobre el argumento filológico y gramatical, en base a *fideiussorem*, no puede apoyarse la tesis de la posible interpolación del párrafo *multo magis... final*.

Por otro lado, argumenta también DONATUTI (7) que hablar de *mortis causa accepto*, para ligarlo con *acceptum factum sit*, constituye una clara incorrección jurídica porque no puede concebirse una *acceptilatio sub conditione*, y si se dijera que debe entenderse *si mortis causa donationem accepto tulisset* parece que el jurista clásico no se habría expresado así. Además, presentar el legado como una especie de donación es típicamente justinianeo. Por último, la propia redacción gramatical: *tulisset-legavit*, implica un injustificado cambio de tiempo y modo, y hay una inútil (8) repetición de *creditor*.

Todo ello hace pensar a DONATUTI en la interpolación referida.

Por nuestra parte, suscribimos casi íntegramente estos últimos argumentos de DONATUTI y añadiremos que tal párrafo interpolado viene a dar entrada en el *Digesto* al 17.1.11, que en la ordenación compilatoria rompió la unidad entre 10.13 y 12 pr.

Como ya advertimos, el texto, siguiendo a ULPiano, debe ligarse con D. XVII.1.12 pr.:

Si vero non remunerandi causa sed principaliter donando fideiussori remisit actionem, mandati eum non acturum.

Ambos fragmentos (10.13 y 12 pr.) presentan a simple vista una importante diferencia anunciada por *si vero*; a saber: en un supuesto (10.13), el fiador *habere mandati actionem*; en el otro (12 pr.), *mandati non acturum*.

(7) DONATUTI: *Contributi*, pág. 78.

(8) Pensamos que la pretendida inutilidad de la repetición puede tener su justificación aplicando el argumento sintáctico al que antes aludíamos.

Tal diferente posición jurídica tiene que obedecer a una circunstancia, subjetiva u objetiva, del negocio, y que lógicamente ULPiano ha de señalar en su discurso. Es más, el texto del jurista, pensamos, está encaminado a precisar que la aparición o no de tal circunstancia acarrea la consecuencia de permitir o no el ejercicio de la acción de mandato. Y precisamente en ello radica la problemática de los textos referidos, ya que los autores discrepan en cuanto a cuál es aquella circunstancia que provoca, con su existencia o no, efectos tan dispares.

Para unos, el hecho clave está en la razón de la donación, y en tal sentido, la contraposición aparece en el texto entre *remunerari voluit* y *non remunerandi causa sed principaliter donando*.

Para otros, en cambio, la clave tiene que hacer referencia a los sujetos implicados, tanto en el negocio principal y su fianza como en la donación, y así—dicen—, en el primer supuesto (10.13), la donación se hace por el acreedor al fiador, mientras que en el segundo, la donación la hace aquél al deudor principal. Para fundar en el texto tal aseveración siguen la anotación de KRUEGER:

Idem Graeci: fuerit, non ipsius remunerandi causa, sed principali reo.

Tal es, como ya indicamos, el criterio de DONATUTI (9), y recientemente, el de los autores de la traducción española antes anotados.

II. Para abordar tal discrepancia doctrinal y textual y tomar postura en la interpretación del texto conviene, en primer lugar, hacer una breve referencia al juego de la *actio mandati* en materia de fianzas.

Ya DONATUTI (10) concluyó que se precisa la existencia de un contrato de mandato como presupuesto de la *actio mandati* del *adpromissor*, y ARANGIO RUIZ (11) observa que siendo la *adpromissio* una forma de garantía personal en virtud de la cual el acreedor podía dirigir la *actio* (*ex stipulatu* en la primera forma—*sponsio*—de garantía) tanto frente al deudor principal, como frente al fiador, la equidad exigía la concesión de una acción de regreso en favor del fiador que paga, acción que habría de ser la *actio mandati*, naturalmente *contraria* (12), si la *stipulatio* de garantía se hizo en presencia y con el consentimiento del deudor princi-

(9) DONATUTI: *Contributi*, pág. 77, en especial nota 3, bibliográfica en tal sentido.

(10) DONATUTI: *Contributi*, pág. 37.

(11) ARANGIO RUIZ: *Il mandato*, págs. 88 y 89.

(12) DONATUTI sostuvo el primitivo carácter bilateral del mandato, como los otros tres contratos consensuales. Véase J. IGLESIAS: *Derecho Romano*, Barcelona, 1972, pág. 438, nota 227.

pal, y la *negotiorum gestorum*, también *contraria* si fue hecha sin su conocimiento (13).

Ahora bien, sobre la base de considerar existente un contrato de mandato (14), es necesario que se cumplan los requisitos precisos por tal contrato para que sea factible la exigencia de los derechos derivados del mismo por vía del ejercicio de la acción. Y justamente para que el mandatario pueda reclamar, por medio de la *actio mandati contraria* los gastos que le produjo el cumplimiento del mandato, hubo de llevar a cabo tal cumplimiento. En el caso de la *adpromissio*, el contenido del mandato consiste en satisfacer al acreedor la deuda que el deudor principal (y el fiador, por él) ha contraído (15).

En consecuencia, para que se entienda cumplido el mandato hecho al *adpromissor* deberá éste haber pagado al acreedor. Así se desprende de numerosos textos, principalmente G. 3.127, D. XVII.1.37, D. XXVI.7.9, C. 4.352 (16), y como afirma DONATUTI (17), en numerosos textos se confirma la necesidad de que el pago sea válido y liberatorio del deudor principal. Esta última condición es el resultado natural del juego de la *adpromissio* y el mandato. En efecto, si el fiador-mandatario tiene la posibilidad de dirigirse contra el deudor-mandante es precisamente porque ha cumplido el mandato—satisfacción al acreedor—, es decir, produciendo la *solutio* del crédito, ya que de otra manera, el deudor principal, no liberado, quedaría sujeto a la doble exigencia del acreedor (con la acción del contrato) y del fiador (con la *actio mandati contraria*).

Pensamos que precisamente por ello el texto habla de *acceptum factum sit*, tanto por el hecho de que posiblemente la fianza se hubiera prestado en tiempos clásicos a través de una *sponsio* de garantía (*stipulatio*), como porque el jurista quiso recalcar (en contraposición a *remisit actionem* del 12 pr.) que se había producido el pago de la deuda y con ello cumplido el requisito necesario para permitir el ejercicio de la *actio mandati*. En efec-

(13) WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*. II (trad. FADDA-BENSA). Torino. 1930. página 582, nota 12, el sacrificio del mandatario fiador, en la ejecución del mandato, puede consistir en enajenación, asunción de obligación, privación de derecho o en cualquier privación de derecho patrimonial.

(14) IGLESIAS: *Der. Rom.*, pág. 506; la jurisprudencia admite como acción de regreso para el *fideiussor* la *actio mandati*; D. XVII. 1.6.2; D. L. 17.60, G. 3.127.

(15) Precisamente en la época clásica el fiador promete *idem*, y por la naturaleza de la *sponsio* de garantía, la obligación de fianza no se subordina a la obligación principal. En principio, el fiador es el único responsable, ya que se coloca en el puesto del deudor, y más tarde responde solidariamente con el deudor principal, como un codeudor, para por último afirmarse el carácter accesorio de la obligación del fiador. En la época clásica conviven el principio de la co-obligación solidaria y el de la accesoriedad. En el *Corpus Iuris* encuentra éste su definitiva consagración. Cfr. IGLESIAS: *Der. Rom.*, pág. 504 y bibliografía recogida en nota 15, pág. 503.

(16) Véase D. XVII, 1, 50, presupuesto para que el *adpromissor* ejercite la *actio mandati*; que pague.

(17) DONATUTI: *Contribuli*, pág. 52.

to, la *acceptilatio* es un modo de extinción *ipso iure* de las obligaciones; es, referida a la *stipulatio*, una *solutio* (18) y, en consecuencia, una forma no sólo de pagar la obligación, sino también, y esto es lo importante en este caso, de liberar al deudor principal (19).

Esta significación de *acceptum* en el texto había sido ya vista por los scholiastas. Así, en B. 14.1.10.29, *Nomophylaxis* (20): si se hace *acceptilatio*, se libera tanto el *fideiussor* como el reo (deudor principal), porque la *solutio* libera tanto al fiador como al deudor.

Nota igitur, per pactum dimisso fideiussore etiam reum una liberari: sed si accepto latum sit, reus propter acceptilationem simul liberatur, quia solutio tantum a fideiussore praestita reum liberat.

Y STEPHANO observa que si al fiador le fue hecha *acceptilatio* de la *pecunia*, también queda liberado el deudor, pues el fiador al que se le hizo *acceptilatio*, no puede accionar de mandato contra el deudor si no ha sido liberado él mismo (el reo) por la *acceptilatio*.

Se trata, en consecuencia, de verificar aquellos requisitos que permiten al fiador el ejercicio de la *actio mandati*: pagar y liberar al deudor principal; requisitos que quedan colmados por la *acceptilatio*.

Esta idea principal—el pago por el fiador—preside también el fragmento 12.1 y siguientes (21), donde se trasluce la hipótesis del pago válido en los casos de intervención de un tercero (22). Ello lleva a DONATUTI a preguntarse por qué se admite el ejercicio de la *actio mandati* en caso del pago hecho a través de la donación de un tercero al fiador (fragmen-

(18) DONATUTI: *Contributi*, pág. 77, estima que está fuera de discusión la equivalencia de la *acceptilatio* como *solutio*. Véase también IGLESIAS: *Der. Rom.*, página 514 y bibliografía citada en notas 30 y 32.

(19) Véase ARCHI: *L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica*, RIDA, 1958, págs. 391 y sigs., y *La donazione*, Milán, 1960, pág. 103, en donde presenta la *acceptilatio* como caso típico de donación *in liberando*, y en el que siendo la *acceptilatio* un modo de extinción *ipso iure* de las obligaciones y la donación una causa, se concluye sobre la existencia de la *acceptilatio* concluida *donationis causa*. Sobre esta idea es de notar que si se considera la *acceptilatio* como caso típico de donación liberatoria, *remunerandi* fue puesto intencionadamente para advertir que se quería el provecho material del fiador donatario.

(20) Véase WENGER: *Di Quellen der Römischen Rechts*, Wien, 1953, pág. 718 y nota 464, e *Histoire du Droit Byzantin ou du droit romain dans l'empire d'orient*, Mortreuil, Osnabrück, 1966 (reimpresión de la edición 1843/46).

(21) Véase en WATSON: *Contract*, págs. 168 y 169, para quien la palabra clave es *autem*, que a su juicio debe entenderse no en el sentido de que sólo MARCELO mantiene la opinión recogida en el fragmento. Del análisis de frags. 12 pr. 12.1 y siguientes, WATSON deduce que no puede aceptarse la integración de KRUEGER antes reseñada.

(22) Véase DONATUTI: *Contributi*, págs. 70 a 73.

to 12.1), mientras que se niega en caso de que el donante (fragmento 12 pr.) sea el mismo acreedor (23).

III. Esto nos sitúa en el núcleo fundamental de la discrepancia entre 10.13 y 12 pr. Textualmente, la divergencia aparece entre *si fideiussorem remunerandi voluit creditor* y *si vero non remunerandi causa sed principaliter donando*, ya que, según ULPIANO, en el primer caso, el fiador dispone de la *actio* de mandato, mientras que en el segundo no. Como ya indicamos, tal discrepancia ha llevado a la interpretación, en base a la integración de KRUEGER, de que el segundo texto (12 pr.) se refiere a la donación del acreedor al deudor principal:

... *non ipsius remunerandi causa sed principali reo.*

A tal efecto, DONATUTI (24) apunta, después de citar el *Scholio* de STEPHANO y la *Glosa* (BAROLO, DONELLO, FABRO), que se ha pretendido ver la diferencia entre ambos textos, afirmando que la remuneración era un negocio jurídico a título oneroso, ya que depende del «servicio» que el fiador hubiera prestado primero al acreedor. Pero—dice DONATUTI—la donación remuneratoria es una donación y no un negocio oneroso, y el querer considerar como disminución patrimonial los servicios del fiador al acreedor, por los que éste le remunera, es una «errónea ocurrencia». Por eso—continúa—si se mira a la primera parte del texto, se observa que la antítesis no está entre donación remuneratoria o no remuneratoria, sino entre donación al fiador o al deudor principal, y la hipótesis *si fideiussorem-creditor* determina al donatario. Todo ello hace que DONATUTI admita como muy probable la reconstrucción integrativa de KRUEGER.

Sin embargo, a nuestro juicio, tal interpretación plantea algunos interrogantes.

Así, si se hizo por el acreedor donación del crédito en favor del deudor principal, se extinguió la deuda, y no parece que quepa hablar entonces de remisión de acción en favor del *fideiussor*. Como ya dijimos, la deuda para con el acreedor es solidaria entre deudor principal y fiador y, en consecuencia, si se hizo donación al deudor principal, por el carácter extintivo que para con la deuda tiene la donación, se extinguiría también la responsabilidad del fiador. Al extinguirse el crédito por el pago (donación en su favor) del deudor principal, se extingue la responsabilidad del fiador, y no habiendo éste pagado nada, nada podrá reclamar del reo (deudor principal). En tal sentido resultaría vano hablar de remisión al fiador, y vacuo, igualmente, afirmar que no tiene el fiador acción de man-

(23) DONATUTI: *Contributi*, pág. 77, especialmente nota 1.

(24) DONATUTI: *Contributi*, págs. 76 y sigs.

dato contra el reo, ya que ningún mandato cumplió en nombre del deudor principal.

En puridad, si en virtud de la donación del acreedor al deudor se extinguió la deuda, no puede hablarse de remisión de acción al fiador, sino de simple extinción de la obligación. En otro sentido, sería tanto como decir que en los casos de fianzas cuando paga a su tiempo el deudor principal, se remite la acción al fiador y no puede éste reclamar nada. El caso resulta tan elemental y evidente, que no parece lógico que ULPIANO lo hubiera reseñado en su tesis.

Antes al contrario, el jurista clásico está, a nuestro juicio, exponiendo los distintos supuestos que se plantean cuando, por intervención de un tercero (ya el acreedor, ya otro), el fiador se libera de su responsabilidad. Y precisamente según sean las características de esta liberación tendrá o no el *fideiussor* la posibilidad de actuar *ex mandato* contra el deudor principal.

En los comentarios de las *Basilicas* (25), B. XIV.I.12, se puntualiza:

Si tamen non remunerandi causa, sed simpliciter donans creator fideiussori remisit actionem, non habet mandati actionem,

y el scholista añade: no tiene la acción de mandato porque nada pagó.

Con esta interpretación cobra su sentido el texto 12.1, en el cual el fiador tampoco paga por sí mismo, pero lo hace un tercero por él, siendo así que, como ya vimos, el pago de un tercero no sólo sirve de *solutio* de la deuda, sino que libera también al deudor principal.

La clave del texto habrá, pues, que buscarla en:

... si vero non remunerandi causa, sed principaliter donando fideiussori remisit actionem.

La discrepancia se presenta entonces entre la donación remuneratoria de 10.13 y la simple donación de 12 pr.

IV. Ello nos obliga a delimitar el campo de la donación romana.

Sabido es que en el período clásico la donación es una «causa» por la cual se realiza la atribución de un derecho (de antiguo patrimonial, por lo que en el período más antiguo consistiría en un *dare*) del donante al donatario, y que tenía como requisito esencial la gratuidad, que implicaba una falta de correspondencia del donatario (26).

Hasta Constantino se presenta no como un negocio jurídico típico,

(25) HEIMBACH, II, 90.

(26) ARCHI: *Donazione*, págs. 23-24.

sino como causa de un número variado y heterogéneo de actos jurídicos (27). A partir de Constantino se tipifica como negocio, y en Justiniano se puede hablar de «donación» y «donaciones» (*complures sunt*) (28).

En los textos de la compilación se habla de *animus*, aunque, como ARCHI (29) pone de relieve, ya PRINGSHEIM demostró que el requisito del *animus* es netamente bizantino. A los clásicos les bastaba la objetividad de la *causa donandi*. Este rígido criterio fue, sin embargo, atenuado posteriormente por el propio PRINGSHEIM, y como anota BIONDI, los clásicos no pudieron prescindir del elemento subjetivo de la voluntad, *animus*, que es el «propio de la *causa donandi*», y nada tiene que ver con la «voluntad» del acto a través del cual se manifiesta y exterioriza dicha *causa donandi*. Para ARCHI (30), el elemento subjetivo y el objetivo fueron individualizados por los juristas. Hubo necesidad de elaborar el concepto de *causa donandi* para saber cuándo una atribución pudiera considerarse hecha a título de donación. Sólo teóricamente ambos elementos pueden considerarse como recíprocos nexos, y la posibilidad o imposibilidad de escindirlos. Según ARCHI, desde Juliano en vez de *mens, voluntas*, etc., se dice: *animus* del donante (31).

Sobre la base de la espontánea liberalidad del donante (D. XXIX.5.29), los clásicos (32) distinguían entre *donum* y *munus*, teniendo éste un sentido más restringido que aquél. Su relación es la misma que existe entre *genus* (*donum*) y *species* (*munus*) (D.L. 16.194): *munus est donum cuum causa*, y en D.L. 16.214, MARCIANO apunta, en la primera parte, al *munus publicum*, y en la segunda, a la «voluntad necesaria» del donante, contraria a la «espontánea», propia de *donum*.

En otros textos, así en D. XXXIV.4.18, hay una distinción entre las liberalidades *munificentia*, en las que parece haber una carga social que mueva la voluntad del donante, y las liberalidades en que hay una simple espontaneidad (33). El mismo criterio se encuentra en B. XLVII.1.1. (34), donde el anónimo intenta contraponer donación verdadera y propia al *munus*, en base a D.L. 16.194: la *donatio* comprende la donación propia

(27) Véase BIONDI: *Il concetto di donazione*, St. Ferrini, pág. 107.

(28) Véase BIONDI: *Successione testamentaria e donazioni*, Milán, 1955, páginas 631 y 646, así como 674 y sigs. y 680 y sigs.

(29) ARCHI: *Donazione*, pág. 50 y bibliografía en nota de la pág. 49.

(30) ARCHI: *Donazione*, pág. 53.

(31) ARCHI: *Donazione*, pág. 288. En JUSTINIANO el *animus* viene a perder toda base concreta, dando lugar a una peligrosa concepción dogmática entre los aspectos subjetivos de la causa y los simples motivos.

(32) Véase ARCHI: *Donazione*, págs. 71 y sigs.

(33) Sobre *munificentia* y liberalidad en JUSTINIANO, véase ARCHI: *Donazione*, páginas 280 y sigs.

(34) H. IV, 564.

y el *munus*, y es el elemento de la *munificentia* el que distingue la *species* del *genus* (35).

Todo ello nos lleva al tema de las donaciones remuneratorias. Para BIONDI (36) son aquellas que se hacen con intención de recompensar al donatario. Quiere el donante provocar un enriquecimiento en el donatario, pero al mismo tiempo pretende con ello compensarle (37). Precisamente como *munera* siguen el régimen de la *lex Cincia de donis et muneribus*, y como en toda donación, son independientes del motivo que las ha determinado (38). Para REGGI (39), la antinomia que se observa en las fuentes ha repercutido en la doctrina provocando la disparidad de criterios entre la donación remuneratoria como acto gratuito y como acto oneroso. Arranca del planteamiento de que la idea de donación como negocio típico a partir de Constantino fue influenciada por el pensamiento cristiano (la idea de gratitud en la moral cristiana, con la obligación moral que impone) (40), para terminar observando que en D. XV.3.10.7 aparece clara la donación remuneratoria, en la que se dona para gratificar al donatario por su acto anterior. El objeto de la voluntad es dar, a causa de la anterior donación—para compensarle lo pagado—, cumpliendo el deber moral de la gratitud. Concurren—dice REGGI—dos elementos: el deber moral y el *animus*; elementos que explican la diferencia que se observa en el fragmento: por un lado, la donación simple; por otro, la donación remuneratoria.

La misma idea de la donación remuneratoria aparece en D. XXXIX.5.29, donde PAPINIANO, al hablar de la donación remuneratoria, dice que no es una mera donación.

Ciertamente, el propio REGGI observa que tanto este texto como el antes citado (D. XV.3.10.7) no han de ser tomados en su tenor literal, ya que han sido acusados de interpolaciones.

Pero, a nuestro juicio, es de notar que la idea diferenciadora del *animus remunerandi* que late en XV.3.10.7 es prácticamente la misma que la que subyace en D. XVII.1.10.13 (12 pr.). En efecto, en D. XV. 3.

(35) Sobre el significado de *munus*, véase *Dictionnaire Etymologique de la langue Latine*. ERNOUT MEILLET, quatrième édition, Paris, 1959, pág. 442 (voz *munus-remunero* = recompensar, gratificar); y BARNABAS BRISSENIUS: *De verborum significatione* (cura (HIENECCI)), donde, junto a otros cuatro significados, cita el texto de LABEON (D. L.), asimilándolo, con variantes, a *donum*.

(36) BIONDI: *Suc. test.*, págs. 719 y sigs.

(37) Tales son las militares; Pauli St., 5.11.6.

(38) Para IGLESIAS: *Der. Rom.*, págs. 706 y sigs., con bibliografía en nota 1, la donación remuneratoria es la verificada para premiar algún favor o beneficio recibido.

(39) REGGI: *In tema di donazione remuneratoria*, St. de Francisí, III, páginas 229 y sigs.

(40) Así mientras que hasta DIOCLECIANO la ingratitud del donatario no podía hacer revocable la donación perfecta, sí la hace en CONSTANTINO Frag. Vaticana, 248.

10.7, POMPONIO, por boca de ULPIANO, nos indica que la posibilidad o no de ejercicio de la *actio in rem verso* radica precisamente en el hecho de que la donación al esclavo fuera verificada para compensarle (*remunerandi causa*) o simplemente donarle. En el primer supuesto, como no hubo realmente enriquecimiento, no puede accionarse; en el segundo, sí (41).

Pensamos que del contenido de los textos citados pueden extraerse dos conclusiones:

a) En las donaciones remuneratorias, como liberalidades *munificentiae*, en las que el *animus* del donante está movido ya por una carga social, ya por un hecho anterior del donatario (beneficioso para el donante), la donación tiende a recompensar al donatario.

b) Por ello, en el orden patrimonial, tal recompensa persigue aumentar el patrimonio del donatario (en su caso, para compensarle de la disminución que pudo suponer su conducta anterior en favor del donante).

Por otro lado, aunque se admitiera la hipótesis de que los textos fueron objeto de interpolaciones para atemperar la idea de donación remuneratoria a la concepción postconstantiniana, el contenido general de aquéllos y los similares tratamientos procesales de los que el clásico nos da noticia, están evidenciando que aunque, sin duda alguna, no considerada como negocio típico, la donación ofrecía ya a los clásicos una problemática propia en la que las ideas de compensar o no al donatario e incrementar o no su patrimonio eran de alguna manera determinantes.

En resumen, toda donación implica una causa de liberalidad, que obliga al donante, y en la que el beneficio para el donatario es la consecuencia lógica de aquella causa. Ahora bien, el ánimo de liberalidad puede responder:

a) A simple y mera espontaneidad del donante.

b) Al deseo de gratificarle o compensarle por un acto anterior del donatario en beneficio del donante.

Por otro lado, el beneficio del donatario puede consistir:

1. En una ganancia o beneficio material que aumenta su patrimonio.

2. En un beneficio material que evita que disminuya su patrimonio o lo reintegra a su posición anterior (por ejemplo, liberación de deuda propia).

3. En un beneficio jurídico que le libere de una carga, pero que no afecte inicialmente al aumento o disminución del patrimonio (42).

(41) Nótese que en el orden procesal se trata de un supuesto *ad contrarium* del D. XVII, 1.10.13 (12 pr.).

(42) Véase IGLESIAS: *Der. Rom.*, pág. 708; la donación liberatoria consiste en la remisión de una deuda o gravamen que afectaba al beneficiario.

Estas tres soluciones son aplicables al supuesto señalado antes con *a*), mientras que sólo las dos primeras lo son al supuesto *b*) (*animus remunerandi*).

V. Aplicando este esquema al supuesto de referencia, habrá de notarse que en D. XVII.1.10.13 se nos presenta el caso de un acreedor que hace *acceptilatio* con el fiador. Como ya hemos visto, la *acceptilatio* implica la extinción *ipso iure* de la deuda y la consiguiente liberación del deudor principal. Sin embargo, por sí misma la *acceptilatio*, como modo verbal solemne que es, no implica necesariamente la atribución material de la cuantía de la deuda al acreedor y, por ende, la disminución efectiva del patrimonio del deudor-fiador. Por la simple *acceptilatio* nada material sale del patrimonio del fiador y, por tanto, éste, como mandatario del deudor principal, no ha sufrido gasto alguno en el cumplimiento del mandato. No tiene, pues, la posibilidad de ejercitar la *actio mandati contraria*. Ahora bien, si la *acceptilatio* la hizo el acreedor no solamente con el propósito de extinguir la deuda, sino *animus donandi*, el clásico nos advierte que cuando ese *animus* viene movido por el expreso deseo de remunerar al donatario, cabe la *actio mandati* (43). En efecto, y con independencia de que el donatario hubiera efectuado con anterioridad servicio o acto alguno en favor del acreedor donante, y en virtud del cual, en compensación, éste le dona ahora, la donación persigue el aumento patrimonial (puro y simple o compensatorio de la disminución antes habida) del deudor-fiador. Y hecha la *acceptilatio* para extinguir la deuda, sin que nada hubiera pagado el fiador, sólo con el ejercicio de la *actio mandati contraria* frente al deudor principal, se produce aquel efectivo aumento patrimonial querido por el donante.

En la práctica, lo que está ocurriendo es que el acreedor se da por cobrado de su fiador para hacer a éste donación del montante de la deuda. Por ello tiene que seguirse que el fiador pueda cobrar dicho montante del deudor principal, aun sin haberlo él mismo desembolsado, pues sólo así se producirá el deseado por el acreedor aumento patrimonial del fiador. De no ser así, el beneficiario de la donación sería el deudor principal, al que nadie había querido verificar donación alguna. Por eso, para que pueda cobrar el fiador del deudor principal, se realiza la *acceptilatio*, que libera al deudor y deja cumplido el mandato del fiador.

El núcleo del problema radica, pues, en el sentido que el acreedor quiera dar a la donación que hace en favor del fiador, y que el clásico nos indica con la expresión *si fiudeiussorem remunerari voluit creditor*. El

(43) Así, BIONDI: *Suc. test.*, pág. 720, si el acreedor ha hecho *acceptilatio* al fiador *donandi causa*, queriendo remunerar al fiador—D. XVII, 1.10.13—, se trata de un caso de donación remuneratoria.

acreedor remunera al fiador produciendo un aumento de su patrimonio, ya que el *fideiussor* no desembolsa (pago material) el montante de la deuda, pero lo cobra del deudor principal (44).

Esta aclaración, por vía de interpretación del texto, es la que se hace ya en B. XIV.1.10.27. Sch. 28, en el que se anota que *remunerandi gratia* se refiere a que se trata de beneficiar materialmente al fiador.

Para aclarar definitivamente la cuestión, ULPIANO añadía inmediatamente el texto que en la compilación aparece como D. XVII.1.12 pr.: si no quiso remunerarle, es decir, producir el efecto de un aumento patrimonial, no cabe acción de mandato.

Justamente si la idea del acreedor no era aumentar (o compensar) el patrimonio del fiador, no puede éste accionar de mandato contra el deudor principal, ya que de hacerlo así se produciría el no deseado incremento patrimonial.

¿Cuál puede ser entonces el contenido del *animus donandi* no remuneratorio—*non remunerandi causa sed principaliter donando*—del que nos habla el texto? Pensamos que no puede ser más que uno: liberar al fiador de la carga de la fianza; liberarle del compromiso contraído como tal *adpromissor*, pero lógicamente sin que ello entrañe modificación, ni en más ni en menos, de su patrimonio.

Avalan esta tesis varias observaciones contenidas en el propio texto:

- En primer lugar, la misma distribución gramatical: *non remunerandi... sed principaliter donando*.
- En segundo término, el hecho de que en este caso se vete el ejercicio de la *actio mandati*, que de accionarse hubiera producido un enriquecimiento del fiador, no querido por el donante.
- En tercer término, y a nuestro modo de ver, fundamentalmente, el texto, muy a diferencia del que le precede, no habla de *acceptilatio*, sino sencillamente de *remittere actionem*. Ello implica dos cosas: que el acreedor quiso con su donación liberar sencillamente al fiador de su ligadura (*remittere actionem*) y que, en contra de lo que ocurría en el caso anterior, no se ha producido la *solutio* de la deuda y, en consecuencia, puede el acreedor dirigirse, para su cobro, contra el deudor principal. Ello apoya aún más la imposibilidad de que el fiador remitido ejercite la *actio mandati*: el deudor no ha quedado liberado; el mandato no fue cumplido.

A estos argumentos deben unirse, de contrario, los ya anotados en apoyo de la tesis de que resultaría vacuo el fragmento si la donación se refiriera, como se pretende en la integración de KRUEGER, al deudor prin-

(44) Véase en el mismo sentido, ARCHT: *Donazione*, págs. 71 a 73.

cial. Lógicamente, si el acreedor hubiera donado (de liberación) la deuda al deudor principal, ¿cómo puede ni pensarse que el fiador, que nada pagó, ni nada cumplió de mandato, ni nada le fue donado, pueda beneficiarse cobrando el montante de la deuda por vía de la *actio mandati contraria* frente al deudor principal, que se vería así privado del beneficio patrimonial que le reportara la donación del acreedor? El texto sólo cobra sentido si se interpreta como una aclaración aplicable al tipo de donación hecho por el acreedor en favor del *adpromissor*.

Para rematar la explicación, en el sentido que venimos dándole, el clásico añade inmediatamente el último supuesto, D. XVII.1.12.1. La donación se sigue produciendo en favor del fiador, pero ahora verificada por un tercero. Agudamente, ULPiano especifica que esta intervención del tercero pagando al acreedor se hizo *donaturus*, ya que aunque, en general, el pago de un débito por un tercero es considerado por los clásicos como un posible medio de realización de la *causa donandi* (45), pudiera ocurrir que se interpretara como una *negotiorum gestio* que permitiera al tercero ejercitar acción contra el deudor principal. Se trata, pues, de una donación que no puede perseguir otro fin que el aumento del patrimonio del fiador (la donación se hace en su favor) y de esta suerte producirá la *solutio* de la deuda, por lo que liberado el deudor principal, el donatario beneficiario—deudor-fiador—ejercitará contra el deudor principal la *actio mandati contraria* para obtener el beneficio material que con la donación se perseguía. Nótese que:

a) Este beneficio es el único fin posible de la donación, ya que un tercero no puede liberar al fiador si no es pagando por sí mismo la deuda.

b) Sólo persiguiendo este beneficio del fiador puede hablarse de *causa donandi*, ya que en otro caso estaríamos ante el supuesto de la gestión de negocio (o incluso de mandato, si el tercero hubiera actuado por orden del fiador).

c) Que de no producirse la posibilidad de la *actio mandati* frente al deudor principal, se hubiera producido un enriquecimiento de éste, a quien nada fue donado, en virtud de la donación que, por medio del pago al acreedor, hizo un tercero en favor del fiador.

d) El jurista clásico no añade párrafo alguno en que dijera que si el tercero pagó para hacer donación al deudor principal, no puede el *adpromissor* actuar de mandato contra éste. Le debió parecer sencillamente inútil por meramente lógico.

Para abonar aún más la tesis que venimos sosteniendo, sobre la base de que es el deseo de enriquecimiento patrimonial del donatario lo que

(45) Véase ARCHI: *Donazione*, pág. 108.

determina la posibilidad de ejercicio de la acción que conduzca a materializar dicho enriquecimiento, los textos que continúan el discurso de ULPiano, referidos a supuestos de personas en potestad, aclaran definitivamente la cuestión: en frag. 12.2, como el tercero que pagó (por el hijo o esclavo) no quiso el enriquecimiento del padre, que lo tenía en potestad, no puede éste accionar de mandato frente al deudor principal.

De esta suerte, el texto de ULPiano, tal como aparece ordenado en la *Palingenesia* (46), sigue una sistemática coherente. Se inicia con D. XVII. 1.10.11, donde se sienta el principio general de la aplicación de la *actio mandati contraria* al supuesto de los *adpromissores*, continuando (frag. 10. 12) con unas matizaciones procesales referidas a la relación fiador-deudor principal. Inmediatamente, ULPiano aborda el tema de la posibilidad de ejercicio de la *actio mandati* cuando no se ha producido un pago efectivo por parte del fiador, distinguiendo entonces varios supuestos:

A) donación en favor del fiador hecha por el acreedor, y que puede presentar dos alternativas que conduzcan a dos soluciones o efectos diferentes:

a.1. Donación remuneratoria, que permite, más bien diríamos precisa, el ejercicio de la *actio mandati* frente al deudor principal para obtener el beneficio material perseguido. D. XVII.1.10.13.

a.2. Simple donación, que no persigue el enriquecimiento del fiador, sino sólo su liberación, y, en consecuencia, no le faculta para accionar de mandato (D. XVII.1.12. pr.). La simple donación remite la acción al fiador, sin que por ello quede liberado el deudor principal.

B) Donación en favor del fiador hecha por un tercero y que, a su vez, ofrece en el jurista una doble posición:

b.1. La regla general, basada en el principio de que el pago por un tercero libera al deudor, y apoyada en el hecho de que la donación apunta al beneficio del donatario (fiador) y no de otro (deudor principal), por lo que el donatario fiador dispondrá de la *actio mandati* para materializar aquel beneficio cobrándole al deudor principal liberado (D. XVII.1.12.1).

b.2. El supuesto específico del fiador sujeto a potestad, en el que, por mera aplicación de las reglas anteriores, el padre bajo cuya potestad se encuentra aquél no podrá ejercitar de mandato frente al deudor principal (frag. 12.2).

La ilación entre los cuatro fragmentos es de esta suerte perfectamente coherente.

(46) LENEL, 910.

Luego el jurista clásico aborda otros supuestos, siguiendo con el tema de las personas sujetas a potestad, y que trascienden los límites del problema que aquí contemplamos (frags. 12.3 a 12.6).

VI. Insertándolo entre el texto de ULPIANO, los compiladores introdujeron un fragmento de POMPONIO contenido en *Libro tertio ex Plautio*:

D. XVII.1.11. Si ei, cui damnatus ex causa fideiussoria fueram, heres postea extitero, habeo mandati actionem.

Creemos que la razón de su intromisión se debe, por un lado, a que se trata también de un supuesto de ejercicio de la *actio mandati contraria* concedida al *fideiussor*, y, por otro, a que al interpolar los compiladores el texto de ULPIANO (frag. 10.13), añadiendo *multo magis* hasta el final, queriendo así completar el tema con supuestos referidos a situaciones *mortis causa*, se daba entrada al texto de POMPONIO referido también a un supuesto nacido como consecuencia de una cuestión sucesoria (47). Los precedentes textuales contenidos en el último párrafo del fragmento 10.13 insisten en la misma situación que hemos venido analizando. Como se trata de beneficiar materialmente al fiador (*remunerandi gratia*), B. XIV. 1.10.27 (48), Sch. 28 insiste que con más razón se dispondrá de la *actio mandati* cuando se hubiera llevado a cabo la *acceptilatio* (49) por causa de muerte o se hubiera legado de liberación, ya que *ex presuntione enim remunerandi gratia haec videtur fecisse. Inter vivos enim acceptilationem dicere quis potest, quam creditor fecit, benevolentiam fideiussoris provocans, quod in mortis causa acceptilatione vel liberatione legata dici non potest, quia haec defuncto committuntur.*

Nuestro aserto sobre el beneficio material del donatario encuentra su apoyo doctrinal en DI PAOLA (50), quien al estudiar el medio procesal de la repetición de la cosa donada (51) concluye señalando que al ser la *condictio* la única acción que podía ejercitar el donante para repetir lo que hubiese donado, la *donatio mortis causa* debía siempre comportar una

(47) En MOMMSEN, nota 6, se advierte: *iunge* (1), 1.47 pr.; y ambos fragmentos constituyen los números 333 y 334 de la *Palingenesia* de LENEL, *liber III ex Plautio libri VII*.

(48) H. II, 89.

(49) Véase lo ya dicho antes sobre la improcedencia del término. En Sch. 30, STEPHANO aborda el tema de la *acceptilatio sub coditione: inutilis esset sed pone, pure eam factam esse*.

(50) DI PAOLA: *Donatio mortis causa*, Catania, 1950, especialmente capítulo 2.º Véase bibliografía sobre la donación *mortis causa* en IGLESIAS: *Der. Rom.*, página 710, nota 20, y BIONDI: *Suc. test.*, pág. 707 y sigs.

(51) S. DI PAOLA: *Donatio*, págs. 35 y sigs.

datio (52). DI PAOLA añade (53) que las fuentes demuestran que los negocios en que se habla de *donatio mortis causa* son, en general, aquellos que comportan una *datio* o aquellos que tienen el valor de una *datio*, tal como la *acceptilatio*, citando expresamente (54) D. XVII.1.10.13. Es precisamente en base al *negotio* de la *datio* como se calcula el montante de la donación (D. XXXIX.6.31.1). La relación donación-beneficio patrimonial del fiador queda así completada.

Por lo que al legado se refiere, ya anotamos que es típicamente justiniano presentar lo como negocio de donación, y en B. cit. Sch. 31 (55) se anota que *legata remunerationes esse, quia sunt, qui dicant, eo animo haec fierit...*

Tras el añadido compilatorio que coordina en su estructura interna con el contenido y fundamento del texto clásico, se insertó D. XVII.1.11.

A tenor del literal del texto, en el que el *fideiussor* fue hecho heredero del acreedor después de haber sido condenado *ex causa fideiussoria*, la justificación del ejercicio de la *actio mandati* contra el deudor principal parece clara y totalmente coincidente con el criterio que ya vimos en los textos anteriores: el fiador pagó y, en consecuencia, cumplió el mandato; luego accionaría de mandato (contrario) para exigir del deudor principal lo que por él satisfizo.

El pago del fiador viene dado precisamente en razón de la condena *ex causa fideiussoria*. DONATUTI (56) apunta que con la condena se produce la disminución patrimonial que se precisa como requisito ineludible para gozar de la *actio mandati* (57). Avalando esta tesis, la idea se encuentra también en POMONIO, D. XVII.1.47 pr. (58), en el que se trata de una mujer que promete en dote a un fiador lo que éste le debía como fiador. Se celebra el matrimonio, y el fiador—dice JULIANO—puede pedir al deudor por mandato, ya que se entiende que dejó de tener la cantidad debida por el hecho de quedar afectada a las cargas matrimoniales, «y con ello pagó la deuda», apostilla el traductor de la versión española de ARANZADI. En razón, pues, del pago hecho por el fiador, le cabe el ejercicio de la acción de mandato.

Sin embargo, el caso se complica porque el jurista nos advierte expresamente que:

(52) Debiendo observarse que entre las fuentes citadas por DI PAOLA en apoyo de su tesis está precisamente D. XVII, 1.10.13.

(53) DI PAOLA: *Donatio*, pág. 50.

(54) DI PAOLA: *Donatio*, notas 32 y 33 en págs. 50-51.

(55) H. II, 90.

(56) DONATUTI: *Contributi*, pág. 100.

(57) Véase DONATUTI: *Contributi*, págs. 100 a 103, en las que, en contra de BESELER, se demuestra que la condena es un sustituto del pago.

(58) Texto que, según la ordenación Palingenésica de LENEI, lleva el número 334 siguiendo al D. XVII, 1.11.

- a) El fiador fue hecho heredero del acreedor.
- b) Esta sucesión se produjo con posterioridad a la condena *ex causa fideiussoria*.

La coincidencia de ambas circunstancias (condena-*successio*) fue lo que movió al jurista para puntualizar la solución del caso. En efecto, si no hubiera habido sucesión alguna, no habría necesidad de puntualización. Lógicamente, la condena del fiador, como pago que es, le facultaría para el ejercicio de la *actio mandati contraria* frente al deudor principal. Si el clásico dejó el supuesto reseñado fue para advertir que, pese a haber habido una *successio* entre acreedor y fiador, el hecho de que la condena fuera anterior sigue haciendo viable la *actio mandati*.

DONATUTI (59) advierte que la justificación de la decisión de Pomponio se encuentra en Africano, D. XLVI.1.21.5.:

Cum fideiussor reo stipulandi heres exstiterit, quaeritur, an, quasi ipse a se exegerit, habeat adversus reum mandati actionem. Respondit, cum reus obligatus maneat, non posse intellegi ipsum a se fideiussorem pecuniam exegisse: itaque ex stipulatu potius quam mandati agere debet.

Se nos presenta así como preeminente la idea de que la condena fuera anterior a la *successio*, permitiendo por ello el ejercicio de la *actio* de mandato.

El tema así enfocado ya estaba en los griegos. El texto de D. XVII.1.11 aparece en B. XIV.1.11 (60):

Fideiussor qui post condemnationem heres creditori extitit, mandato adversus debitorem agit.

En el Sch. del Anónimo (XI.1) se comenta precisamente *post condemnationem*, apuntando que rectamente se dice después de la condena, pues si antes que fuese condenado fuese hecho heredero, no puede actuar de mandato contra el deudor, sino por la acción principal, remitiéndose a D. XLVI.1.21. En base a este texto, se añade: pues si antes de la condena fuese heredero tiene la *condictio ex mutuo* (61).

La concordancia de ambas circunstancias, condena (pago)-*successio*, es, como ya dijimos, la que obliga a la puntualización textual, ya que se

(59) DONATUTI: *Contributi*, pág. 81.

(60) H. II, 90.

(61) Sobre este mismo criterio se funda B. XXVI, 1.21.5, referido a D. XLVI, 1.21.5; H. III, 97.

produce un efecto diferente si aquélla (la condena) fue anterior a la *successio*, pues en este caso cabe al fiador la *actio mandati*, mientras si la *successio* se produjo antes del pago (condena) deberá ejercitar la acción derivada del negocio principal (*ex stipulatu*). La razón que para ello dan los textos viene expresamente advertida:

«D. XLVI.1.21.5..., *cum reus obligatus maneat*.»

Si el reo (deudor principal) continúa obligado es que no se ha producido pago alguno que le libere. La pregunta que entonces debemos formularnos es por qué se entiende que la concurrencia de la *successio*, que teóricamente daría lugar al instituto de la *confusio*, extintivo de las obligaciones, no produce su lógico efecto, dejando, por el contrario, vigente la obligación del deudor principal.

VII. A nuestro entender, la problemática que plantea el texto que venimos analizando (D. XVII.1.11) debe resolverse planteando la cuestión desde aquel antiguo principio, antes anotado, según el cual el fiador que paga dispone de la *actio mandati* frente al deudor principal.

Según esto, antes que se hubiera producido la sucesión del deudor-fiador, al ser heredero del acreedor, hubo de producirse ya el pago de la obligación principal por parte del fiador, ya que el texto nos indica que... *damnatus ex causa fideiussoria fueram, heres postea exiit*. Pensamos que la relevancia en el texto se encuentra en el hecho de haber sido el fiador condenado con anterioridad a la *successio*, dejando así a ésta sin trascendencia práctica a efectos del ejercicio de la *actio mandati*, ya que la *condemnatio* equivale, en principio, al pago y, en consecuencia, había nacido ya para el fiador la posibilidad de ejercitar la acción de mandato frente al deudor principal.

DONATUTI (62) apunta ya la importancia de la condena en el contenido del texto, advirtiendo que al producirse la sucesión al acreedor del deudor ya condenado, la liberación del deudor procede de la *litis contestatio* (ello naturalmente antes de C. VIII.40.28), y añadiendo que la sola circunstancia de que el fiador suceda al deudor no es suficiente presupuesto para la *actio mandati*. Por ello no se verifica la liberación del deudor. Si la sucesión se produce después de la *litis contestatio*, no se puede hablar de la extinción de la obligación por confusión. Ello sólo se produce después de la condena; hasta la condena no se produce la disminución patrimonial que se precisa para el ejercicio de la *actio mandati*. Por eso, a su juicio, las fuentes hablan de condena y no de *litis contestatio*. En conclusión, el pago se produce cuando la *confusio* extingue la obligación.

(62) DONATUTI: *Contributi*, págs. 100 a 103.

A nuestro modo de ver, en el planteamiento de DONATUTI se produce el equívoco de conjugar la condena y la *successio (confusio)* para producir la extinción de la obligación, siendo así que sin acudir para nada al problema de la sucesión del fiador a la herencia del acreedor, puede perfectamente estimarse la existencia de una causa extintiva de la obligación, que además equivale al pago de la misma (63), cual es la de la condena. Posiblemente en el texto clásico se hablara de *litis contestatio*, partiendo del conocido supuesto procesal de que en la época clásica, dentro del procedimiento formulario, la *litis contestatio* producía el efecto extintivo de la acción y, en consecuencia, la extinción de la obligación (64). El traslucido efectuado en el *Digesto* para referirse a condena encuentra su justificación entre las de aquellas interpolaciones que pretenden amoldar el texto al nuevo derecho, ya que decaído el procedimiento formulario, en el proceso *extra ordinem* el efecto extintivo de la acción aparece precisamente en la condena.

Al producirse, en virtud de la condena *ex causa fideiussoria*, la extinción de la obligación y, en consecuencia, poder estimarse que el fiador condenado ha cumplido el mandato que le confió el deudor principal, tendrá aquél, lógicamente, la acción de regreso pertinente (*actio mandati contraria*) para dirigirse en reclamación frente a dicho deudor. Prácticamente a esta misma conclusión llega también WATSON (65), quien verifica una crítica a la posición de BESELER, para el cual, el texto de POMONIO ponía de relieve que se precisaba no sólo la condena, sino también que el mandatario llegase a ser heredero del acreedor (66), estimando WATSON (67) que el ejercicio de la *actio mandati* es el resultado directo de la condena en virtud del efecto extintivo que surge de la *litis contestatio*. Piensa, en último término, que se trata de la aplicación de la regla general a un caso particular, cual es el de que con posterioridad el fiador resultó heredero del acreedor (68).

(63) El mismo DONATUTI, pág. 103, en contra de BESELER, demuestra que la condena es un sustituto del pago.

(64) IGLESIAS: *Der. Rom.*, pág. 506, en la época clásica el *fideiussor* responde a la par que el deudor principal. El acreedor tiene la facultad de dirigirse a su elección contra uno o contra otro, y la *litis contestatio* celebrada con cualquiera de ellos extingue ambas obligaciones. P. II, 17.16; C. VIII, 40.5.

(65) WATSON: *Contract*, págs. 171 y sigs.

(66) WATSON formula también una fuerte crítica a la posición de SOLAZZI, que luego veremos, respecto a la relación de nuestro texto con D. XLVI, 1.21.5, entendiéndolo que no se trata de una cuestión de preferencias entre la acción de mandato y la del contrato, sino de necesidad de ejercitar una de ellas a tenor de las circunstancias que concurren.

(67) WATSON: *Contract*, pág. 172.

(68) Resultan de gran interés los razonamientos de WATSON en crítica a BESELER planteando varias soluciones silogísticas sobre el presupuesto $A = \text{condemnation}$; $B = \text{ser heredero del creditor}$; $C = \text{actio mandati}$, de donde: 1.º $A + B = C$;

En conclusión, y en este sentido que venimos exponiendo, el ejercicio de la *actio mandati* por parte del *fideiussor* proviene de la circunstancia fáctica de la condena *ex causa fideiussoria*, siendo intrascendente al problema la posterior situación del *fideiussor* como heredero del acreedor.

VIII. El caso no plantearía mayor problemática si no fuera porque junto al texto de referencia están los ya citados anteriormente, que referidos a la *successio* manifiestan expresamente que el reo permanece obligado.

Es aquí donde se nos plantea perfectamente la circunstancia de la *confusio* (69), como elemento extintivo de la relación obligacional, cuando menos entre fiador y acreedor, y la consecuencia de analizar entonces si debería o no ser de aplicación el ejercicio de la *actio mandati*.

SOLAZZI (70) advierte que los romanos no identifican la *confusio* como una *solutio* de la obligación, sino que se limitaban sencillamente a otorgar a aquélla un efecto extintivo irrevocable derivado, por un lado, de la intransmisibilidad de las obligaciones *inter vivos* y, por otro, de la aplicación de las reglas propias de la *successio*, con la imposibilidad de que una persona reúna en sí cualidades incompatibles, como son la de acreedor y deudor al mismo tiempo. Concluye advirtiendo (71) que la comparación de la *confusio* con la *solutio*, eliminados los textos sospechosos, es probablemente clásica, pero que ello no legitima a decir que los clásicos habían visto en la *confusio* un pago real o ficticio, una satisfacción material del acreedor, ya que en la confusión no existe verdaderamente un pago en sentido jurídico.

Al abordar SOLAZZI el análisis de nuestro texto entiende que para que fuera ejercitable la acción de regreso no bastaba que el fiador hubiese sido condenado, sino que era necesario que hubiese pagado, liberando al deudor principal, y que esa liberación, procedente del pago, sólo se produce por la confusión hereditaria, que aun no siendo un pago efectivo equivale al mismo. Para SOLAZZI esta situación se confirma con el contenido de D. XLVI.1.21.5 (72). Anota también SOLAZZI que en las fuen-

2.º A, pero no B = no C; 3.º Conclusión: B, pero no A = no C. Tal planteamiento es para WATSON radicalmente falso.

(69) Véase sobre el tema un interesante análisis de la «*confusio*» aplicado a textos del D. referidos a sucesiones en TORRENT: *Fideicommissum familiae relic-tum*, Oviedo, 1975, págs. 87 y sigs.; con abundante bibliografía sobre la *confusio* como modo de extinción de las obligaciones.

(70) SOLAZZI: *L'estinzione dell'obbligazione nel Diritto Romano*, Napoli, 1935, págs. 277 y sigs.

(71) SOLAZZI: *L'estinzione*, pág. 288.

(72) El texto está para SOLAZZI alterado en su final, ya que para AFRICANO el recurso a la *actio ex stipulatu* no debía ser una cuestión de preferencia, sino de necesidad. Véase *L'estinzione*, pág. 287, nota 3.

tes aparecen supuestos en que se niega la identificación de la confusión con el pago, entre los cuales está precisamente el del *fideiussor*, que hereda al acreedor, que no tiene contra el deudor principal la acción de regreso, en razón de que el reo permanece obligado. A la pregunta de por qué no se ha liberado el deudor principal, SOLAZZI responde diciendo que no le parece adecuada la respuesta generalizada en base a que la obligación del fiador era accesoria y subordinada a la principal, y que, por tanto, estaba en segunda línea, ya que—dice SOLAZZI—en el Derecho clásico la fianza, como derivada de la *stipulatio*, producía el efecto de la solidaridad, en virtud del cual los avatares de la relación fiador-acreedor, en torno a la obligación afianzada, debían seguirse también para con la relación acreedor-deudor principal. Para SOLAZZI, la respuesta debe encontrarse en la atribución patrimonial que los romanos daban a la *confusio*, que sin ser un pago producía un efecto económico equivalente y, en consecuencia, toda la cuestión ha de girar en torno a las características, efectos y momento de la elección de la acción por parte del acreedor. Queriendo respetar ese derecho de elección—dice SOLAZZI—hay que considerar la obligación fideiussoria como vacua hasta que tal elección no hubiese llegado. Sólo así se explicaría la decisión que diversamente da D. XLVI.1.21.5 sobre D. XVII.1.11: cuando por la condena del *fideiussor* la elección se ha concentrado en la obligación fideiussoria, el efecto satisfactorio se verifica y da origen para el heredero a la *actio mandati*.

Aun admitiendo bastantes aspectos del planteamiento de SOLAZZI, discrepamos, sin embargo, en algunos otros. Así, en su idea de equivalencia al pago de la confusión hereditaria en el texto D. XVII.1.11. Ya hemos advertido que, a nuestro modo de ver, en el supuesto contemplado en el fragmento, el pago del fiador, en cumplimiento del mandato, se produce por la condena, y de ella derivan los efectos propios que permiten el ejercicio de la *actio mandati*. Hay también cierta contradicción entre el razonamiento de SOLAZZI apuntado, y el que verifica para explicar la razón de las fuentes para negar que la confusión implique un pago. Por último, en todo el contexto del esquema de SOLAZZI están mezclándose los efectos de la condena y los propios de la *confusio*, siendo así que, a nuestro juicio, y tal como ya apuntaba WATSON, ambas circunstancias deben entenderse y estimarse separadamente, sin poder aplicar indistinta o conjuntamente a las dos los efectos ya extintivos de la obligación (pago), ya permisivos del ejercicio de la *actio mandati*.

A nuestro juicio, y una vez que hemos argumentado en torno al pago efectuado por el *fideiussor* a través de la condena, el planteamiento del supuesto se reduce a lo siguiente:

Sin haber efectuado pago alguno, el fiador se hace heredero del acreedor. Esta *successio* implica la confusión de la relación obligacional exis-

tente entre acreedor y fiador y, en consecuencia, sea o no sea tal confusión un pago a los efectos clásicos, sí ha de admitirse que es una causa de extinción de las obligaciones y que, en consecuencia, se extingue aquella relación obligacional acreedor-fiador. Si—como dice SOLAZZI—la confusión no es un pago, el fiador no pagó, y por aplicación del principio general, no dispondrá de la *actio mandati*; pero si partimos de la base que en la época clásica el fiador responde solidariamente de la obligación con el deudor principal (precisamente la *stipulatio* es la fuente principal de la solidaridad), la extinción de la relación obligatoria acreedor-fiador ha de producir necesariamente la extinción de la relación solidaria y, en consecuencia, debería el fiador disponer de acción de regreso para recuperar el montante de la deuda, que si bien no salió directamente de su patrimonio, lo encontraría ahora disminuido en el patrimonio del acreedor de quien se hizo heredero, y en cualquier caso habría de disponer de la acción que evitara el injusto enriquecimiento que se produciría en favor del deudor principal.

Podría argüirse que al ser la *confusio* una forma de extinción *ipso iure* de las obligaciones, se extinguiría la deuda principal entre acreedor y reo, y el fiador, que con la *successio* dio lugar a aquella extinción (cumplimiento del mandato), habría de disponer de la *actio mandati*.

Por último, es aún de observar el grave problema que se plantea ante el hecho de que extinguida por la *confusio* la relación obligacional, se perdió la posibilidad de ejercicio de acción alguna y, en consecuencia, no podría (en contra de los textos) ejercitar el fiador, heredero ahora del acreedor, la acción dimanante del contrato principal.

IX. ¿Por qué, pues, los textos dicen que en los casos de simple *successio* no ha lugar al ejercicio de la *actio mandati* y sí, en cambio, dispone el heredero (fiador) de la *actio ex stipulatu* derivada del contrato principal? La contestación está en los propios textos: porque la confusión producida entre acreedor y fiador no extinguió la deuda entre acreedor y deudor. D. XLVI.1.21.5: el deudor permanece obligado.

La contestación estaba ya en D. XXVI.1.21.3: si el acreedor hace heredero al deudor, se extingue la obligación del fiador; pero si el acreedor hace heredero al fiador, sólo se extingue la obligación del fiador.

Para encontrar argumentos jurídicos que avalen la respuesta, la doctrina ha seguido diferentes caminos. Así son varios los autores (73) que consideran que para los romanos existían supuestos de obligación solidaria en que la obligación sólo se extinguía respecto a uno de los sujetos deudores, y uno de tales supuestos es precisamente el de la confusión; para otros, la respuesta encuentra su explicación en el hecho de que la *confusio*

(73) Véase IGLESIAS: *Der. Rom.*, pág. 360.

no es técnicamente una *solutio* de la deuda principal, sino simplemente un modo de extinción personal de la relación acreedor-fiador. A nuestro juicio, la explicación lógica a las palabras del *Digesto*, que expresamente determinan que por la confusión derivada de la *successio* del fiador al acreedor no se ha liberado el deudor principal, que sigue obligado, tiene que buscarse al margen de la indagación sobre si la *confusio* significó o no un pago de la obligación. Que no lo significó parece deducirse del hecho que el fiador no disponga de la *actio mandati* (si hubiera pagado hubiese cumplido el mandato y nada le impediría, como en el caso de D. XVII.1.11, dicho ejercicio). Por otro lado, que la confusión extinguió, por imposibilidad material de la obligación, la relación fiador-creedor, está en la propia naturaleza de la *successio*.

Lo que está ocurriendo es que el jurista está contemplando las dos relaciones jurídicas: acreedor-deudor principal y acreedor-fiador, como claramente diferenciadas, y accesoria la una de la otra, de suerte tal que los avatares propios y particulares de la accesoria no alteran ni repercuten en la relación principal. Ello es consecuencia de la evolución que sufre la institución de la fianza en el paso del período clásico al postclásico. De aquella primitiva idea que colocaba al fiador como único responsable, al situarse en el lugar del deudor, que pasa luego a configurarse dentro del esquema típico de la solidaridad, se termina, por último, por afirmar el carácter accesorio de la fianza, que convive ya en el segundo estadio del período clásico con el de la solidaridad; carácter accesorio que encuentra su definitiva consagración en el *Corpus Iuris* (74). En su virtud, se entiende así que la confusión producida por la *successio* (del fiador sobre la herencia del acreedor) sólo extinguió la accesoria obligación del fiador, pero no alteró en modo alguno la relación obligacional principal antes existente entre acreedor y deudor principal. Es por ello por lo que al suceder el fiador al acreedor y colocarse en su lugar (*successio*), se reviste de la condición de acreedor, y al no haber sufrido alteración la relación obligacional principal, encuentra entre el caudal hereditario la acción (*ex stipulatu*) que le permite dirigirse frente al deudor para exigir el cumplimiento de la obligación.

X. En resumen, diríamos que en el caso de D. XVII.1.11, el ejercicio de la *actio mandati* viene determinado por el cumplimiento de la

(74) IGLESIAS: *Der. Rom.*, pág. 504. Véase especialmente en pág. 503, nota 15. bibliografía al respecto. Sobre este mismo tema, SOLAZZI: *L'estinzione*, págs. 307 y sigs., estima que probablemente la idea de mirar a la *obligatio maior* fue impulsada por PAPINIANO y acogida en parte por JUSTINIANO. Los textos D. XLVI, 1.38. y D. XLVI, 3.38.5, revelan que en caso de confusión que se da entre acreedor y deudor principal, la obligación fideiussoria se extingue por su carácter de accesoria, propio de la fianza, y al extinguirse la principal por confusión no puede pervivir la fianza, que sólo se mantiene viva mientras esté viva y plena la principal.

obligación del *fideiussor* a través de la condena, con independencia de su posterior sucesión al acreedor. Y en los casos de simple *successio* (D. XLVI. 1.21.5), la situación que nos ha quedado reflejada en los textos del *Digesto* está determinada por el carácter accesorio que la fianza tiene, sin que haya que buscar argumentos que permitan al fiador el ejercicio de la *actio mandati* en las relaciones cronológicas (antes o después) entre condena y *successio*. La *successio* del fiador y consecuente *confusio* extingue exclusivamente su relación, dejando viva la obligación del deudor principal, que no se libera, y, en consecuencia, permitiendo al fiador el ejercicio de la acción que de ella se derive.

GERARDO TURIEL DE CASTRO

Profesor Adjunto Numerario de Derecho
Romano de la Facultad de Derecho
de Oviedo

NOTAS

El sujeto pasivo de los gastos funerarios

*A mi buen amigo ELADIO BALLESTER,
Registrador y maestro de Registradores, que
me sugirió estas notas.*

Entendemos por gastos funerarios aquellos que son originados por el enterramiento del cadáver de una persona.

Nuestra antigua legislación, en la Partida 1.^a, Ley 12, título 13, ordenaba que los gastos de entierro y funeral debían pagarse de los bienes del difunto. La Ley 30 de Toro concretaba más, al afirmar que debían recaer sobre el quinto de los bienes del causante.

Nuestro vigente Código Civil únicamente contiene tres preceptos relativos a esta materia: el artículo 902-1.^o, el 1.894-2.^o y el 1.924-2.^o-B.

El artículo 902-1.^o incluye entre las «facultades» de los albaceas «disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento, y en su defecto, según la costumbre del pueblo».

Observemos, en primer lugar, que el Código habla de facultades, siendo así que sin perjuicio de considerar facultades las que cita el artículo de referencia, se trata, primordialmente, de obligaciones que incumben al albacea como ejecutor cualificado de la voluntad del causante; como observa MANRESA, se trata al mismo tiempo de derechos concedidos y de obligaciones impuestas (1). Las facultades de los albaceas constituyen verdaderos deberes u obligaciones, ya respecto de terceros interesados, ya con relación a los herederos y, principalmente, a la memoria del testador y a sus últimos deseos, que religiosamente deben cumplirse, como indica el citado comentarista. Algo más adelante señala que nada expresa el artículo 902 en relación con el entierro del causante, aunque

(1) MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, pág. 739.

en muchos casos no será necesaria para ello la intervención del albacea, y en otros no podrá intervenir, por estar ausente, desconocer su nombramiento, no haber aceptado, etc.; pero esto puede ocurrir del mismo modo respecto del funeral. Cree que también es facultad del albacea disponer y pagar el entierro del causante, aunque el entierro no es fácil que deje de realizarse en circunstancias normales, intervenga o no el albacea, mientras que el funeral y los sufragios a veces no se llevarían a efecto por abandono o egoísmo o no se verificarían en el modo y forma ordenado por el testador si el albacea no interviniese. Entendemos que los gastos de entierro comprenden los de la parroquia, sepultura, adquisición del nicho (conforme a las normas municipales), lápida, inscripción de la defunción en el Registro civil, conducción del cadáver, permanencia en el depósito en su caso, coronas de flores, esquelas, etc.

En definitiva, según MANRESA, los gastos de entierro debe pagarlos el albacea con los bienes del causante.

Se puede pensar, en caso de concurso, que es un crédito privilegiado, preferente a todos los demás, con excepción de los créditos por impuestos, a que se refiere el artículo 1.924-1.º, y los de justicia y administración del concurso en interés común de los acreedores, según se desprende del artículo 1.924-2.º, apartado A). Ciertamente que el artículo citado no se refiere a los gastos de entierro, sino a los de funeral; pero puede admitirse que si se comprenden éstos, con mayor razón deben entenderse comprendidos aquéllos.

Contra esta argumentación puede oponerse que, según el artículo 1.925, «no gozarán de preferencia los créditos de cualquier otra clase o por cualquier otro título no comprendidos en los artículos anteriores». El argumento tiene fuerza suficiente, según creemos, para dismantelar el anterior razonamiento por muy injusta que nos parezca esta solución. El texto legal es taxativo y no creemos que la equidad, a que se refiere el artículo 3-2 como un elemento a ponderar en la aplicación de las normas, pueda tener juego alguno frente a un precepto imperativo como el citado.

Si cuando el difunto ha dejado bienes suficientes para el pago de su entierro, es lógico que éste se pague de los mismos; cuando sus bienes representan un valor inferior a sus deudas, no puede aplicarse el mismo razonamiento, por lo menos si nos hallamos en presencia de un concurso de acreedores. En consecuencia, los acreedores por gastos de entierro deberán percibir sus créditos como acreedores comunes.

En cambio, tratándose de quiebra, los gastos de entierro son créditos singularmente privilegiados en relación con el producto de la venta de los bienes muebles del quebrado y pagaderos en primer lugar (art. 913, en relación con el 912 del Código de Comercio).

Tanto del artículo 902-1.^a, como del 1.924, resulta, por vía de interpretación, que los créditos por gastos de entierro deben hacerse efectivos sobre los bienes que hubiere dejado el causante, o sea, sobre la herencia; pero el artículo 1.894, en su último párrafo, ordena que «los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiere dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle».

Ya hemos visto que la Ley 12, título 13, de la Partida 1.^a, ordenaba que los gastos de entierro y funeral deberían sacarse de los bienes del difunto, de su quinta parte según las Leyes de Toro (Ley 30), de modo que sobre el heredero o legatario, en su caso, recaería la obligación de satisfacer los gastos funerarios. Pero, como observa MANRESA, si el difunto carecía de fortuna, no podía menos de repugnar a toda conciencia sana que teniéndola su cónyuge o hijos, quedase al arbitrio de éstos el deber de la satisfacción de dichos gastos, pues por encima del interés y de la razón de los bienes, deben estar otras consideraciones más elevadas, como son los vínculos sagrados de la familia, mucho más dignos de respeto y estimación por parte del legislador; y por eso el Código Civil, inspirándose en móviles indudables de piedad humana, establece el precepto anteriormente transcrito, con arreglo al cual los gastos de entierro y funeral de cualquier persona, aunque no haya dejado bienes, han de correr a cargo del que en vida había tenido la obligación de alimentarle, siempre que sean proporcionados a su persona y usos locales.

La razón de dicha obligación es idéntica a la del suministro de alimentos, por lo que está tan justificada como aquélla; pero para evitar abusos, se limitan los gastos a los que sean proporcionados a la calidad de la persona del difunto y a los usos de la localidad (2).

En definitiva, de todo lo dicho se deduce que existe un sujeto directamente obligado al pago y unos sujetos obligados subsidiariamente: Están directamente obligados los herederos, legatarios y albaceas en sus respectivos casos, así como los administradores del concurso y los síndicos de la quiebra, también en sus respectivos casos. Lógicamente, las cantidades a satisfacer recaen sobre los bienes dejados por el difunto a su muerte, sobre su herencia, de modo que las personas obligadas actúan, salvo los herederos y legatarios, en su caso, como titulares de un derecho de disposición sobre bienes ajenos. En un sentido económico-contable podría decirse que el deudor es el patrimonio relicto o la masa del concurso o quiebra, pero no en un sentido jurídico, ya que éstos carecen de personalidad jurídica; se trata de patrimonios adscritos a un fin

(2) MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, pág. 575.

determinado (ser divididos entre los herederos o repartidos entre los acreedores).

Son deudores subsidiarios que únicamente están obligados cuando el causante carezca de bienes, las personas que en vida hubieran tenido la obligación de alimentarle. Estas personas asumirán la totalidad de la deuda cuando el causante careciese absolutamente de bienes o suplirán lo que falte cuando los bienes del difunto fueren insuficientes.

Se nos puede argumentar, naturalmente, que el Código no distingue entre deudores directamente obligados y deudores subsidiarios, en materia de pago de gastos funerarios, y ello es cierto, pero la aparente contradicción entre los textos legales al principio citados no puede resolverse de otro modo.

Por una parte, del artículo 902 se deduce la obligación del albacea de pagar los gastos funerarios con cargo al caudal relicto, pues aunque no resulta de dicho artículo de un modo expreso, no cabe duda que los gastos de entierro deben recaer sobre la herencia y es normalmente el albacea quien la administra y dispone de ella en cierta medida (art. 903). En el caso de que exista administrador de la herencia será éste la persona encargada de satisfacer dichas obligaciones. Pero lo que nos interesa destacar es que quienquiera que sea la persona encargada de la administración de los bienes relictos, los gastos funerarios recaen sobre ellos en primer lugar, pues sería absurdo exigirlos del obligado a prestar alimentos mientras hubiere bienes con que pagarlos en la herencia.

Por otra parte, como ya hemos apuntado anteriormente, la obligación de satisfacer estas deudas por el obligado a prestar alimentos tiene el mismo fundamento y el mismo carácter que la obligación alimentaria. Si ésta es subsidiaria en cuanto que sólo puede exigirse cuando el alimentista necesite los alimentos para subsistir (art. 148), y se extingue cuando ya no le sea necesaria la pensión (art. 152-3.º), esta misma subsidiariedad se traslada a los gastos funerarios, pues deben ser satisfechos por las personas que tendrían la obligación de alimentarle (art. 1.894) y según el mismo fundamento. Sería absurdo que tuvieran que ser satisfechas por ellos existiendo bienes en la herencia.

Ciertamente que el artículo 1.894-2.º dice que «los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, *aunque el difunto no hubiese dejado bienes*», por las indicadas personas, dando a entender que las mismas tienen la obligación de satisfacerlos también cuando el mismo hubiese dejado bienes, pero entendemos que ello es porque la cualidad de obligado a prestar alimentos suele coincidir con la de heredero legítimo, aunque no exista la misma prelación (3).

(3) Compárense los artículos 143 y 144 con los 930 y siguientes.

Como hemos apuntado anteriormente, en caso de concurso de acreedores, los gastos funerarios tienen el carácter de créditos comunes, por lo que con frecuencia la cantidad que perciban los acreedores será inferior al importe de sus créditos. En tal caso vuelve a aparecer la obligación subsidiaria de la persona que tiene el deber de prestar los alimentos, que asume el carácter de deudor por la parte que falte hasta completar el total importe del crédito funerario proporcionado al difunto y localmente usual. En caso de quiebra tienen el carácter de créditos singularmente privilegiados en relación al producto de los bienes muebles de la misma.

CARACTER DEL SUJETO DEL PAGO

El albacea y el administrador de la herencia, como titulares de disposición de bienes ajenos, únicamente responden de los gastos funerarios con el caudal relicto y no con sus propios bienes, pero se puede plantear la cuestión de si se trata de una responsabilidad *ultra vires hereditatis*, o sea, si los herederos, en caso de insuficiencia de los bienes hereditarios, deberán responder con sus propios bienes.

Teniendo en cuenta que los gastos funerarios no forman parte de la herencia como universalidad, entendemos que no existe tal obligación *ultra vires hereditatis*. Si se trata de herederos que en vida hubieran tenido la obligación de alimentar al causante, su responsabilidad, aunque recaiga sobre sus propios bienes, no deriva del citado principio, sino que surge por imperativo legal *ex* (art. 1.894-2.º).

Los síndicos del concurso o quiebra son también titulares de disposición de bienes ajenos, por lo que responderán exclusivamente con éstos.

Los únicos responsables en nombre propio son las personas que en vida hubieran tenido la obligación de alimentar al causante.

Resumiendo todo lo dicho podemos llegar a las siguientes

CONCLUSIONES

1. Los gastos funerarios se deben hacer efectivos sobre el caudal relicto.
2. En defecto de bienes hereditarios, deben ser satisfechos en su totalidad por las personas que en vida hubieran tenido la obligación de alimentar al difunto.
3. La obligación de dichas personas se extiende a la totalidad de los gastos funerarios cuando no existan en absoluto bienes en la herencia. Si los bienes de la herencia son insuficientes, deberán satisfacer lo que falte hasta la totalidad del crédito.

4. En caso de concurso de acreedores, las personas obligadas a prestar los alimentos deberán satisfacer los gastos funerarios en su totalidad, si el acreedor no llega a percibir cantidad alguna como pago de su crédito, y lo que falta hasta completar el mismo, si se llegó a repartir un dividendo insuficiente. Lógicamente, no deberá pagar nada si el crédito funerario es satisfecho en su totalidad sobre los bienes del concurso o quiebra.
5. El albacea, el administrador de la herencia y los síndicos del concurso o quiebra actúan como órganos de disposición de bienes ajenos, mientras que los que en vida habrían tenido la obligación de alimentar al difunto están directamente obligados, aunque con carácter subsidiario.

CELESTINO A. CANO TELLO
Profesor Adjunto de Derecho Civil

Glosa al requisito de la diferencia de dieciséis años entre adoptante y adoptado

EL PROBLEMA

«La adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles y tenga treinta años cumplidos. En la adopción por marido y mujer basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante o uno de los cónyuges adoptantes habrá de tener, por lo menos, dieciséis años más que el adoptado» (párr. 3.º, artículo 172 del Código Civil).

La adopción por uno de los cónyuges de los hijos legítimos del otro requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles, tenga treinta años cumplidos y dieciséis más que el adoptado.

Dentro del tema del epígrafe, como la adopción que realiza un cónyuge de los hijos del otro es una adopción individual, la locución adverbial «en todo caso» parece tener un carácter absoluto, sobre todo si se coteja con el último párrafo del artículo 173, donde se advierte que el Juez valorará la conveniencia del adoptado, «aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción». Cuando no concurren todos los requisitos necesarios, el Juez no podrá hacer esa valoración: criterio que se confirma en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de julio de 1966, al impedir la dispensa de los requisitos de capacidad para adoptar.

LA DOCTRINA

Esta es la argumentación básica que rodea al requisito de la diferencia de edad en el supuesto contemplado. Pero a pesar de la contundencia

de la literalidad, algunos autores no se resignan ante el hecho de que el cónyuge que pretende adoptar los hijos de su consorte habidos en un matrimonio anterior, esté imposibilitado de hacerlo cuando no se alcance la diferencia de dieciséis años.

Resultándoles también incómoda la rigidez formal del precepto en el caso de adopción individual, que, sin embargo, se flexibiliza ante las adopciones conjuntas de marido y mujer, en las cuales basta con que uno de ellos supere la edad de treinta años y tenga dieciséis más que el adoptando.

Tal es el caso de R. Bercovitz, que dice lo siguiente: «Pero el problema resulta menos claro cuando se trata de adoptar al hijo natural, legitimado o legítimo del otro cónyuge, es decir, cuando se trata únicamente de una adopción individual. En estos casos tendría poco sentido exigir que el progenitor tuviese treinta años como mínimo y una diferencia de dieciséis años con su hijo. Lo que... debería llevar a concluir que... para adoptar al hijo del propio cónyuge bastará en cualquier caso con ser mayor de edad. Esta solución está montada un poco al aire, pero responde, sin duda, a la *ratio legis*. En su favor cabe alegar los siguientes argumentos:

- a) Si se niega su validez en determinados casos, el cónyuge en cuestión no podrá adoptar nunca al hijo del otro cónyuge (cuando la diferencia de edad sea inferior a los dieciséis años), lo que es algo que evidentemente no desea la ley (artículos 176, párr. 3.º, y 178, párr. 1.º, del Código Civil).
- b) Aunque el caso es distinto, la excepción contenida en el párrafo 4.º de este artículo 172 a favor de los hijos naturales puede extenderse (por analogía) al supuesto ahora estudiado.
- c) El control judicial, en el que se incluye una valoración discrecional sobre la oportunidad de la adopción y la conveniencia para el adoptando, constituye una garantía para que semejante solución no sea utilizada torcidamente» (1).

La extensión de la cita debe ser tolerada, porque de los textos conocidos por mí es el único en el que se intenta justificar seriamente la intuición esencial de que la *ratio legis* sólo exige ser mayor de edad para adoptar al hijo del propio cónyuge.

Es importante también la afirmación de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO,

(1) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo III, pág. 244,

no desarrollada, de que «el requisito de tener dieciséis años más que el adoptado es esencial cuando la adopción se realiza por persona no casada» (2).

LA CATEGORIA DE LA ADOPCION FAMILIAR

Si fuéramos capaces de leer inocentemente, con ojos profanos, el párrafo 3.º del artículo 172, seguramente advertiríamos dos clases de adopción: la que realiza una persona y la que realiza un matrimonio.

Sólo un esfuerzo de concentración nos da la señal de alarma, que permite la posterior labor intelectual de separar al cónyuge que pretende adoptar a los hijos de su consorte de los denominados en la norma «cónyuges adoptantes». Y este mecanismo lógico nos lleva de la mano al núcleo de la interpretación convencional del precepto, porque se parte de que frente a una adopción singular, hay una adopción plural. Siendo la adopción por el cónyuge de los hijos de su consorte una adopción de un individuo, se le aplicará el régimen de la adopción individual, impidiendo que se lleve a cabo si no tiene treinta años y dieciséis más que el hijo de su consorte.

Esta interpretación, no por habitual, es correcta. Es más, creemos que es manifiestamente equivocada. Lo que se desprende del precepto no es exactamente la pretensión de distinguir una adopción singular de una adopción conjunta, sino distinguir una adopción individual de una adopción familiar.

Adopción familiar sería la que realizaran los adoptantes concurrentemente, aunque esta concurrencia pudiera tener lugar de manera simultánea o sucesiva (3), y adopción familiar sería también la que realizara un cónyuge de los hijos de su consorte, aunque por fuerza ha de ser sucesiva a la paternidad.

Aunque sea obvio, conviene recordar que adopción plural no hay reconocida en nuestro Código más que la de los cónyuges, «de ahí que se prohíba la existencia de varios adoptantes (y adopciones), salvo cuando se produce una adopción conjunta por los cónyuges de un mismo matrimonio» (4).

Si estrechamos más el círculo en torno al problema, debemos considerar que cuando el artículo 178 exige a los cónyuges que adoptan plena-

(2) «La adopción», *A. D. C.*, 1971, pág. 711.

(3) En el mismo sentido, entre otros, CASTRO LUCINI: «La nueva regulación de la adopción», *R. C. D. I.*, 1971, y GAMBÓN ALIX: *La adopción*, Barcelona, 1960.

(4) R. BERCOVITZ: *Ob. cit.*, pág. 255.

mente que vivan juntos, procedan de consumo y lleven más de cinco años de matrimonio, se está buscando la estabilidad de una situación matrimonial consolidada: se está buscando una familia. Y también hay que tener en cuenta, en sede igualmente de adopción plena, que cuando se permite, sin los requisitos anteriores, que uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de su consorte, se está valorando debidamente el consentimiento del cónyuge del adoptante, que es padre del adoptando, lo cual supone una garantía para el logro de las finalidades de integración familiar que pretende el instituto.

En fin, volviendo al sobresalto producido después de la lectura inocente que propiciábamos más atrás, si el matrimonio compuesto por el padre y la adoptante de sus hijos no puede ser llamado «cónyuges adoptantes», del artículo 172, no es por carencia o falta de alguna cualidad específica, sino por exceso en la calidad.

Siendo paternidad y adopción más que adopción y adopción, parece absurdo que se exijan más requisitos para paternidad y adopción que para adopción y adopción.

Tanto la Ley francesa (art. 365 del Código Civil) como la alemana (párrafo 1.754 BGB), prevén que la adopción plena por un cónyuge del hijo de su consorte equivaldría a la adopción conjunta del mencionado hijo (5). Lo cual, aunque jurídicamente pudiera ser suficiente, supone sociológicamente una reducción de la calidad de padre a la de adoptante. Las pretensiones de identidad entre ambas cualidades son las únicas que pueden justificar la equivalencia. Por todo esto, a medida que nos vamos acercando a las deducidas consecuencias literales del párrafo 3.º del artículo 172 aparece más irritante la inversión a la que se ha llegado.

La categoría de la adopción familiar nos sirve inicialmente para afirmar que la adopción que efectúa un cónyuge de los hijos de su marido no es una adopción individual.

En ésta, el consentimiento del cónyuge actúa como la remoción de un obstáculo para que se produzca en el adoptante el estado civil de padre o madre, mientras que en la adopción por la mujer o el marido de los hijos de su cónyuge, el consentimiento funciona como un acto de comunicación de derechos y responsabilidades, que implica también depositar en el adoptante la confianza para que ostente no sólo la patria potestad cuando él muera, sino los cargos de mayor responsabilidad de las instituciones asistenciales (tutela por incapacidad, alimentos, ausencia) (arts. 154 y 176, 3. Código Civil).

Aportamos estas ideas porque parece interesante que el Juez, en ejecución de las facultades de control que le atribuye el Código, tenga en

(5) R. BERCOVITZ: *Ob. cit.*, pág. 346.

cuenta la opinión que merece al propio padre la adopción de sus hijos por su mujer. Si la ponderación del padre en su vida habitual aparece probada, el Juez deberá considerar esa opinión como un elemento de juicio a la hora de formar la suya. Aunque el artículo 173 no establece ningún criterio tasado para valorar la conveniencia del adoptando, mencionando únicamente el hecho de que el adoptante tenga hijos como un elemento a tener en cuenta, aun así, decimos, y dentro de sus facultades discrecionales, el juicio que merece a un buen padre de familia la suerte de sus hijos debe ser, por lo menos, un elemento favorable para el juicio que ha de emitir el Juez sobre la conveniencia de la adopción.

El adoptante que adopta al hijo legítimo de su cónyuge no sólo constituye un lazo de vinculación con el adoptado, sino que cohesiona y armoniza todas las relaciones familiares, insertándolas en la unidad estructural deseada por el ordenamiento. Esta adopción individual aparente produce el desmesurado efecto de integrar todas las relaciones familiares, instalando al adoptado en el núcleo social típico de la familia. La eficacia que despliega en el seno de la familia y su indudable acercamiento al modelo de la familia natural—expresamente proclamado—es lo que tolera que utilicemos la categoría de adopción familiar.

Partiendo de este concepto, y dentro de él, pensemos en la mayor fuerza de la adopción realizada por un cónyuge de los hijos de su marido respecto a la que realizan adoptantes meros (art. 178), cuando exime al cónyuge que adopta a los hijos de su consorte del requisito de llevar más de cinco años de matrimonio.

De todo lo que llevamos dicho se deduce una posición de inferioridad de la familia formada por el padre o madre legítimo y los hijos huérfanos de uno de ellos respecto a la familia constituida por adoptante y adoptado, porque mientras que en aquélla el consorte del padre o madre tiene que cumplir todos los requisitos del artículo 172 si quiere adoptar a los hijos de su cónyuge, en ésta basta que el cónyuge del adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles y tenga treinta años cumplidos.

Parece que cabe invocar aquí, en el nivel orgánico en que nos desenvolvemos, el artículo 39 de la Constitución, cuando proclama en el punto 2 que «los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación»...

Y ello en aplicación de lo dispuesto en el punto 1, al señalar que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia», puesto que la interpretación dada en la actualidad al artículo 172 impide que se constituya—primer deber—en el grado más perfecto posible la propia institución familiar.

DERECHO DE ADOPTAR Y A SER ADOPTADO

Venimos llamando interpretación habitual o literal y no interpretación final a la que señalábamos al principio, porque estamos convencidos de que ése no es el espíritu de la ley.

Y justamente, la insatisfacción a que conduce en la realidad, nos obliga a romper una lanza—a desgastar una pluma—en favor de un criterio que, aunque oculto y difuminado, parece ser el más acorde con la *ratio legis*.

Los argumentos institucionales hasta aquí citados pueden ser completados con otros de naturaleza individual, personal, porque, como dice ENNECERUS, «si una disposición lleva a consecuencias que el legislador no conoció o no pensó..., estamos facultados para desenvolver la propia ley según su propia idea fundamental, considerando las necesidades y experiencias de la vida, a no ser que la seguridad del Derecho se oponga resueltamente».

La seguridad del Derecho no sólo no se perjudica, sino que se beneficia, por eso ni siquiera hemos entrado en el tema del orden público para justificar que no se dañe. Interesa tal vez comentar aquí que la Ley alemana de 1976, de 2 de julio, y la francesa de 22 de diciembre del mismo año solucionan favorablemente esta cuestión en el sentido del texto. La alemana, porque sólo exige la mayoría de edad en el cónyuge que pretende adoptar los hijos de su marido, y la francesa, porque aunque exige treinta años, mantiene una diferencia de diez cuando se trata de adoptar los hijos del cónyuge, declarando además la posibilidad de omitir este requisito.

Tómense, además, las normas constitucionales citadas aquí como prueba, por lo menos, de que el orden público español vigente, en coordinación con la protección que merecen sujetos de similar calidad, propician una situación igualitaria.

Los argumentos personales o individuales que pueden ser esgrimidos aquí se iluminan con un caso. Un matrimonio en el que el marido tenga treinta y tres años y la mujer veinticinco puede adoptar a un joven de diecisiete. En aras de la integración familiar, que es principio básico, el Código tolera inicialmente esa adopción, cuya oportunidad y conveniencia valorará más tarde el Juez. Pero ese mismo texto legal impide a una mujer de treinta y dos años, casada con un viudo de cuarenta, adoptar a un hijo de éste de diecisiete años de edad. Y ello en razón de que no alcanza la diferencia de dieciséis.

En base a este texto se puede argumentar diciendo que si el Código permite la adopción cuando la diferencia de dieciséis años de edad se da entre uno solo de los miembros del matrimonio y el adoptado, con mayor razón lo permitirá cuando uno de los miembros del matrimonio sea el padre de los adoptados. Es decir, ser padre es ser más que adoptante, y si la edad del adoptante de mayor edad sirve para eximir del requisito de la diferencia de dieciséis años al adoptante de menos edad, con mayor razón servirá no sólo la diferencia de dieciséis años que tiene el padre respecto a sus hijos, sino su propia condición de padre, para eximir del requisito de la diferencia de dieciséis años al cónyuge que pretende adoptar a sus hijos. Este argumento *a fortiori* parece desprenderse de la propia naturaleza de las cosas.

El último párrafo del artículo 172 dice que «fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona». La adopción conyugal (por ambos cónyuges) puede ser simultánea, pero también sucesiva, cuando ya estuviere efectuada por uno de los cónyuges en estado de soltería y posteriormente al matrimonio fuera realizada por el otro (6). La conjunción o unión de los adoptantes en el mismo *puesto* (estado) respecto al adoptado se verifica sucesivamente y les es aplicable el beneficio de la dispensa de la diferencia de edad, porque, como dice el citado párrafo 3.º del artículo 172, «en todo caso..., uno de los cónyuges adoptantes habrá de tener, por lo menos, dieciséis años más que el adoptado». Ambos cónyuges son adoptantes, aunque lo hayan sido sucesivamente, y no debiendo distinguirse donde la ley no distingue, se aplicará el beneficio de la edad.

Al ser la adopción por la mujer de los hijos de su marido una adopción individual, jamás podrá dispensársele del requisito de la diferencia de dieciséis años. Lo cual nos conduce al absurdo de que se exijan más requisitos al padre que al adoptante, o lo que es lo mismo, que el adoptante merezca mayor confianza legal que el propio padre.

Y de aquí se deriva que el adoptando que no puede ser adoptado por la mujer de su padre, se hace de peor condición que el adoptado que puede ser adoptado por la mujer de su adoptante. Por ejemplo, siendo institución más deseable la patria potestad que la tutela, la muerte del padre daría lugar a la constitución del órgano tutelar, mientras que la muerte del adoptante significaría que la patria potestad sería ejercida por la madre adoptiva.

(6) GAMBÓN ALIX: *Ob. cit.*

Pensemos en que normalmente esta tutela no es deseada por el tutelado ni es precisa en el plano social: la unidad familiar y la asistencia de los hijos está garantizada con la presencia de la mujer viuda que dedica su esfuerzo a los hijos de su marido, con los que convive. El órgano tutelar constituye un elemento extraño.

Desde otra óptica, la mujer que contrae nupcias con un viudo con hijos se hace de peor condición que la que lo hace con un padre adoptivo en estado de soltería.

En fin, en virtud del principio de unidad familiar, el cónyuge del adoptante es la única persona que, además de él, lo puede adoptar, a cuyo efecto se le dispensa de la edad; pero ese principio es desconocido para el cónyuge del padre, que no podrá adoptar jamás a los hijos de su marido (último párrafo del art. 172 del Código Civil).

En materia de impedimentos, no se prohíbe el matrimonio entre el cónyuge viudo del adoptante y el hijo del adoptado, mientras que está prohibido el matrimonio entre el cónyuge viudo del padre y el nieto de su marido. No queremos aprovecharnos de la falta de adecuación entre los preceptos sobre el parentesco que engendra la adopción en materia de matrimonio y lo establecido en la Ley del 70, para argumentar seguidamente que el padrastro o la madrastra ocupan una posición de preeminencia respecto a la del adoptante, siquiera de forma subliminar en la mente del legislador. No podemos decir tal cosa.

Nos basta con señalar simplemente, dando consistencia a nuestra argumentación general, que en el pensamiento del Código, la madrastra o el padrastro son vistos como casi abuelos.

El padrastro o madrastra, que normalmente comparten la casa con sus hijastros y el marido, no ostentan legalmente un *status* adecuado a la realidad de la convivencia. Son excluidos de la situación de padres hasta que se produzca el acto voluntario de la adopción, que da lugar al parentesco legal. Pero aun cuando este acto se produjera, si el marido de la adoptante no tiene capacidad para eximirla del requisito de la diferencia de la edad de dieciséis años, no podrá jamás consolidar una situación asimilada a la filiación, por íntimas y cariñosas que sean las relaciones de hecho.

De nuevo queremos recordar el texto constitucional, pues si los poderes públicos están sujetos a él (art. 9), deberán aplicar el artículo 14, que señala que «todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

CONCLUSION

Al margen de las importantes manifestaciones constitucionales, hemos expuesto las diversas facetas de una cuestión singular acoplando sus partes para justificar un propósito. «Las razones esgrimidas no se parecen a los eslabones de una cadena, sino a las patas de una silla o de una mesa (7), a efectos de que sobre ellos se puedan apoyar argumentos que favorezcan la situación del cónyuge que pretende adoptar a los hijos de su consorte.»

FERNANDO MALO

Profesor de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

(7) WISDOM, citado por RECASENS (*Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*).

VIDA JURIDICA

Jornadas registrales en Argentina

La justificación de la presencia de un grupo de Registradores en Buenos Aires y Córdoba, en misión profesional, se basaba en la gentileza que la *Revista Notarial* del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires había tenido con JOSÉ MARÍA CHICO al concederle el premio «Medalla de Oro al mejor trabajo extranjero» publicado en la misma *Revista* durante el año 1977. A una gentileza, los españoles corresponden siempre con una cortesía, y así, lo que pudo ser un mero acto protocolario, se convirtió en una manifestación corporativa de misión registral, plena de matices afectuosos y de realidades jurídicas.

El premio concedido a nuestro compañero provocó dos reacciones en el seno de nuestra corporación. De una parte, la Junta del Ilustre Colegio de Registradores acordó por unanimidad conceder su representación al galardonado para que llevase hasta Argentina sus cartas credenciales de presencia hipotecaria. De otra, un grupo de compañeros decidimos acompañarle para ser testigos de la entrega y ayudarle en los coloquios que habrían de seguir a las conferencias proyectadas. Todo en la línea de otras ocasiones, en que se ha repetido la intervención española registral en tierras americanas.

La cordialidad de los argentinos, demostrada en cuantas ocasiones se ha puesto a prueba; la identificación de pareceres; el intercambio de realidades, y esa capacidad de organización que rinde culto a su raíz hispánica, hicieron todo lo demás. En el recuerdo de todos están las múltiples amabilidades con que rodearon el recibimiento.

El grupo español estuvo integrado por los siguientes Registradores, por orden de escalafón: JOSÉ ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA (Santander), RAMÓN DE LA RICA MARITORENA (Torrejón), RAFAEL MARTÍNEZ PASALODOS (Villanueva y la Geltrú), JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ (Azpeitia), MANUEL VILLARES VALDÉS (Ordenes-Arzuza), CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ (Manresa), ABELARDO GIL MARQUÉS (San Feliu de Llobregat) e HIPÓLITO RODRÍGUEZ AYUSO (Bilbao). El programa a desarrollar era el de estar presentes en la

entrega de la distinción en un acto académico que coincidía con el 85 aniversario de la fundación de la *Revista Notarial* en la ciudad de La Plata, sede del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, donde, además, habría de pronunciar una conferencia CHICO ORTIZ sobre el tema «Tres momentos de la legislación hipotecaria española», seguida de coloquio con la colaboración de los componentes del grupo. En la ciudad de Córdoba estaba anunciada otra conferencia de CHICO sobre el tema «Presente y futuro de la institución registral», seguida también de coloquio.

En el primer acto, la entrega de las medallas de oro que concede anualmente la *Revista Notarial* reviste una gran solemnidad con asistencia de todos los galardonados, y en este año se engrandecía al cumplirse, como hemos dicho, el 85 aniversario de la fundación de la *Revista*. Las fechas inicialmente señaladas obligaron al grupo español a proyectar el viaje cuando las obras del Colegio no habían sido terminadas, lo cual hizo que el acto académico fuera especialmente dedicado a los españoles.

La jornada vivida en La Plata fue rodeada de una gran cordialidad. Se nos trasladó desde Buenos Aires a La Plata en un autobús, en el que ELVIRA MARTA YORIO, directora de la *Revista*, acompañada de los miembros del Colegio de Escribanos, doctora DELIA YORDANO, doctor SARUBO y doctor LORENCIS, nos deleitaron en el viaje con su gran amabilidad. Los Registradores fuimos al Registro Provincial para ver la forma en que se lleva, sosteniendo una mesa redonda con el Registrador doctor CALDERA y con los colaboradores más destacados de este monstruoso organismo, en el que se practican todas las inscripciones de la provincia de Buenos Aires, sacando conclusiones sobre las evidentes diferencias entre el sistema español y el argentino. Se nos ofreció luego un almuerzo en el Club Hípico de La Plata, en el que el cúmulo de atenciones colmó cuanto pudiera preverse. Seguidamente se nos enseñaron el Museo Antropológico, de fama mundial, y la Catedral gótica, de construcción moderna, que embellece su plaza principal.

Más tarde, en la sede del Colegio de Escribanos, se celebró el acto académico de entrega de la Medalla de Oro y conferencia anunciada. Presidió el acto el Notario LUIS LLORÉNS, en representación del presidente, doctor NÉSTOR O. PÉREZ LOZANO, por encontrarse en la reunión del Consejo Federal del Notariado en La Rioja. Estuvieron presentes el agregado cultural de la Embajada de España, FERNANDO DE OTAZU ZULUETA; el secretario de Asuntos Previsionales y Personal, Notario HÉCTOR CARATTOLI; el rector de la Universidad Notarial Argentina, doctor DIEGO TOMÁS BERNARD; el director del Registro de la capital federal, doctor EDGARDO A. SCOTTI; el director del Registro de la provincia, doctor ALBERTO JOSÉ CALDERA; los subdirectores de dicho Registro, doctor ULISES HORACIO LUGANO y EFRAÍN CARLOS PASCUA; el escribano general de go-

bierno, ALBERTO ORTIZ BRIASCO; el presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial, doctor GUALBERTO LUCAS SOSA; los miembros representantes del Instituto de Cultura Notarial, doctores LAUREANO A. MOREIRA y ERNESTO VALES; el secretario académico de la Universidad Notarial y Fiscal en lo Penal, doctor BRUNO CASTELLER; el presidente de la Federación de Instituciones Culturales y Deportivas de La Plata, señor JOSÉ MARÍA PRADO; el miembro del Instituto Platense de Cultura Hispánica, señor JAIME SUREDA; jueces, secretarios, consejeros de la Institución, aparte de la directora de la *Revista*, ELVIRA MARTA YORIO; el secretario, doctor SARUBO; el presidente de Relaciones Públicas del Colegio, Notario HÉCTOR JOAQUÍN BLANES; el vocal de Relaciones Públicas, Notario DE LORENCIS, y la doctora DELIA YORDANO, y mucha gente que acudió al llamamiento, como, por ejemplo, el doctor FOMBONA y muchos otros conocidos de los Congresos Registrales efectuados en América y en España.

Hizo la presentación del conferenciante el Notario LUIS LLORÉNS, vicepresidente del Colegio Notarial, que destacó la importancia del acto y lo que significaba esa embajada cultural que España enviaba a través de unos destacados miembros del Colegio de Registradores. Se entregaron a CHICO ORTIZ una colección del *Digesto Registral*, de manos del asesor del Colegio, doctor JAIME CERDÁ, y por parte del doctor LLORÉNS, una placa recordatoria del paso por el Colegio Notarial. Posteriormente, la doctora YORIO, tras pronunciar unas palabras en las que recorrió la trayectoria del galardonado en su aportación jurídica, entregó la Medalla de Oro con su inscripción y el diploma que acredita el premio por su trabajo «La inscripción y el documento notarial como medios de construcción jurídica», correspondiente a 1977. También se entregaron al resto del grupo español unas placas en las que se hace mención igualmente de su paso por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

CHICO ORTIZ, en la representación que ostentaba del Colegio Nacional de Registradores, hizo entrega, previa lectura de las cartas representativas, de diversas insignias de Registradores de la Propiedad a los siguientes señores: Notario PÉREZ LOZANO, LUIS LLORÉNS, TOMÁS DIEGO BERNARD, ELVIRA MARTA YORIO y HÉCTOR J. BLANES. Seguidamente se pronunció la conferencia que se acompaña a estas notas, y abierto el coloquio intervinieron, por parte argentina, el doctor SCOTTI, con su acertada medición de conceptos y acusado acercamiento al sistema hipotecario español; el profesor FONTBONA, con su verbo fácil y su gran conocimiento de la legislación argentina, y el subdirector del Registro de La Plata, doctor LUGANO, que con profundidad de conocimientos hizo exposición del gran problema de la independencia registral. Por parte española, se destacó la intervención de GIL MAROUÉS, que analizó lo que es y significa en el momento

actual la institución registral y la figura del Registrador de la Propiedad. El conferenciante contestó a todos con notas de humor al volver a encontrarse con figuras conocidas, como dijimos, de los diversos Congresos Registrales.

El Colegio de Escribanos ofreció al grupo español y a las personalidades asistentes una cena en el «Jockey Club» de La Plata, ofreciendo el banquete a los postres ELVIRA MARTA YORIO en sentidas frases, y CHICO ORTIZ pronunció las siguientes palabras en contestación: «Excelentísimos e ilustrísimos señores y señoras, compañeros y amigos todos. Al levantarme a decir os unas breves palabras, creo que lo debo hacer en una triple dimensión: en representación del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de España, cuya representación ostento; en nombre de mis compañeros que han tenido la deportividad de acompañarme, y en el mío propio.

Al referirme al primero he de hacer constar, casi con testimonio notarial, la gran satisfacción que para esa Corporación ha supuesto el que a uno de sus miembros le hayáis distinguido con el galardón que me habéis entregado; pero creo que la dimensión humana de ese agradecimiento se prolonga al encargarme expresamente el decano, NARCISO FUENTES, que os salude efusivamente y que su gran esperanza está en que esta visita sirva para que en el año próximo se materialice la realización del IV Congreso Internacional de Derecho Registral, pieza clave en esta encrucijada que nos hemos propuesto superar.

Mis ilustres compañeros utilizan el poder verbal y quizá alguno pueda ratificar mis palabras, pero me anticipo a ofreceros en su nombre el cordialísimo agradecimiento por esta serie de actos que habéis organizado en nuestro nombre. Ellos sabrán llevar a España el claro testimonio de vuestro afecto y la cordialidad del recibimiento.

En mi nombre ya quedan pocas palabras para brindaros lo que para mí significa todo esto. Nuestra palabra 'gracias' quizá venga estrecha para ponerlos en el camino de mi emocionada situación. Venir a La Plata a recibir oro es ya un contraste, pero lo importante es el afecto con el que lo habéis entregado. Esas son cosas que no se olvidan y que en la contabilidad humana de la amistad están siempre en el DEBE, en mi debe.

Para mí nunca hubo duda en hacer el esfuerzo de este viaje para rendir pleitesía a una delicadeza. Si a la gentil forma de ofrecerme una medalla no hubiera correspondido con la cortesía del recibimiento, la medalla hubiera quedado con la cara irisada de vuestras mancras y con la cruz que acusaba mi ausencia. Hecho el viaje, recibido el galardón y, lo que es más importante, el afecto que en todo ello habéis puesto, sólo queda la despedida. Gracias de nuevo, por todo. Aquí tenéis nuestro testimonio, que es lo que os dejamos para podernos llevar la flor y la

sombra de ese vuestro árbol que cantó CASONA, el jacarandá. Que siga echando raíces, raíces de afecto y de cordialidad, para que nunca muera como hacen los árboles: en silencio y de pie. Gracias».

Terminadas las jornadas platenses, aún quedaba el compromiso contraído con la Universidad de Córdoba, a través de su ilustre miembro LUIS MOISSET DE ESPANES, y con el Colegio de Escribanos de aquella ciudad, en cuya sede se pronunciaría una conferencia por CHICO ORTIZ bajo el título «Presente y futuro de la institución registral». Por la mañana se visitó la capital, con especial detención en la Universidad, la más antigua de Argentina y una de las más veteranas de América, donde nos recibió su rector, enseñándonos el salón de toma de grados y la biblioteca con los manuscritos de VÉLEZ, autor del Código Civil de Argentina. Abandonamos la Universidad de San Carlos con el recuerdo de su lema: «Para que difundas mi nombre por todas partes». Un grupo reducido visitó el Seminario de Derecho Civil, que dirige LUIS MOISSET, donde sus ayudantes, CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS y DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO ofrecieron toda suerte de explicaciones, celebrándose una comida después en la que estuvieron presentes LUIS MOISSET y esposa.

Por la tarde se efectuó el acto académico en el Colegio de Escribanos, en el que toda su directiva recibió y obsequió a los Registradores españoles. Se celebró el acto bajo la presidencia del vicepresidente del Colegio, MIGUEL LORENZO RE, teniendo dicho acto dos partes. En la primera, CHICO ORTIZ pronunció su conferencia anunciada, en forma breve y esquemática, para que pudiera, en la segunda parte, desarrollar y ampliar alguna de las ideas nuestro compañero GIL MARQUÉS. Ambos conferenciantes fueron muy aplaudidos, interviniendo seguidamente LUIS MOISSET, que hizo un elogio de los conferenciantes y destacó la necesidad de sucesivos encuentros entre los juristas españoles y argentinos.

Por último, en los salones del Colegio se ofreció por la Junta Directiva una cena al grupo español. Cena fraternal y de camaradería, en la que se demostró una vez más los lazos comunes que nos unen a los juristas de la misma estirpe y que se refuerzan con estos contactos de tan grato recuerdo para cuantos participamos en ellos.

CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ
Registrador de la Propiedad

Tres momentos de la Legislación Hipotecaria española

Excmos. e Ilmos. señores y señoras, compañeros y amigos todos:

Entiendo que una de las primeras palabras que un español debe pronunciar al llegar a Argentina es la de gracias. Gracias, Dios mío, por haberme proporcionado la dicha de llegar a otro continente en el que hay tantas cosas comunes, afines, y tantos vínculos que nos unen a pesar de la distancia. Gracias por haberme dejado acercar a gentes que piensan, rezan, hablan y trabajan de la misma forma, a nuestro estilo, a nuestra manera. Gracias por haberme permitido comprobar que los que vamos en la misma carreta somos de la misma opinión.

En este caso particular, las gracias han de ser dobles (aunque apurando argumentos pudieran ser tres, como las de RUBENS), ya que particularmente tengo que agradecer a la *Revista Notarial* de la provincia de Buenos Aires y a sus cabezas visibles, así como al Jurado que concedió el galardón, la gran gentileza de haberme distinguido entre los colaboradores extranjeros con esta Medalla de Oro instituida para este fin. Pensé siempre que deportivamente a esa gentileza había que corresponder con la cortesía de la recepción del premio. A tal honor, tal señor. Si dar es señorío y recibir servidumbre, aquí ofrezco la mía para que veáis hasta qué punto el agradecimiento se prolonga en mi persona. Desde que recibí la noticia decidí agarrar los mandos de la carretilla para transportar los ladrillos que llevaba encima, aunque éstos, como en este caso, sean de oro.

Quando a la vuelta de otro viaje que hicimos por tierras americanas recibí la noticia de la concesión de una cruz y mis amigos y compañeros decidieron ofrecerme los distintivos en una cena entrañable, hubo uno que aquí está presente, que recordó aquella famosa anécdota que se cuenta de don MIGUEL DE UNAMUNO, que fue recibido por don Alfonso XIII para

agradecerle una distinción recibida. Don MIGUEL DE UNAMUNO le dijo a Su Majestad que le agradecía mucho la distinción que «mercidamente» le había concedido. Su Majestad le replicó que era el primero que había dicho eso, pues todos decían que las distinciones eran inmerecidas. Y don MIGUEL le contestó: y tienen razón.

Esto, que se me aplicaba a mí, necesita de una explicación. No sé si merezco o no la distinción. Es un problema de criterio de Jurado. Pero lo que sí me vais a permitir es que me ilusione con pensar que la merezco al veros a todos agrupados en este acto para ofrecerla. El alma se sublima hasta aspectos difíciles de encerrar en frases comprensibles, pero a su vez el cuerpo rastrea contactos humanos. De ahí que si el alma supera este oropel que la vida humana le ofrece, el cuerpo no oponga ninguna resistencia a sentirse inclinado a la vanidad de recibir algo que merecida o inmerecidamente se le ofrece.

Pienso y os digo que lograr un prestigio debe ser difícil y quizá importante, pero mantenerlo es ya una labor llena de obstáculos que hay que ir salvando. Pues bien, esta distinción vuestra no es más que un aliciente para poder de ahora en adelante sostener ese prestigio. Gracias por ello.

Los compañeros que han tenido la cortesía de darme escolta, para ser testigos de excepción de este acto y que al abrir el coloquio podréis juzgar de su condición de juristas, son, por riguroso orden de escalafón, éstos: JOSÉ ANTONIO GARCÍA GARCÍA, Registrador de Santander, lleno de experiencias registrales y que hace efectivo en su puntualidad asistencial el principio *prior tempore potior iure*. RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA, Registrador de Torrejón de Ardoz, colaborador asiduo de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* e hijo del que fue figura excepcional del Derecho hipotecario. RAFAEL MARTÍNEZ PASALODOS, Registrador de Villanueva y la Geltrú, en Cataluña, une a su ya larga experiencia los conocimientos doctrinales que le permiten resolver el conjunto de problemas que diariamente se le ofrecen. Pisa por segunda vez tierra argentina. MANUEL VILLARES VALDÉS, es también alto y Registrador de Ordenes, en Galicia. Quien haya leído la famosa novela *La casa de la Troya* me permitirá el símil que allí se emplea: Registrador de Ordenes y a las de usted. Le llevo dos cabezas, no de altura, sino de escalafón, pero él me aventaja en ser el número uno de la siguiente. Es rápido, profundo y ha ejercido de Delegado regional durante muchos años. Es segunda generación registral, pues todos recordaréis a su padre, gran hipotecarista, MANUEL VILLARES PICO. CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ, Registrador de Manresa, en Cataluña. Es colaborador en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, dirigió la Academia de Preparación a Notarías y a Registros y figura en diversas publicaciones como coautor mío. Pisa América por segunda vez. ABELARDO GIL MARQUÉS, Registrador de San Feliu de Llobregat, Cataluña. Concu-

ren en él tres grandes cualidades: la de ser un gran compañero, que compatibiliza con la amistad; la de ser un gran preparador de oposiciones, y la de ser un pensador que aporta a la ciencia jurídica hipotecaria trabajos, publicaciones y sugerencias. HIPÓLITO RODRÍGUEZ AYUSO, Registrador de Bilbao, que a última hora se une al grupo y que es el benjamín del mismo. Es hombre estudioso, preocupado por la función que ejerce y lleno de golpes certeros. No debéis olvidar que es cinturón negro del karate.

Dadas las gracias, presentadas las personas que forman el grupo deportivo que viene a rendir culto a una gentileza, sólo queda abrir ante vosotros el tema y el contenido de la conferencia, charla, disertación o como queráis llamar a mis palabras. No obstante, quiero hacer dos advertencias:

- La primera es que, como decía ALVARO DE LA IGLESIA, perorar es una profesión tan respetable como cualquiera, y no es cosa de permitir que se cuelen intrusos en sus escalafones. Si al que no es arquitecto se le impiden levantar casas, y el que no es cirujano, no puede amputar piernas. ¿con qué derecho pronuncia peroratas el que, como yo, no es perorista (he dicho perorista y no peronista).
- La segunda es que si esto que os voy a decir os gusta, no aplaudáis mucho, no vaya a ser que con el entusiasmo de los aplausos caiga en la tentación de RAFAEL LAÍNEZ DE ALCALÁ, que al acabar una conferencia en la Universidad de La Laguna dijo ante los aplausos que recibía: «VEO QUE LES HA GUSTADO Y POR MI NO HAY NINGUN INCONVENIENTE: LA PODEMOS BISAR», y de nuevo comenzó: «Excelentísimos señores y señoras...».

Debo añadir que el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España me ha concedido la representación oficial para este acto, y expresamente su Decano me ha encargado reiteradamente que os transmita su saludo y el agradecimiento por haber distinguido a uno de los miembros del Cuerpo con un galardón tan importante. Razones de servicio han impedido su presencia. En su nombre os traigo unos presentes.

De mi emoción vale más no hablar. He visto por la pantalla de televisión cómo a los atletas que consiguen una medalla de oro y ven subir al mástil la bandera de su patria y oyen sonar su himno nacional, se les humedecen los ojos. Posiblemente es lo que me esté pasando a mí en estos momentos por haber aceptado aquella indicación del poema precolumbino de los Indios Tahumaras que decía: quien elige el camino del

corazón no se equivoca nunca. Vuestro MARTÍN FIERRO lo decía mejor: en la senda del querer no hay animal que se pierda.

Y ya que me brindáis el oro de una medalla en la ciudad de LA PLATA, yo os tengo que corresponder, aparte de con mi agradecimiento, con un pequeño secreto de mi contabilidad jurídica. Os brindo en este acto mi conferencia número veinticinco. Es decir, he venido a LA PLATA a celebrar con vosotros mis bodas de plata, con esta singular forma de comunicarse entre juristas.

Toda legislación sufre una serie de vicisitudes que perfilan su desarrollo y sitúan históricamente sus diferentes etapas. Caprichosamente he destacado tres momentos que se me antojan importantes, alguno de los cuales aporta una gran actualidad. *El primer momento* es el más extenso, pues quiero encerrar en él lo que podríamos llamar «hoja de servicios» de una legislación a través de sus ciento y pico de años de vigencia. Por supuesto, que no voy a haceros recorrer las diferentes etapas de sus modificaciones y sí fijarme de una manera general en el conjunto del sistema, en la razón de ser de unos principios que lo rigen, en sus posibles deficiencias y en las posiciones doctrinales más recientes.

En el segundo momento, Argentina desempeña un gran papel, ya que quiero ofreceros lo que podríamos llamar contraste internacional de nuestra legislación. Argentina organiza el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral y es aquí donde se inicia el momento segundo, para luego continuarlo en Madrid y en Puerto Rico. No voy a repetiros las diferentes cartas y conclusiones a que se llegan en esos Congresos ni, por supuesto, a enumerar ponencias, estudios y comunicaciones. Mi pretensión es ofreceros el impacto que todo ello tiene en el conjunto de nuestra legislación hipotecaria, y así voy a distinguir el efecto de los Congresos frente a la legislación propia, los posibles criterios de unificación, las soluciones que se recomiendan y los medios que se rechazan.

El tercer momento es casi noticia de actualidad. Al aprobarse una nueva Constitución en España se hace preciso intentar descubrir dentro de la misma las directrices que pueden marcar una orientación en la legislación hipotecaria o si en dicha normativa no existe ninguna referencia a ello. A poco que se piense en una posible enunciación de principios de publicidad, legalidad, ordenación de la propiedad, distinción entre Registros jurídicos y administrativos, etc., veréis que algo puede sacarse en conclusión. Este es mi propósito en el tercer momento que elijo.

Si a lo jurídico que encierra la exposición pudiera agregarle la jocosidad de la anécdota incluso podríamos pensar en pasar un buen rato, pero todo va a depender de la deportividad que pongamos: vosotros, al

escucharme con vuestro sentido del humor, y yo, al no cansaros con mis palabras. Por si sucede esto último pido perdón de antemano. Vamos con los momentos.

1. MOMENTO HISTORICO DOGMATICO

En la contemplación panorámica de las normas causa auténtica sorpresa cómo el concepto de «urgencia» con el que se publicaron no es el mismo, pues aquellas que vieron la luz en el siglo XIX, aún algunas siguen vigentes cumpliendo los cien años, mientras que las que han surgido en la plena inquietud y acelerada vida del siglo actual tienen que ser modificadas, alteradas o derogadas. ¿El legislador actual es de peor condición que el de antes? ¿O será que el concepto de la urgencia ha variado y lo que antes se consideraba urgente e importante hoy no es más que urgente y emergente? Sea cualquiera la postura que adoptemos no hay que olvidar que allá por el año 1855, un Real Decreto de 8 de septiembre de dicho año entendía que «pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que las leyes hipotecarias». Podemos por ello arrancar con la primera conclusión: estamos manejando una legislación de *carácter urgente*, pero en la que en su elaboración, discusión y aprobación no se utilizó ese pecaminoso sistema actual de trasladar la urgencia al campo de estudio transformando la meditación en improvisación. Ya sé que me diréis que al genio hay que darle su oportunidad, pero yo he conocido muy pocos genios, muchos Eugenios..., y con esto pasa lo mismo que con ciertos oriundos de una región española: los hay que ven crecer la hierba y los hay que se la comen.

Una legislación «urgente» y producto de un fracaso de codificación unitaria. Creo que se hace innecesario recordar que la legislación hipotecaria española debe su «autonomía» (y cito este concepto porque ahora está muy de moda en los predios ibéricos, de lo que antes era España y ahora un país, subdividido en países) al fracaso que supuso la proposición del diputado ESPIGA Y GADEA en las Cortes de Cádiz, el 5 de febrero de 1811, sobre la formación de un Código unitario, que ya recibe la Constitución de 1812. Pero ni don PABLO GOROSABEL, ni don MANUEL GARCÍA CAMBRONERO, ni la famosa «Comisión General de Codificación», sacaron a flote los proyectos legislativos que habían de convertirse en Código Civil. Por eso se optó por publicar una legislación «especial» sobre diversas materias, entre las cuales figura la hipotecaria. Estamos, pues, ante una legislación «urgente» y «especial». Esta especialidad estaba condicionada a que cuando se publicase el Código Civil, se incluiría en el mismo, cosa que no sucedió. La especialidad se compatibiliza, por su-

puesto, con el carácter de materia civil o parte diferenciada del Derecho de cosas.

Aparte de urgente y especial, fue *legislación ultramarina*, ya que con fecha 1 de julio de 1893 su contenido se vuelca, con leves variantes, en la llamada Ley Hipotecaria de Ultramar, aplicada directamente en Cuba, Puerto Rico y Filipinas. Creo que además podía predicarse de la misma que fue ley en la que se apoyaron e inspiraron otras muchas de Iberoamérica, Hispanoamérica o Latinoamérica. En el conocimiento de todos está la influencia, que por razones de brevedad omito y que estaba muy bien explicada y sintetizada en la obra de JOSÉ LUIS PÉREZ LASALA: *Derecho Inmobiliario Registral*, en su edición de 1965.

Me vais a permitir que para terminar de caracterizar a nuestra legislación apunte el viejo tema de si los principios que sirvieron de base a nuestra legislación fueron «inventados» o si los «importamos» y de dónde. Es la discusión de la posible *influencia germánica*, que ya en el año 1948, y en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires, desmintió RAFAEL NÚÑEZ LAGOS. En la publicación que el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España hace de las *Leyes hipotecarias y registrales de España*, tomo I, hay un estudio breve, pero muy importante, de un gran jurista español, cual es DÍAZ-PICAZO. El autor citado parte de la afirmación de que existe un tópico al señalar la posible tensión existente entre los principios de orientación romana o romanista y los jurídicos de filiación germánica en las sucesivas reformas hipotecarias, pues lo que de verdad ha influido en ellas hay que buscarlo en los «intereses económicos» (el interés en la protección del crédito territorial y el interés existente en el mercado mobiliario) que han movido la puesta en práctica de los principios jurídicos de publicidad y especialidad. Quizá ello le sirva para explicar cómo las leyes iniciales fueron en su mayor parte únicamente «leyes hipotecarias»; luego la publicidad de las hipotecas exige la de las mutaciones patrimoniales y de los derechos reales, y que sólo en un momento final o más tardío el Registro se convierte en un auténtico *Registro de la Propiedad* por un desplazamiento del centro de gravedad del interés de mercado de capitales al mercado de inmuebles. Este ciclo comprende las Contadurías de Hipotecas, las Leyes de 1861 y 1909 y, por último, la legislación vigente de 1944-46. En su trabajo, por último, llega a la conclusión de la casi imposibilidad de que lo que llamamos hoy principios hipotecarios germánicos proceden de la legislación de 1872, lo cual impide que pudieran ejercer un completo influjo en la primitiva Ley Hipotecaria de 1861-1869. El verdadero antecedente de la Ley Hipotecaria española hay que buscarlo en el Proyecto de Código Civil español de 1851, y en él se puede percibir una fusión de elementos de tradición romanista o francesa con

elementos germánicos, junto con las conocidas influencias belgas y ginebrinas.

Creo que nos basta para dar una visión panorámica de la legislación española su carácter de *generalidad*, pues en vez de admitir un posible Derecho foral hipotecario, lo que hizo fue ser considerada como general y aplicable a todo el territorio, al igual que sucedió con la Ley de Propiedad Intelectual, Ley de Aguas, Ley del Notariado, etc.

Diseñadas las notas que pueden predicarse en forma genérica de la legislación hipotecaria hay que echarla a andar y seguirla en dos fases de este momento primero que estamos abriendo ante vosotros: los logros y finalidades obtenidas y lo que aún nos queda por conseguir y subsanar.

A. REALIDADES LOGRADAS

Creo que he sido el que ha dicho que la legislación hipotecaria española—siguiendo la famosa frase de JOSEFF ESSER (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, 1961)—partió de un conocido problema de la *necesidad de una publicidad*; a su amparo se elaboró un *sistema*, vino posteriormente la *construcción dogmática* de los principios, y a su amparo fueron resolviéndose los *sucesivos problemas* que iban apareciendo. Para lo que hemos llamado articulación del sistema se partió igualmente de una serie de ideas matrices:

- Todo el conjunto normativo que había de elaborarse estaba presidido por la idea general de que lo inscrito tiene ventajas sobre lo que no está inscrito.

La fecundidad de esta idea y sus aplicaciones concretas la hace muchos años más tarde con singular maestría un gran hipotecarista con claridades meridianas: RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (*Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*. Conf. Centro Hipotecario, 1952).

- Había que elegir el módulo o la unidad que presidiese todo el sistema y que como eje fundamental pudiese hacer girar sobre el mismo toda la normativa. El historial jurídico que debía reflejar el Registro era necesario referirlo a la finca como elemento más permanente de la relación jurídica. El Registro había de llevarse por fincas, como así sigue en estos momentos, aun cuando la legislación urbanística haya planteado serios retos a la hipoteca al utilizar una terminología excesivamente técnica que, sin embargo, cabe en lo que doctrinalmente ha sido llamado «finca funcional».

- Se hizo necesario hacer surgir una especie de procedimiento que diera fortaleza a las relaciones jurídicas establecidas. Se basó en la idea de la publicidad «libraria», que iba a dar a conocer a todos lo que antes era clandestino, aparte de producir otras consecuencias jurídicas.
- Este sistema de ventajas, que consigo llevaba lo que podríamos llamar seguridad del dominio, se le hizo presidir por el sistema de la voluntariedad de la inscripción, dejando en libertad para acogerse o no a sus beneficios y «estimulando» la inscripción con los mismos.
- Al lado de ello había que crear un organismo que hiciera viable la realidad de las ideas. El organismo fue el Registro de la Propiedad. Primero sólo Registro y luego, en 1869, Registro de la Propiedad, pero siempre un Registro jurídico que se distanciaba y se distancia de los llamados Registros administrativos. De esta diferenciación hablaré luego un poco al abordar el tema de la Constitución española.

Surgido el problema y articulado el sistema, se pasa a la construcción dogmática de los principios hipotecarios. Aquí sí que es preciso dos citas concretas de autores de todos conocidos y por todos respetados: BIENVENIDO OLIVER y don JERÓNIMO GONZÁLEZ. El primero, a través de su obra *Derecho inmobiliario español*, en el año 1892 elige para su exposición el analítico-sintético o constructivo, que tienen por objeto presentar el conjunto de reglas o disposiciones que componen un cuerpo legal, «no en la forma primaria o imperativa en que aparecen escritas o promulgadas, sino convertidas o transformadas en instituciones jurídicas...». Estamos bordeando lo que la posterior doctrina ha llamado *principios institucionales*.

Don JERÓNIMO GONZÁLEZ, a partir del año 1917, en sus dos famosos estudios de todos conocidos, da realidad a la construcción de los principios hipotecarios en forma científica, llegando a niveles nunca alcanzados y mediatizando con sus aportaciones las futuras reformas de la actual y vigente legislación hipotecaria. La dogmática del momento marca un hito de auténtica gloria para la ciencia hipotecaria. La formulación sintética de los mismos podemos hacerla de este modo:

- Lo inscrito es verdad oficial frente a lo no inscrito. Esta verdad oficial está bajo la salvaguardia de los Tribunales y necesita de un doble ataque de la afirmación y de la inscripción. Estamos ante la legitimación.
- El que adquiere confiado en el pronunciamiento registral c ins-

cribe, a su vez, quedará protegido por la seguridad del tráfico con la que se explica la fe pública.

- Para que la seguridad del tráfico tenga una base en qué apoyarse, el Estado otorga una facultad de control a unos juristas preparados para su ejercicio. Ello puede generar la interposición del recurso gubernativo, que va a permitir—a través de las resoluciones de la Dirección General—dar entrada a esa nueva dirección dogmática de la «jurisprudencia de problemas».
- No es posible que todo este entramado de ofrecimientos de protección que el Derecho brinda sea aprovechado por quien obra deslealmente. De ahí que como eje del sistema esté el principio de buena fe.
- Para beneficiarse de la protección registral es preciso actuar con diligencia. Obtención de rango preferente o de preferencia exclusiva es el tributo a la diligencia. Es la prioridad.
- La concentración del historial de la finca en el folio destinado a la misma obliga a guardar un orden que relacione las sucesivas para que todas ellas vayan concatenadas, sin saltos. Estamos ante el tracto sucesivo.

Creo que con esto—y con el discutido principio del consentimiento—quedan perfilados nuestros principios. Su elaboración jurídica, hecha por don JERÓNIMO, fue sostenida posteriormente por la mayor parte de los hipotecaristas españoles, entre los que cabe citar, como más destacados, a MORELL Y TERRY, CASSO Y ROMERO, CAMPUZANO, ROCA SASTRE (con su impresionante aportación en su conocida obra de consulta) y otros muchos. De todas formas, el estudio del Derecho hipotecario se presentaba como materia reservada para aquellos juristas con bases especializadas. Debía ser tan difícil, que es muy conocida aquella frase de AGUSTÍN DE FOXÁ que al referirse a la Ley Hipotecaria decía que era «peor que la lepra y las culebras».

El allanar dificultades, el aclarar conceptos y el aportar claridades al estudio del Derecho hipotecario fue obra de RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL. Aportaciones importantes, pero foráneas, surgieron cuando NÚÑEZ LAGOS y SANZ FERNÁNDEZ brindaron sus correspondientes puntos de vista. El primero, con esa intencionada calificación del Registro de la Propiedad como Registro de títulos, y el segundo, con su ataque central a la teoría de los principios hipotecarios. En este grupo foráneo también se hace preciso citar a LACRUZ BERDEJO, que perfila el principio como norma y se vale de los mismos para su conocida teoría de la protección latina y germánica.

Creo que la publicación en España de una obra llamada *Tópica y jurisprudencia*, de WIEHWEG (T.), que prologa GARCÍA DE ENTERRÍA, en el año 1964, va a provocar en cierta parte de la doctrina española un intento doctrinal de precisión del juego o valor que han de tener los principios hipotecarios y del posible enfoque que ha de darse a los mismos en esa labor jurídica de la resolución de problemas. Recordáis que antes hablamos del problema, de la construcción del sistema y de la elaboración dogmática de los principios para desembocar en la resolución de los problemas. Es aquí donde la doctrina quiere llegar con la tesis de WIEHWEG, y frente a la jurisprudencia de conceptos, de intereses o de valores, se postula la jurisprudencia de problemas, que ya esboza, con aplicación clara en la de la Dirección General de los Registros, nuestro compañero PÍO CABANILLAS GALLAS.

Esta pauta marcada por tan ilustre jurista, que mantiene en una conocida conferencia en el Colegio Nacional de Registradores y luego desarrolla en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, es utilizada por TIRSO CARRETERO en su conocida ponencia del Congreso de Buenos Aires. Al hablar de los principios dice que si éstos fueran solamente deducciones-inducciones de ley positiva, ésta tendría cegada la vía de penetración de nuevos tópicos y el Derecho hipotecario se iría alejando de los problemas. Como recordaréis, propugnaba por una vuelta a la raíz latina de nuestro sistema hipotecario y por anteponer el problema sobre el sistema y considerar previo el Derecho a la Ley.

ABELARDO GIL MARQUÉS, componente de esta expedición de cortesía, aporta también a dicho Congreso su conocida tesis de la reducción del sistema hipotecario al de un solo principio: el de la seguridad del tráfico, que como principio problemático o de forma tópica acercaría nuestro sistema al de la realidad social, abandonando el de la dogmática. El, con su leal saber y entender, os dará luego una explicación de todo ello.

Y creo que aquí finalizan lo que podrían llamarse realidades del pensamiento jurídico hipotecario. De las otras realidades que la vigencia de la legislación hipotecaria ha ofrecido a los diferentes campos que con ella se relacionan vamos solamente a esquematizarlas enumerándolas, pues ellas exigirían un buen conocimiento de organigramas, gráficos, estadísticas, etc.

- *Lo que sucedió al publicarse la Ley Hipotecaria* de masiva incorporación de fincas al sistema registral, aunque luego tuviera un bache de interrupción del historial de las mismas, se volvió a producir con el aumento de las grandes concentraciones de poblaciones y la transformación de nuestra periferia en zonas turísticas de masiva asistencia. Lo cual demuestra

dos cosas: que el Registro es institución que ha calado en la sensibilidad del pueblo y que éste cuando adquiere una finca llega hasta la inscripción para asegurar su plenitud de titularidad.

- *El sector industrial español tuvo en el Registro* un gran apoyo a través de sus pronunciamientos, que brindaron una seguridad en orden a titularidades que facilitaron los instrumentos de crédito. Los campos de la industria minera, siderúrgica, hullera, naval, ferrocarriles, etc., son una prueba palmaria.
- *El sector agrícola y el urbano*, con respectivas leyes especiales, han tratado de que la institución registral sea un medio de favorecer esas seguridades que emanan de sus disposiciones.
- *Lo que ha representado la legislación hipotecaria* en orden a la percepción fiscal de impuestos estatales y municipales es problema de números, pero estoy por asegurar que la institución registral ha sido el auténtico medio—con el requisito de la previa liquidación—para evitar el fraude fiscal en los campos de los Impuestos de Transmisiones de Bienes, Sucesiones y Actos Documentados, así como en el arbitrio municipal de *plusvalía*.
- *Por último, y en forma genérica*, podríamos hablar del principio de la seguridad jurídica, con esa doble vertiente de la seguridad judicial del Derecho y la registral del tráfico jurídico. A través de esta última se ha logrado lo que podríamos decir *seguridad del Derecho*, ya que a medida que el número de inscripciones ha aumentado y la seguridad del tráfico las ha hecho *inatacables*, el pleito civil ha disminuido o desaparecido. GIL MARQUÉS sobre esto también tendría algo que decir.

B. LO QUE DEBE ALCANZARSE EN EL FUTURO

Sería un gran atrevimiento predecir lo que puede suceder en un futuro, pues de *legislaciones* con vigencias de siglos hemos pasado a *normativa* que se deroga apenas ha tenido tiempo de aplicarse. La evolución del mundo en todos los campos es o debe ser de tal naturaleza, que ya es difícil hacer caso a PORTALIS en su famoso discurso en defensa del Código francés cuando decía: «que es preciso ser sobrio en cuanto a novedades en materia legislativa, porque si ante una institución nueva es posible calcular las ventajas que la teoría nos ofrece, no lo es conocer todos los inconvenientes que sólo la práctica puede descubrir, y que

hay que mantener lo bueno, si lo mejor es dudoso...». Pero la voz de PORTALIS se desvanece en el umbral del legislador actual, que obedece órdenes de partido, pretende lograr una baza política o se deja arrollar por la angustia que impone la urgencia. Nada se puede predecir de nuestra legislación, pero sí intentar precisar aquellos *logros que se intentan alcanzar* en unas sucesivas reformas y que rozan puntos tan importantes como el constante problema del *Catastro*, la situación de *prehorizontalidad*, la *mecanización* de las oficinas y otros puntos que citaremos seguidamente:

- a) *El tema—viejo tema—de la coordinación del Catastro con el Registro está* anclado con raíces que no facilitan la deseada normalización entre estas instituciones. Cuando dos instituciones que dependen de diferentes esferas *ministeriales* y tienen cierta autonomía es muy difícil lograr una coordinación. Ceder derechos es algo que no entra en esos campos y que es consustancial, por ejemplo, con el amor, la amistad, etcétera.

Había propuesto partir de datos registrales, ya que los Catastros no suelen coincidir con éstos nunca o casi nunca, y de ahí y mediar la utilización de esos magníficos planos que el Instituto Geográfico y Catastral (hoy creo que ya no se llama así en nuestro afán de cambiar símbolos y denominaciones) emite y los medios que la máquina electrónica y las computadoras permiten llegar incluso al dibujo en pantalla del contorno de la finca, si es rústica, y la ubicación clara y contundente si es urbana. Por un lado, creo que marcha el inventario fiscal a efectos de impuesto, y, por otro, el Catastro y el Registro. *Me han dicho hace unos días que está ya elaborado el anteproyecto sobre este punto*, pero desconozco en absoluto su contenido.

- b) *El reto del urbanismo y las urbanizaciones es otro problema a resolver*. Es curioso cómo la raíz de todo ello reside en un desconocimiento del legislador de lo que es y significa el Registro de la Propiedad. El legislador ha sido un *técnico* que quizá haya podido alcanzar alturas de perfección, pero que al operar con *polígonos* y no con fincas hace *rechinar* el intento de acercamiento del urbanismo al Registro.

Parecía que la nueva Ley del Suelo en su versión última iba a facilitar la labor, pero resulta que no ha sido así. Los conceptos de *plan*, la *licencia administrativa* para la construcción, esos proyectos de *cédula urbanística*, el *Libro Re-*

gistro, la clasificación de los terrenos, etc., sin una auténtica armonización urbanística y registral está creando auténticos problemas. El Reglamento de Disciplina Urbanística de 18 de septiembre de 1978 es un serio obstáculo para una debida armonización con el Registro.

Creo que ya va para el tercer proyecto o anteproyecto de Ley que regule la forma jurídica de las *urbanizaciones* y su reflejo registral. Ahí queda la problemática en espera de una resolución, pues hasta ahora lo que de verdad se ha considerado importante es el problema interno de llevanza de los Registros.

Yo había propuesto en alguna otra ocasión que lo que el urbanista llama «*cédula urbanística*» acreditativa de la titularidad de una finca o de una parcela se fabricase desde el Registro de la Propiedad, a través de una *certificación* que, presentada en el órgano urbanístico correspondiente o en el respectivo Ayuntamiento contuviese una diligencia de la calificación urbanística que aquel terreno merece y de las limitaciones que le afectan. De esta forma podría empezar a funcionar un sistema que administrativamente está muy lejos de poder ser alcanzado.

- c) *Otro tema acuciante es el de la prehorizontalidad, y si lo cito es porque vosotros los argentinos estáis en vías de su resolución o casi solución. Múltiples trabajos se ofrecen a este respecto para procurar una solución justa. En España aún queda la solución por resolver. Mi aportación en este punto está en la Ponencia que ofrecí en Puerto Rico (bueno, Ponencia no era, ya que la oficial la llevó un Catedrático de Derecho Civil que no debió de ser del agrado de todos), en la cual centraba la idea de que las medidas de seguridad frente al adquirente deberían estar en esos momentos diversos en los cuales el promotor obtenía el crédito bien del Banco, a través de la hipoteca, o bien de los particulares, que le iban anticipando cantidades a cuenta. Os cito—y me avergüenzo de la cita—del Real Decreto de 21 de septiembre de 1978, donde se pretende apoyar con medidas urgentes a la vivienda. Se trata de una norma que desconoce absolutamente la realidad, dictada con el único fin de que lo que puede suponer garantía jurídica no salga excesivamente oneroso, cuando lo oneroso es todo lo anterior.*

- d) *La mecanización de oficinas.* Aquí sí que tengo yo que hacer una cita que a la Delegación española le hubiera preocupado en el II Congreso Internacional, como le preocupó a la argentina lo de mi «*show traumático*», pero que dimos por no «*oída*», y fue la de que nuestros Registros se llevan «*por tracción de sangre*». De todos es conocido el origen, y no voy a insistir en ella, pero la destaco porque quizá fue un aliciente para que comenzásemos a renovar nuestro «*utillaje*». Fue quizá ese golpe de espuela que muerde la carne del caballo la que motivó unos Decretos, unas órdenes y otras disposiciones sobre *mecanización* de nuestros Registros, mejor de nuestras oficinas. Se ha llegado a la hoja intercambiable, a la escritura a máquina, a la reproducción vía cinta magnetofónica de inscripciones y a las aplicaciones de todo ello en la formación de un *fichero de personas y fincas*. Y, para que no digasis, el Registro de venta a plazos funciona con un *ordenador* con apoyo electrónico hace tiempo.

Sigo creyendo que todas estas medidas y más que se irán dictando en lo sucesivo no son soluciones: *son alivios para el trabajo*, suponen introducirnos en el campo de la técnica que avanza con tal rapidez que lo que hoy creemos «*última noticia*» se convierte en veinticuatro horas en «problema superado».

A mi entender, lo que podríamos llamar *esencia* jurídica de la institución debe mantenerse a *toda costa*. La gran servidumbre, pero también la grandeza, de la calificación que presupone el rigor del principio de legalidad debe ser esencialmente respetada e incluso ampliada a determinados documentos (administrativos y judiciales) dignos de todo respeto, pero faltos de unas exigencias de *especialización* que la vida ha impuesto por la amplitud de la norma.

No me atrevo a decir más. Quizá fuera necesario un reajuste de las excepciones al principio de fe pública, una solución más amplia del tracto, un nuevo planteamiento del carácter de la inscripción, aparte de la problemática que van a plantear las Comunidades Autónomas en regímenes, concursos, idiomas, disciplina, etc.

II. MOMENTO DE CONFRONTACION INTERNACIONAL

Yo, y algunos de los que me acompañan, recuerdan con auténtica emoción la sesión inaugural del I Congreso Internacional de Derecho Registral y cómo los asistentes, puestos en pie, entonaban el himno nacional argentino. La Delegación española venía muy nutrida, con casi cincuenta miembros, y se la situó en el centro de la sala de Congresos. A la derecha tenía a la Delegación argentina, y a la izquierda, las demás delegaciones.

Veníamos sin entrenamiento de diálogo, y nos sorprendió esa capacidad de repentización con que los argentinos formulaban sus pronunciamientos registrales. Era como si desde el córner, o esquina, de un campo de fútbol se bombeasen balones sobre nuestra portería. El esférico llegaba una y otra vez con cierta violencia; pero a lo último, como dijo nuestro hábil parlamentario Pío Cabanillas, Nuestra Señora del Buen Aire, Patrona de Buenos Aires, sopló el viento favorable y cristalizó en la conocida Carta de Buenos Aires.

Yo recuerdo que en la sesión final el Dr. FONTBONA, que había consumido casi todos los turnos de intervención, tuvo la gentileza de sentarse en la parte reservada a la Delegación española, y yo entonces le conté la anécdota. Cuando al general Sanjurjo, que estaba destinado en Sevilla de capitán general, le hacen director general de la Guardia Civil, le van a despedir a la estación infinidad de gente, y entre ella un grupo numerosísimo de gitanos. Todos sabéis la enemistad manifiesta existente secularmente entre la Guardia Civil y los gitanos, como la demuestra el famoso poema de Lorca *Antoñito el Camborio*... Pues bien, uno de los gitanos se adelanta, le alarga la mano a Sanjurjo y le pregunta: «¿Usted también, don José, se pasa al enemigo?» Y eso es lo que yo le dije a FONTBONA, aunque él, muy cordialmente, me contestó: «Los españoles no han sido nunca nuestros enemigos, sino nuestros hermanos.»

Al yo escribir una especie de crónica de lo sucedido en Buenos Aires, y sobre todo la impresión que me había producido su Registro mecanizado, llamé a los argentinos *bonaerenses*, y al espectáculo registral, «*show traumático*». Esto hizo que la Delegación argentina arribara a España en el II Congreso internacional con la bandera de la indignación levantada contra mí y que yo me sintiera triste en ese Congreso. Yo, que me he recorrido medio mundo y que al único sitio que prometí volver fue a *Argentina*, por lo auténticamente dichoso que me había sentido en vuestra tierra, aparte de por beberme una botella de vino que un compañero nuestro no nos dejó beber porque le pareció cara (y este hecho puede testimoniarlo Martínez Pasalodos), me vi privado momentáneamente de

esta posibilidad. Notaba en los ojos de Scotti, Calandra, Falbo, Fontbona, etcétera, una especie de acusación, quizá la misma que los cristianos sintieron al ser perseguidos en su primitiva época de las catacumbas. Condición de perseguido y no de protegido: ¿cómo iba a volver a Argentina? Se me presentó la ocasión de explicar un poco mi postura y mi frase al recensionar el libro de GARCÍA CONI *Derecho registral aplicado*, y esa recensión que hice montado encima de *Rocinante* y apretando las bridas para que no se me desbocase, explicaba que lo de *show* era ni más ni menos que un espectáculo que yo había presenciado y que no tenía que relacionarse con los que se exhiben en salas de fiesta y sitios semejantes. Lo del traumatismo era más claro todavía, pues para un hombre que se ha pasado media vida estudiando Derecho hipotecario, millonario en horas de estudio, fue un fuerte golpe el que me ofrecieran todo ello mecanizado, casi industrializado. Lo que queda en mí de jurista recibió un *duro golpe*. Lo de bonaerense era ya más normal, pues así como a los españoles les llamáis «gallegos», en España a los argentinos, sin querer, los identificamos con los bonaerenses.

No sé si estas aclaraciones, por supuesto creíbles para todo aquel que haya seguido mi sentido del humor en recensiones y comentarios, fueron suficientes, pero en Puerto Rico noté que ya había dejado de ser «perseguido», para ser «protegido» o, por lo menos, para seguir siendo hermano y no pasarme al enemigo.

He querido destacar estas impresiones personales de los Congresos Registrales que ofrecen el contraste internacional de nuestra legislación hipotecaria. Como recientemente en Madrid se ha celebrado una especie de Congreso llamado «Novena Conferencia sobre Derecho Mundial», y uno de los puntos tratados era el llamado «Derecho inmobiliario internacional», pienso que puede ser importante ofreceros una síntesis de lo que yo hice, negando la existencia actual de un Derecho internacional en este sentido, pero demostrando cómo en el campo internacional se habían elaborado ciertas conclusiones o principios, que podemos resumir de la siguiente forma:

A. RESPETO A LA LEGISLACIÓN PROPIA

La «Carta de Buenos Aires», que como documento final culminó el Congreso Internacional de Buenos Aires en el año 1972, recogía esta primera premisa imprescindible para el posible logro de una posterior unificación: *la idiosincrasia* de cada país para regular los diferentes modos de la constitución, adquisición, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles. Esta afirmación, que se recoge

en el punto VI de la Carta, también viene reflejada en el IV, al dejar a cada una de las legislaciones la modalidad y valor que a la inscripción en los Registros públicos de bienes ha de dársele. Igualmente se refleja este sentido de respeto en las conclusiones XVIII y XIX, hablándose en la primera de *legislaciones nacionales*, y en la segunda, de garantizar el cumplimiento de sus disposiciones.

La misma idea apuntada se hace patente en el «Proyecto de Ley Uniforme de los Registros Públicos de Bienes» (sensacional avance en el campo de la idea de unificación), redactado en el Congreso de Derecho Registral de Madrid celebrado en el año 1974. El segundo de los puntos mantiene la constante preocupación del principio del respeto apuntado, y así habla en su último inciso de *respeto debido al orden público interno y a las peculiaridades de las distintas legislaciones*. De la trascendencia que este proyecto de «Ley Uniforme» tenía, creo que puede servir ahora aquella frase que el punto tercero contenía y que literalmente decía: «responde al propósito claro y explícito de dar nuevo impulso al proceso de universalización del Derecho registral».

El Congreso de Puerto Rico, celebrado en el año 1978, parte igualmente de la misma línea impuesta por el primero, y en las diversas conclusiones a que se llega sobre «los principios básicos en los Registros jurídicos de bienes», problemática sobre «la prehorizontalidad» y la «instrumentación de los derechos inscribibles», se hace plena declaración del respeto y admisión de los «diversos sistemas registrales».

B. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN

La diversidad legislativa de los diferentes Estados y la distinta organización de la propiedad dentro de los mismos obligaba a un estudio lleno de matizaciones donde pudiera quedar claramente definida la posible unidad, permitiendo la formulación de un principio de carácter universal. De esta forma se fue perfilando la «Carta de Buenos Aires», de la cual se han ido llevando a buen puerto las conclusiones de los otros dos Congresos. Por vía de ejemplo, creo que habría que destacar los siguientes puntos:

- a) *Se acepta la existencia como disciplina independiente al Derecho registral, que no sólo contiene en su normativa reglas de carácter privado, sino emanadas del público, ocupándose singularmente de la dinámica de los bienes y de la seguridad del tráfico. La informan un conjunto de principios.*
- b) *Más importante que la anterior conclusión es la fijación y especificación que se hace sobre la «institución registral»,*

ya que en ella se viene a separar lo que es un Registro jurídico y lo que no pasa de ser un Registro administrativo, singular distinción basada en los efectos que cada uno protege. No puede aceptarse la tesis de que porque ambas instituciones estén reguladas por unas normas, ambas deben ser jurídicas. Precisamente la publicidad que, como efecto sustancial, ofrecen los Registros jurídicos, separa a unos y a otros y da rango de jurídicos a los que la provocan.

- c) *En un orden más concreto y específico* se aceptan como *bases unitarias*, a las que deben someterse las legislaciones, las siguientes: la utilización del folio real o ficha real, la inscripción obligatoria, la calificación registral, la prioridad, la publicidad y el principio de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia y su modificación—a falta de consentimiento del titular—sólo puede hacerse por sentencia firme.

C. SOLUCIONES QUE SE RECOMIENDAN

Había un punto concreto sobre el que tanto en el primer Congreso, como en el segundo, se discutió muy a fondo por ser una peculiaridad de uno de los países participantes. Nos referimos al principio de *reserva de prioridad*, mediante la expedición de una certificación registral que cierra provisionalmente el Registro.

Las dificultades que la aceptación de esa peculiar forma de entender el principio de prioridad hizo que solamente en forma de recomendación se concluyese por el reconocimiento de la conveniencia y utilidad de esa reserva de prioridad, considerando cada legislación la posibilidad de adaptar la misma a las peculiaridades de su sistema jurídico.

D. MEDIOS QUE SE RECHAZAN

Aunque estaba latente en los dos primeros Congresos la necesidad de un pronunciamiento sobre estos puntos, no se llegó a su plena, clara y decisiva afirmación hasta el tercero de Puerto Rico, donde se rechazan de plano el sistema de instrumentación privada y la forma protectora del seguro de títulos. Las razones por las cuales el Congreso de Puerto Rico se pronuncia en esta forma podríamos sintetizarlas de la siguiente manera:

- *Aunque ha sido objeto de mucha crítica la doble intervención de funcionarios con idéntica preparación en las dos fa-*

ses que tiene la contratación (redacción del instrumento y registración del mismo), es evidente que la doble intervención de estos profesionales especializados no ofrece más que una superposición de garantías necesarias para que el Estado se cerciore de que el principio de presunción de titularidad que provoca la publicidad se asiente sobre bases reales.

Aparte de ello, la documentación judicial y administrativa, también sujeta a inscripción previa la correspondiente calificación, dejaría de estar en paridad con la notarial, y la distinción sería peligrosa en orden a la calidad de juristas de orden judicial o administrativo, que por no tener «paridad» de conocimientos con el funcionario registral debería quedar sometido a la calificación. El argumento conduce al absurdo.

Creo que aquí podían resumirse con COSTA los tres graves inconvenientes del documento privado: la facilidad de falsificar firmas y de negar después las verdaderas, la de antedatar su fecha en perjuicio de tercero y la falta de matriz que limita o excluye la posibilidad de una copia. Aparte de ello, en el terreno de la práctica notarial hay que destacar la gran labor constructiva que a través del mismo se viene realizando en pro de un ordenamiento legislativo de carácter progresivo.

- *El sistema del seguro de títulos*, propio del ordenamiento norteamericano, es rechazado de plano por el Congreso Registral de Puerto Rico, sobre la base de ser un sistema sucedáneo de seguridad, no del Derecho, sino del valor del Derecho. En diversos estudios sobre la materia, se destacan los tres grandes defectos que aconsejan abandonar el mismo:
 - 1.º Defectos del proceso de transmisión. Todos ellos se manifiestan en las diversas etapas del proceso y afectan a la inseguridad de las transmisiones, a la lentitud del proceso de transferencia, a la onerosidad, a los riesgos de la doble contratación, a la anulabilidad latente y a la intransferibilidad del contenido real.
 - 2.º Derivados de la ausencia de la intervención notarial. En el fondo surgen de la falta de garantías que la contratación tiene cuando no se hace ante funcionario que cubre con su fe la autenticidad de ciertos hechos y manifestaciones. Falta una previa «calificación», existen facilidades para el fraude, dificultades probatorias, con fomen-

tos de litigio, defectuosa formalización de documentos, etcétera.

- 3.º Derivados del propio sistema jurídico. Residen en la divergencia existente entre el interés específico del titular y el típico garantizado, así como en la ineficacia de los medios jurídicos para superar aquella discordancia.

El estudio a que nos referimos, del que es autor VÁZQUEZ BOTE, concluye con el examen de los dos tipos o modalidades, y que ocupa las dos vertientes del seguro: con póliza de propietario y con póliza de garantía de préstamo.

Es de destacar cómo en el II Congreso Internacional de Derecho Registral, en el artículo 28 del Anteproyecto de Ley Uniforme de los Registros Jurídicos de Bienes, se aceptó la posibilidad de un sistema de seguro que garantice la indemnización de daños y perjuicios a los intereses legítimos producidos por la aplicación de esta ley; pero hemos visto cómo esta propuesta ha quedado en cierto modo relegada ante los inconvenientes vistos por el III Congreso Internacional de Derecho Registral, postura que ahora se ratifica en esta aportación.

III. MOMENTO CONSTITUCIONAL

La aprobación y puesta en rodaje de una Constitución es hecho importante desde el punto de vista político, dudo que lo sea desde el jurídico y, por supuesto, me niego a creer que ello suponga la solución de todos los problemas que la vida de una nación ofrece. Pero desde nuestra parcela, que es la que nos interesa, ya he demostrado en otra ocasión que la actual Constitución española no es una fuente del Derecho y sólo una normativa que contiene la enunciación de una serie de principios o pautas a seguir por la legislación que la dé vida y desarrolle. Lo demuestran varios de sus artículos y el espíritu general que la informa.

En general, no puede decirse que sea mejor o peor que otras vigentes; sí cabe apuntar que, desde el punto de vista jurídico, es imprecisa, apresurada y llena de lagunas. Si gramaticalmente de ella ha dicho el senador digital CAMILO JOSÉ CELA que «el texto constitucional remitido al Congreso es triste, aburrido e innecesariamente hortera...», desde el punto de vista nuestro es el gran descrédito de los juristas que en su redacción intervinieron pueden recibir. Pero como aprobada está y entró ya en vigor, veamos su panorámica ante la legislación hipotecaria.

El juego de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 se monta sobre unos principios *constitucionales* y otros *institucionales*. Den-

tro de los primeros están los que definen las relaciones entre la organización social y el Estado y los informativos o directrices (*guides*) que vinculan al legislador, aunque no al individuo, hasta que no se incorporen al Derecho sustancial o material. Dentro de los institucionales, que son los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución y los que dan solución en caso de insuficiencia de ellas o de lagunas en las mismas. La doctrina hasta ahora más reciente opina que todo lo que la Constitución entiende como *Derechos y deberes fundamentales*, *Derechos y libertades* y *Principios rectores de la política social y económica* son o pueden catalogarse como principios constitucionales, debiendo buscar los institucionales en aquellas instituciones a que se refiere concretamente la Constitución: familia, propiedad, etc. No obstante, en el artículo 9 de su título preliminar se formulan unos principios de carácter muy general y que pueden ser calificados como jurídicos: principio de legalidad, jerarquía normativa, publicidad, irretroactividad, seguridad jurídica, etc.

Las vinculaciones que la legislación hipotecaria proyecta sobre el problema constitucional son, a mi entender, bastante claras, aunque quizá no estén formuladas con esa intención: la reserva que con carácter exclusivo hace el Estado español para regular los Registros públicos, permitiendo, como veremos desde su texto, la diferenciación entre los *Registros jurídicos* y los *administrativos*; *el principio de la seguridad jurídica*, que comprende, como veremos, el de la seguridad del tráfico; *el principio de la legalidad*, que inevitablemente lleva consigo el reconocimiento de la función calificadora y esa temeraria formulación del respeto al derecho de propiedad, cuya delimitación vendrá dada por su función social. Vamos, en breve síntesis, a ofreceros unas ideas sobre todo esto que van a marcar el futuro de la institución registral:

- a) *El Estado español se reserva con carácter exclusivo*—según dispone el artículo 149, 8.º—o con competencia exclusiva la facultad de regular o dictar normas sobre la «ordenación de los Registros e instrumentos públicos».

Creo que la expresión es poco afortunada, pero tal y como está formulada, necesariamente tiene que referirse a los Registros jurídicos, ya que la frase va enlazada con el «instrumento público» o notarial por excelencia (todos hemos estudiado que por instrumento público hemos de entender aquellos documentos notariales que se incorporan al protocolo notarial y no otros), y como, en general, la inscripción en los Registros jurídicos está unida inevitablemen-

te al previo otorgamiento del instrumento público, parece evidente que sólo a éstos se está refiriendo.

Fijaros que hay un artículo, el 105, por más señas, que en su apartado B) ya se define en forma clara sobre lo que la Constitución parece entender—aunque no lo diga—qué es Registro jurídico y qué es Registro administrativo y archivo. Cuando habla de los primeros, lo hace en forma general, pareciendo dar a entender que se trata de los jurídicos, mientras que cuando habla de los segundos, los adjetiviza con el carácter de administrativos y los sitúa—a efectos de acceso de los ciudadanos a los mismos—a los archivos.

No creo que sea el momento propicio para plantear esta distinción, pero sí me hubiera gustado abordarla, pues yo creo que no hay un criterio seguro y acertado sobre este punto. De todos es conocida la tendencia administrativista de intentar unificar el Derecho registral, presuponiendo que todos los Registros responden a unos mismos principios y que todos deben tener una normativa común. El trabajo más importante a este respecto en nuestra patria es el que ya he citado en otras ocasiones: MIGUEL MONTORO PUERTO, en su tratamiento unitario de la actividad registral. Este trabajo, hecho bajo la tremenda realidad de la penetración pública dentro del Derecho privado, junto con ciertas conclusiones terminológicas de LÓPEZ MEDEL, AMORÓS GUARDIOLA y PASCUAL MARÍN, así como GONZÁLEZ PÉREZ, desembocaron con una afirmación que cada vez que la leo renuncio a mi condición de lector, como antes se renunciaba a Satanás, a sus pompas y a sus obras... Me estoy refiriendo a la que hizo JOSÉ MENÉNDEZ en Puerto Rico en su ponencia o comunicación y casi en su arranque: «Con frecuencia se acude al sencillo expediente de oponer los Registros jurídicos a los Registros administrativos para justificar en estos últimos la ausencia de unos principios informadores y la escasez de garantía jurídica. Creemos que es llegado el momento de frenar la diáspora de la muchedumbre de los apellidados Registros administrativos. Si pensamos que todos ellos (al igual que el de la Propiedad y los tildados jurídicos) están constituidos y se rigen por disposiciones normativas, habremos de concluir que, en definitiva, todos los Registros son jurídicos, porque no hay razón para esoterizar el concepto de lo jurídico con significados minimizadores de alcance pseudocientífico». Es decir, que para

este autor se identifica lo normativo con lo jurídico, y así, por ejemplo, un Registro farmacéutico, un Registro de barcos, un Registro policiaco, por el hecho de tener una normativa que lo regule, se hace sin más jurídico.

A mí todo esto me suena a *barbarismo* o quizá es que yo esté ya deformado científicamente. Hice hace tiempo una introducción para precisar lo que debía entenderse por jurídico frente, por ejemplo, a lo fiscal y lo urbanístico. Recuerdo que arrancaba equiparando el término jurídico con lo que atañe al Derecho o se ajusta a él. Lo que ya no es posible es identificar el Derecho con la norma, pues partiendo de esa identificación tendríamos que considerar como jurídico lo que se ajuste a ella, y vamos a tratar de demostrar que no toda norma es Derecho y que dentro de éste puede existir uno justo y otro injusto. Jurídico sería lo que «se ajusta a un Derecho justo».

La pretendida nota de publicidad que se predica como unitaria para toda clase de Registros es un total desconocimiento de los diferentes matices que aquélla tiene, pues desde la publicidad noticia a la publicidad efecto hay un largo trecho. Y a esa publicidad efecto es donde hay que llegar para empezar a pensar en algo que sea jurídico. Si el contenido del Registro se entiende pleno frente al adquirente que reúna determinados requisitos, es preciso tratar de averiguar si ese efecto es jurídico, es justo, es Derecho y no norma, y la justificación viene dada, como todos sabéis, por el principio genérico de la seguridad jurídica, que comprende, de una parte, la del Derecho, y de otra, la del tráfico jurídico. Esta es la razón por la que se sigue distinguiendo, afortunadamente, entre Registros administrativos y Registros jurídicos (citar el Real Decreto de 29 de junio de 1978).

- b) *El segundo punto* en el que la Constitución española parece apuntar—sin pretenderlo, por supuesto—al Registro de la Propiedad es cuando afirma como principio inmutable el de la seguridad jurídica, a que se refiere el artículo 9. La Constitución habla en diversos artículos de *garantías*, respeto, protección de derechos y hasta de *seguridad*; pero solamente en ese artículo citado se califica a la seguridad de jurídica, lo cual nos lleva a la conocida tesis de que en dicha locución se comprenden ambas seguridades: las del Derecho y las del tráfico. De no entenderlo así—y pensar

que sólo a la seguridad del Derecho se refería—, el principio no tendría el alcance programático que lo inspiró.

- c) *El tercer punto* se refiere al principio de «legalidad», al que también se refiere el artículo 9 de la Constitución. Este principio, según algunos autores, supone el otorgamiento a la Administración de poderes jurídicos emanados de la ley, definiendo exactamente sus límites. La Administración actúa en ejercicio de ese poder, precisamente al servicio de la ley y dentro de esas fronteras. Esta postura, que defiende LACRUZ BERDEJO, se me ocurre que es exacta cuando a la Administración se aplica; pero hay que dar un alcance mayor al mismo, ya que el principio de legalidad aplicado al Registro de la Propiedad concede al funcionario que lo ejerce un poder de calificación, mas a diferencia de lo que sucede en los actos administrativos, aquí el funcionario no actúa en nombre del Estado y sí en su propio nombre y bajo su exclusiva responsabilidad.

Como vemos, la Constitución flaquea a la hora de precisiones. Y aunque es lógico que al hablar de la legalidad lo haga en forma genérica, lo que ya resulta inadmisibile es que en el artículo 22, 3.º, al hablar de las asociaciones, se diga que deberán inscribirse «en un Registro a los solos efectos de la publicidad». ¿Qué entenderá el legislador por esos solos efectos de la publicidad? ¿Se refiere a la publicidad noticia o a la publicidad efecto?

- d) Quizá el punto más problemático sea el referente a la propiedad privada y su reconocimiento. El artículo 33 parte del reconocimiento de la propiedad, pero sujeta la misma a la función social, la cual «delimitará» su contenido.

La tesis conocida de la «delimitación» del dominio, puesta en circulación por WESTERMAN y dada a conocer en España por GARCÍA DE ENTERRÍA (*La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo*, ADC, 1958), supone que en un futuro los planes de urbanismo precisen el contenido de la propiedad, y que al estar este contenido señalado por la norma, no será preciso una publicidad registral. Es la culminación del asalto definitivo del Derecho público frente al privado. La propiedad se convierte así en una especie de Derecho vacío en espera que el contenido lo determine. Viene a ser la imagen que señalaba ALVARO D'ORS: el propietario cede su puesto al funcionario. La teoría de las limitaciones demostraba fácilmente la existencia de la propie-

dad, pues sólo lo que existe puede ser limitado; pero la de las delimitaciones hace desaparecer ese Derecho, convirtiéndose en una fiducia o en un aprovechamiento de cosas comunes.

De cómo todo ello tenga desenvolvimiento en las leyes que se irán promulgando va a depender en un futuro la dimensión del Registro y su función, pues aunque se ha dicho con mucha razón que nuestra institución es aséptica y que lo mismo sirve para proteger la propiedad de carácter individualista que la con matices sociales—según afirmaba RAMÓN DE LA RICA—, también es muy cierto que ese cuerpo de técnicos de la Administración vinculados al Ministerio de la Vivienda está en plena forma para acaparar el manejo de la contracción y el control registral de todo ello. Un poco antes de publicarse la Constitución y con fecha 18 de septiembre de 1978, se publican los Reglamentos complementarios de la Ley del Suelo, a los que antes hemos aludido, y en el recorrido de su articulado le tiembla a uno el pulso al ver lo intencionado de su redacción. Afortunadamente, creo que será difícil su aplicación.

La disposición transitoria 13 de la Ley del Suelo nos había brindado la posibilidad de adaptar el sistema, pero tal posibilidad se ha esfumado, ya que preocupados por una remodelación de la función calificadora y tres reformas sin importancia, se echó encima la Constitución con su amenazadora teoría de la «propiedad delimitada».

Termino con una anécdota sobre condecoraciones. Si se la dieran a un «inglés», sería un orgullo para Inglaterra. A un «francés», supondría un regalo para la humanidad..., y si se la conceden a un «español», la gente comentará: debe tener muchas recomendaciones.

Gracias por todo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

Proyección histórica y actual de las funciones autenticadoras^(*)

Siempre el jurista, en cualquier momento de su vida, se plantea el problema de la justificación de su función. Y este planteamiento, que nos obliga a reflexionar para nosotros mismos, en lo íntimo de la conciencia, nos lleva a una determinada situación psicológica, que simplificando se puede traducir en una valoración positiva o negativa. Es en realidad la búsqueda sincera de lo que somos, de lo que hacemos y de lo que aportamos a la sociedad. Es, en definitiva, de si colaboramos a la idea suprema de Justicia, que es la que justifica la existencia del Derecho.

El problema en sí no es teórico; lejos de ello, el planteamiento es práctico: nos puede «tranquilizar» o «intranquilizar», según apreciemos nuestra actuación.

Por eso es a veces necesario el planteamiento histórico. Pero el planteamiento histórico sería incompleto si se limitase a analizar el pasado. Lo más importante de la historia es que también nos puede aclarar el presente y nos prepara para el futuro. Y si esto es necesario en todas las ramas del Derecho, lo es más incluso en aquellas especialidades, como el Derecho notarial y el Derecho registral, que actúan no en exclusiva, pero sí fundamentalmente, en la dinámica de los derechos.

Es por eso que considero necesario el adelantar un esquema que sea válido para adentrarnos en su estudio, a base de distinguir unos cuantos puntos fundamentales que hagan más fácil recorrer el camino:

En primer lugar, voy a exponer sucintamente la justificación histórica de los sistemas.

(*) Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Escribanos de la ciudad de Córdoba (República Argentina) el día 23 de noviembre de 1979. Al ser la síntesis necesaria de un trabajo más amplio que no he terminado, he preferido publicar la conferencia tal como fue expuesta, prescindiendo, a propósito, de citas doctrinales y bibliográficas.

En segundo término, la influencia de los respectivos derechos internos y sistemas políticos.

Y en tercero, la superación de las particularidades y el anhelo unificador, terminando con una exposición de los resultados que nos anime a seguir por el camino emprendido, y explicando, en mi modesto criterio, lo que significa en realidad la función notarial y registral dentro del orden jurídico, que aunque expondré con relación al Derecho español, puede tener valor ejemplar para cualquier nacionalidad.

En cuanto a la justificación histórica de los sistemas hay que empezar diciendo que tradicionalmente se han distinguido dos tipos de derechos: derechos reales y derechos personales.

La «diferenciación» de estos derechos tal vez se encuentre en que la posición espacial del objeto es fija y concreta en el derecho real (pertenece al mundo de las cosas), y ambulatoria y fungible en el derecho personal (pertenece al mundo de los actos).

Los primeros son perpetuos o, al menos, de duración temporal o indefinida. Los personales son de carácter temporal. Ambos tienen la nota común de que son invisibles.

A consecuencia de esta nota común, su invisibilidad, se ha intentado por los juristas hacerlos visibles. Es decir, que se vean por todos. El esfuerzo de la técnica jurídica no ha consistido más que en hacer visible lo invisible: ya amparando, en general, la posesión; ya regulando jurídicamente la existencia de signos externos, como en las servidumbres aparentes; ya dando valor a las situaciones permanentes de estado; ya creando medios técnicos, como el documento notarial o los Registros jurídicos.

Y esto es tan cierto que basta volver los ojos a la historia para darse cuenta.

Bajo nuestra visión, como en una panorámica de síntesis, basta recordar la evolución histórica del Derecho romano y del Derecho germánico para apreciar cómo los modos de adquirir la propiedad y los demás derechos reales son el resultado de unos esfuerzos imaginativos para dar consistencia real y apreciable a lo que únicamente existía en el mundo de las palabras y de las ideas (de los actos).

Los romanos, grandes juristas, no acertaron el camino. Intentaron, a través de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, representar escénicamente las transmisiones. Acudían a los símbolos en la *mancipatio* y al Juez o autoridad en la *in iure cessio*, simulando en esta última una demanda del adquirente y un allanamiento del transmitente. Ya no intervienen sólo las partes interesadas. Se da entrada en el negocio a la autoridad judicial, que a modo de testigo público cualificado presencia la celebración del acto y podrá testificar en cualquier tiempo que aquello ocurrió, siendo más apreciable su testimonio que el de cualquier particular. Si el Juez

lo dice ya existe una apariencia de veracidad, y en caso de que se impugne la transmisión goza ya el adquirente de una especie de presunción *iuris tantum* que le ampara frente a todos.

Cuando se espiritualiza el sistema romano de transmisión a través de la *traditio*, hay un regreso en la seguridad de las transmisiones que se compensa con la facilidad en que se admiten, pero que necesariamente lleva a buscar otras soluciones, ya que el progresivo avance de la circulación de la riqueza necesita nuevos medios, más seguros, para que el tráfico jurídico quede garantizado.

El esfuerzo del Derecho romano en este sentido es baldío. No llegan sus juristas a encontrar un medio técnico que satisficiera las necesidades del comercio jurídico. Su error fundamental consistió en que al ser la propiedad y los demás derechos reales de carácter perpetuo, fijos o, al menos, temporales, es decir, relaciones permanentes objetivas, se empeñaron en garantizar su constitución, transmisión y garantías en apreciaciones puramente subjetivas que dependían de la vida de las personas que lo presenciaron y que, naturalmente, por ley de vida, tienden a desaparecer. Es decir, el recuerdo del negocio jurídico que se hizo en un tiempo, no se refleja en un libro que permanece, más bien se queda en la memoria humana, que desaparece.

Los germanos, en el campo de la constitución y transmisión de los derechos reales, son más prácticos.

Exponemos sucintamente su evolución siguiendo en esencia las magistrales enseñanzas del profesor español LACRUZ BERDEJO, que en su *Derecho Inmobiliario Registral* (Librería Bosch, Barcelona, 1968, págs. 27 y sigs.) ha explicado de una forma clara y sencilla la evolución del Derecho germánico, afirmando que en una primera fase acuden a sistemas parecidos a los del Derecho romano, rodeándolos de formas solemnes que facilitan su prueba. Basta recordar algunas de estas ceremonias externas, realizadas ante testigos, entre los cuales deberían encontrarse algunos niños, que al tener, al menos teóricamente, más tiempo de vida, conservarían más años la memoria de lo ocurrido, y para que mejor lo recordasen preceptuaban algunas fuentes que *alapes donet et torquat aurículas* (es decir, que les diesen bofetadas y tirones de orejas).

Posteriormente se debilitan estas formas, sobre todo a partir de la recepción del Derecho romano, que impone la *traditio*, pero al mismo tiempo surgen unas costumbres paralelas de anotar en unos libros que llevan las autoridades, las constituciones y transmisiones de derechos reales inmobiliarios.

El hecho de tomar razón en estos libros produce un doble efecto: de una parte, las relaciones jurídicas permanentes o, al menos, de duración indeterminada, son reflejadas de una manera objetiva y permanente. Y de

otra parte, la intervención de una determinada autoridad produce, aparte de ser a veces un presupuesto del negocio traslativo (ver LACRUZ: *D.I.R.*, página 29), una especie de apariencia jurídica, como a modo de la verdad oficial del hecho, de la que se deriva la posterior teoría de la legitimación.

En esta evolución del Derecho germánico se encuentra el origen más inmediato de los llamados sistemas registrales.

Posteriormente, el avance técnico de la inscripción se va extendiendo lentamente por Europa. Es a partir del siglo XVIII, y sobre todo del XIX, cuando desaparecen los sistemas de clandestinidad, y aquellos países donde la publicidad era ya regla mejoran asimismo sus sistemas, cristalizando en las legislaciones los varios sistemas registrales que aún se mantienen en nuestros días, aunque algunos han sufrido fuertes retoques (como, por ejemplo, el francés en la reforma de 1955).

En este orden de cosas, en España, al igual que en los demás países, se puede hablar de publicidad registral y extrarregistral, siendo conocida la lucha que mantuvieron los derechos locales y territoriales con el sistema de clandestinidad, que por influencia romana culmina con la publicación de las *Partidas*, de Alfonso X *el Sabio*.

En los derechos locales o territoriales, las formas de publicidad eran muy imperfectas, citándose entre ellas la llamada «robración» (que consistía en la corroboración o ratificación pública y solemne de la venta de inmuebles no sólo por el emitente de la escritura [ver LACRUZ: *D.I.R.*, página 45], sino por los testigos, que como representantes de la comunidad su intervención da carácter público al negocio, siendo sólo así la adquisición inatacable); el requisito de la «insinuación» de las donaciones, etc....; la publicación de «edictos y pregones», a los que se refieren numerosos Fueros medievales.

Pone de relieve el citado autor que siendo tan imperfectos estos medios, tenían quizá una efectividad real en aquellos tiempos, ya que en los núcleos rurales y cerrados, donde el conocimiento de las personas era natural, no se sentía la necesidad de otro sistema.

La necesidad del Registro se siente, sobre todo, a partir del descubrimiento de América, que produce una movilización de capitales, y en las nefastas consecuencias de la existencia de gravámenes ocultos, sobre todo en aquellos que, como la hipoteca y el censo consignativo, no tienen contacto posesorio con la cosa.

Se cometieron tales abusos de vender fincas que estaban gravadas como libres, que es corriente en los autores de la época las lamentaciones sobre el gran número de pleitos que se producían y la falta de seguridad en las adquisiciones.

A petición de las Cortes de Madrid de 1528, y después de las de Toledo de 1539, se publicó la Real Pragmática del mismo año, por la que

se establecía el Registro de censos, tributos e hipotecas, que, como se sabe, no se aplicó en realidad, ni incluso ya en 1713, cuando en el reinado de Felipe V se conminó a establecer estos Registros.

Por otra Real Pragmática de 31 de enero de 1768, se crearon los llamados «Oficios de Hipotecas», después «Contadurías de Hipotecas», que se aplicó en toda España, salvo en Navarra, hasta que en 1817 se extiende a esta región por decisión de sus Cortes.

En España, por tanto, se parte de un Registro de gravámenes. Pero las circunstancias económicas y sociales pronto hacen sentir la necesidad de un Registro jurídico de tipo general, que no fuera sólo de gravámenes.

El recordar que fueron las necesidades económicas y sociales las que hacen aparecer los sistemas notariales y registrales modernos, no es solamente recordar historia: es simplemente resaltar que si hoy, dada la transformación de la economía y el aumento de la circulación de bienes, esas necesidades se han multiplicado, se ha multiplicado también la importancia de las legislaciones notariales e hipotecarias.

En términos generales, se puede afirmar que se siente la necesidad de los sistemas técnicos cuando se transforma la situación económica y social. Aparte de los avances de la técnica, que dio un gran paso en el siglo pasado, hay una transformación profunda en las capas sociales, produciéndose un mayor ritmo en la circulación de la riqueza. Las leyes desvinculadoras rompen el aspecto medieval de la propiedad. Las leyes desamortizadoras hacen que entren en juego desde 1816 a 1860 más de 4.000.000 de hectáreas (ver LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 50). La técnica en el cultivo de fincas rústicas y las nuevas formas de construcción en las urbanas ha variado: se produce un aumento de riqueza que exige nuevas garantías jurídicas, tanto en las titularidades como en los créditos. La industria minera, la siderurgia, las nuevas vías de comunicación, como los ferrocarriles, exigen un nuevo estatuto de la propiedad inmueble. En realidad nos encontramos ante la nueva figura de la empresa en el sentido moderno, que nace del maquinismo y que, como fenómeno nuevo, atrae también la inversión extranjera.

Ante estas circunstancias se lanza el reto a los juristas. Las leyes, como siempre, parece que van a rastras de los hechos.

En España, como es conocido, se publica la Ley Hipotecaria el 8 de febrero de 1861, con carácter de urgencia. No se espera a la publicación del Código Civil, que no se hace hasta 1889 (Real Decreto de 24 de julio).

Y para confirmar cuanto he dicho, en el preámbulo del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, en el que se ordenaba la formación de la ley, se dice con una repetición casi constante que «pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que las leyes hipotecarias». . Sigue diciendo que «ante la demora en la publicación del Código

Civil, no debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio»...; que «se publique una ley especial, a cuyo progreso se dedique con preferencia la Comisión que V. M. tiene nombrada para formular el Código Civil, (que) satisfará necesidad tan apremiante, sin que este pensamiento altere en modo alguno el de la formación de los Códigos, no haciendo más que anteponer, por especiales y poderosos motivos, lo que por demás urgencia no puede dilatarse sin inconvenientes gravísimos...».

Y dijimos antes que esto no es sólo recordar historia... Si esto se decía a mediados del siglo pasado, cuando eran incipientes aún estas necesidades comparándolas con las de nuestros días, piénsese lo que puede significar hoy la existencia y mejoramiento de los sistemas, tanto en los países desarrollados como aquellos que se encuentran en vías de desarrollo con un potencial económico y humano de los cuales depende en gran parte el porvenir de la humanidad.

Dije que, en segundo término, iba a exponer, aunque fuera de forma rápida, la influencia de los derechos internos en los sistemas hipotecarios de carácter técnico. Esto requiere un análisis general de los sistemas bajo el punto de vista de la llamada publicidad, para lo cual voy a utilizar, en una necesaria síntesis, un criterio simplificador de lo que en variadas formas nos ofrece el Derecho comparado.

Por poner algún ejemplo y atendiendo a la creación, constitución y modos de transmisión de los derechos reales, existen tres grandes grupos:

- 1.º Aquel, como el francés, que basa la energía traslativa en el título.
- 2.º Aquel, como el alemán, que la basa en el modo, entendiendo por modo la inscripción en un Registro jurídico.
- 3.º Aquellos sistemas que, como el español, mantienen la teoría del título y el modo. (Bajo el punto de vista registral, la inscripción en el primer sistema es de mera inoponibilidad—en el francés—, constitutiva—en el alemán—y declarativa en el español [salvo contadas excepciones de inscripciones constitutivas, en el sistema español sólo se declara un derecho preexistente en la realidad jurídica].)

Pero esta visión de los sistemas, que se refiere a los modos de transmitir o de adquirir derechos reales, está dirigido a cómo se producen las transmisiones. Si lo observamos bajo el punto de vista de la publicidad en su sentido técnico, ya importa menos el cómo se producen las transmisiones de los derechos, importa más el averiguar «cómo se publican los derechos».

De ahí que, al menos teóricamente, quepa separar los sistemas hipotecarios de los sistemas civiles. Y esto se explica porque los sistemas son creaciones, invenciones de la ciencia jurídica. Son medios empleados para publicar derechos, que pueden ser distintos y variados. Son en realidad

métodos-sistemas que pudiendo ser distintos en cada Derecho nacional, tienden, con más o menos acierto, a cumplir con la finalidad suprema de la llamada publicidad jurídica. De aquí que hablando de nuestra legislación hipotecaria dijese el ilustre hipotecarista español don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que era la parte del Derecho que más se parecía a las matemáticas. Y de aquí también que en esta rama del Derecho tenga gran importancia el estudio del Derecho comparado. Todos podemos aprender de todos, ya que al no existir en la actualidad ningún sistema ideal (quizá el más perfecto sea el suizo), este trasvase internacional de experiencias, de comunicaciones, puede llevar a perfeccionar los derechos nacionales.

Si se puede mantener la independencia de los sistemas registrales de los derechos internos, con mayor razón se puede hablar de su independencia de los sistemas políticos. Y como esta materia no la he visto tratada por ningún autor, voy a exponer a ustedes unas breves ideas, más que nada para que puedan servir de motivos de reflexión.

Ya sabemos que en el mundo actual se dan dos sistemas, no puros, pero sí con variantes muy similares, que son el sistema capitalista y el socialista.

En España, el Registro por antonomasia se le denomina Registro de la Propiedad, y de entrada esta institución parece que entraña una colocación clara: el reconocimiento de la propiedad privada es eminentemente capitalista.

El planteamiento no es correcto por dos razones:

- La primera porque en realidad no es sólo un Registro de la Propiedad, ya que su función es mucho más amplia: no sólo se inscribe la propiedad, también se inscriben los derechos reales e incluso derechos personales. Y es curioso que los legisladores de nuestra patria en 1861 no hablaron más que de establecer un «Registro», a cargo de funcionarios que se llamarán «Registradores», y el término «Registro de la Propiedad Inmueble» no aparece hasta la reforma de 1869. Pero en nuestro Derecho es tan inexacto hablar de Registro de la Propiedad como hablar de Ley Hipotecaria. Ni una ni otra denominación son exactas. Tal vez por esta duda los legisladores de 1861 crearon sólo un Registro. En realidad debería llamarse Registro de Derechos Patrimoniales o cualquier otra denominación, también genérica, que reflejase más exactamente lo que es.
- La segunda razón es que el medio técnico de publicidad que es el Registro, no tiene que ser necesariamente encuadrado *a priori* en un sistema político o en otro, por la razón bien

sencilla de que las instituciones registrales son neutras en política, ya que son medios para lograr unos fines, pero ni declaran el derecho de propiedad ni definen una economía intervencionista o de mercado, ya que estas funciones o definiciones corresponden a las constituciones o a las leyes. Lo que sí hacen es que las situaciones patrimoniales que resultan de este reconocimiento puedan ser conocidas por todos a través de la publicidad registral o, en su caso, si son sistemas técnicos, amparar, con más o menos fuerza, ciertos derechos o situaciones patrimoniales.

Llegado a este punto es esperanzador que en los juristas de muchos países exista la idea, que se va abriendo camino con la fuerza de una incipiente semilla, de superar particularismos y llegar a una anhelada meta unificadora. Los Congresos Internacionales celebrados hasta ahora han dado un resultado positivo. Ya en la Carta de Buenos Aires y en el Proyecto de Ley Uniforme existen unas bases que pueden valer de aglutinadoras en el futuro. Más incluso entre nuestros pueblos, que además de la unidad de lengua tienen también la más importante unidad de espíritu.

Las aportaciones recíprocas pueden ser importantes ante el fenómeno moderno de las integraciones supranacionales.

No significa este fenómeno integrador que se eliminen las particularidades propias de los derechos internos, ya que éste encarna las tradiciones jurídicas, el sentido íntimo y nacional de cada pueblo, perteneciendo a su cultura, como una proyección de su «yo» colectivo. Basta recordar que la lucha de las escuelas jurídicas en Europa se han condensado en un positivismo racionalista o en un *ius naturalismo* espiritualista. Tomar posición en una o en otra no es, ni más ni menos, que definir dos concepciones distintas del Derecho. Y en realidad, estas posiciones doctrinales, que han tenido vigencia en distintas áreas geográficas, se corresponden casi siempre en su vigencia con lo que poéticamente podíamos denominar países de la luz directa (donde el sol está presente) o países del reflejo de la luz (donde el sol está ausente). No se puede entender un Hamlet sin las brumas de Dinamarca, ni un Don Juan Tenorio sin las luces de Sevilla.

Y a propósito de nuestra comunidad de naciones, y aunque sea salirme un poco del tema jurídico, les quiero dar a ustedes noticia de que ha aparecido hace poco tiempo en España un libro, del que es autor FERNANDO SÁNCHEZ DRAGÓ, que, en cuatro tomos, se denomina *Gargoris y Habidis. Una historia mágica de España*. Ha causado un gran impacto, hasta el punto de que en menos de un año se han tenido que imprimir siete edi-

ciones. Es un libro importante, que te lleva necesariamente a la meditación. Todo el empeño del autor está encaminado a encontrar nuestras raíces, manteniendo que lo español ha sido un conglomerado de culturas distintas de las europeas; que incluso mucho antes de la historia hemos sido más hermanos de sangre y de espíritu de los orientales y de los primeros habitantes del continente americano, que del resto de Europa.

Se apoya para mantener estas teorías en los últimos avances de la investigación histórica, en datos arqueológicos y antropológicos, para llegar al convencimiento de que quedan memorias de que cuando ocurrió una catástrofe geológica—tal vez la conocida tesis de la Atlántida—arribaron a nuestras costas occidentales iniciados de otras culturas, que hicieron a nuestra tierra el oriente espiritual de Occidente.

Mantiene que nuestro especial tronco común nos lleva a criterios diferenciados del resto de Europa que se funden en una misma forma de ser, unidos para siempre a raíz del Descubrimiento, y que se amplía con la cultura mediterránea. Raíces de las raíces que alimentan el mismo tronco.

Y para no extenderme más en este punto quisiera resumirles las consecuencias prácticas de las teorías expuestas:

- La primera consecuencia es que la «forma de ser» iberoamericana es distinta de la clásica teoría europea de lo que podemos denominar «el sentido de la vida». Para nosotros, la escala de valores ha tenido un sentido más espiritual que el puro criterio cartesiano y mercantilista europeo.
- La segunda, que hay que mantener nuestro espíritu común frente al creciente materialismo que invade el mundo moderno.

Si tuviéramos que definir, en el último extremo, qué problemas tenemos frente a culturas foráneas, yo resumiría en una frase la realidad de lo que nos está ocurriendo: parece ser que nos están robando la preocupación. No nos damos cuenta, ya que esto se hace de noche, en las zonas grises, entre la luz y las sombras. Nos quitan la preocupación porque parece ya como normal que ni el marido se preocupe de su mujer, ni la mujer del marido; ni el padre de los hijos, ni los hijos de los padres. Ni los amigos de los amigos, ni nadie de nadie. ¿No hemos reflexionado que uno de los tesoros más importantes del hombre puede ser la preocupación? La preocupación explica desde el enamoramiento hasta la amistad; la hospitalidad (de la cual ustedes han demostrado que son maestros) explica en realidad la vida afectiva íntima, la convivencia social, en definitiva, tener la categoría de hombre.

Y esta preocupación, que en nuestros pueblos aún se mantiene, hay

que intentar conservarla porque responde a nuestra manera de ser y de ver las cosas. Las mismas semillas han hecho nacer los mismos árboles. Tenemos los mismos defectos e iguales virtudes. No somos fuera de nuestras casas extraños en las otras: hablamos las mismas palabras, tenemos los mismos poetas, variamos la música del acento, pero hablamos emocionalmente de la misma forma.

Y hoy, que tengo el honor de encontrarme entre ustedes, no me hubiese quedado tranquilo sin hablar, aunque hayan sido unos breves minutos, de un tema tan entrañable como es el de nuestro mundo, para aportar, al menos, la preocupación de que ni unos ni otros nos olvidemos nunca de nuestras raíces.

Iba antes diciendo que la conservación de los derechos internos es posible y aconsejable. Sin embargo, en el mundo de los sistemas hipotecarios puede ser conveniente la unificación. Son éstas materias de pura técnica jurídica que admiten, ante las mismas necesidades, idénticas soluciones.

Basta recordar que en otras materias, como el Derecho marítimo, existen múltiples convenios internacionales; que en Europa existen leyes uniformes para regular, por ejemplo, la letra de cambio, que se tiende a uniformar el «*status* jurídico» de la sociedad anónima, y que el fenómeno unificador en las necesidades del tráfico se está imponiendo.

Este movimiento unificador requiere, a su vez, un planteamiento que de forma sucesiva determine las distintas etapas por las que hay que pasar.

- La primera es la que podemos denominar de «opinión», que requiere, a la vez, un criterio entre los juristas de distintos países de preocupación común sobre los mismos problemas.
- La segunda es la de toma de contacto, que se ha manifestado en la celebración de los Congresos Internacionales, tanto de Derecho Registral como de Derecho Notarial, de los cuales ya hay resultados, que van desde estudios particulares sobre materias concretas, como prioridad y reserva de rango, prehorizontalidad, etc., hasta aquellas de tipo general, como la citada Carta de Buenos Aires, el Proyecto de Ley Uniforme...
- La tercera tiene que concretarse a nivel legislativo, la cual, aparte de ser la más difícil, requiere una serie de planteamientos y conocimientos previos que delimiten claramente la función notarial y registral para su encuadramiento en el orden constitucional.

Y aquí, en este punto, es necesario intentar el esfuerzo de averiguar en dónde se encuentran situadas la función notarial y registral dentro del

ordenamiento jurídico, cuestión ésta que no ha sido estudiada con la importancia y el detenimiento que merece. Consiste, en definitiva, en buscar la esencia de la función, rompiendo un poco los moldes clásicos desde los que se ha estudiado esta materia.

Concretándome al Derecho registral, por suponer que aclara mejor las ideas, resalta en una primera visión que su estudio se ha hecho en base a los llamados «principios hipotecarios» o, más ampliamente, «principios jurídicos de la seguridad inmobiliaria». Por otra parte, también se ha intentado el encuadramiento de la llamada «naturaleza de la función calificadora», que junto con la teoría de los principios ha cerrado su estudio teórico.

Sin embargo, este planteamiento ha desviado la mirada de lo que es más fundamental. Se ha creado una doctrina puramente teórica, que ha dado una gran altura científica a esta rama del Derecho, pero no ha creado un ambiente de opinión, al menos en nuestra patria, para que se plasmara en normas de carácter constitucional.

El mecanismo ha sido muy sencillo: se han centrado todos los esfuerzos en un problema de conocimiento del Derecho y se ha olvidado la eficacia o finalidad social del mismo.

Esto requiere una explicación, que intentaré resumir, ya que las ideas más amplias las expuse en la comunicación que aporté al I Congreso de Derecho Registral, que se celebró en Buenos Aires. (Publicado en el número 2 de la *Revista de Derecho Registral*.)

Un estudio detenido del problema nos lleva, en primer lugar, a valorar qué ha significado la llamada teoría de los principios, los cuales han servido a modo de sistema, de método, para estudiar la ciencia del Derecho hipotecario.

Refiriéndome a la doctrina española, empezando en el siglo pasado con LUZURIAGA, terminando con los modernos, como el profesor LACRUZ, habiendo pasado antes por las opiniones de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, ANGEL SANZ, ROCA SASTRE, etc., en todos los autores se observa, al estudiar la teoría de los principios, que existe un fondo pedagógico importante, ya que a la ciencia abstracta del Derecho hipotecario se la «explica» y sistematiza cómodamente a través de la citada teoría. Este esfuerzo doctrinal, que es bueno para dar altura científica a la materia, sobre todo en una primera época de pobreza doctrinal, y que la hace incluso ascender a cimas insospechadas, no merece más que alabanzas, siempre que se complete con el estudio serio y detenido de lo que podemos denominar *la justificación de la función*. Y esto último, bajo mi modesto punto de vista, se ha descuidado totalmente.

Si antes hablamos de las necesidades sociales que hacen nacer los sistemas, ahora, en nuestro tiempo, conviene preguntarse y reflexionar

sobre la sencilla pregunta de si cumplimos nuestra función de satisfacer aquellas necesidades. Y si la apreciación es positiva hay que sacarla a la luz pública para que no se nos considere tan sólo como meros eruditos de nuestra ciencia, sino también como instituciones vivas que aportan algo importante a la sociedad, y, sobre todo, que ahora se están cumpliendo los fines para los que fueron creados, y que en el futuro están dispuestos a cumplirlos, modificando en lo que sea necesario, respetando la idea suprema de justicia, las bases, que siendo cuestiones técnicas, pueden paralizar las adaptaciones a las nuevas necesidades.

En resumen: los llamados principios tienen un valor eminentemente pedagógico, sistematizador, pero no necesariamente inmodificables. Son más bien rasgos fundamentales, presupuestos de los sistemas que, a modo de síntesis, demuestran de una sola mirada la esencia legal del mecanismo de protección que se plasma en la institución registral.

En una panorámica más amplia conviene averiguar la verdadera naturaleza de la función notarial y registral. Todo en realidad se centra en averiguar qué es la función, esa actividad que desarrollamos a diario, a veces de forma mecánica, burocrática, que la misma rutina en que se hace tapa la verdadera esencia de ella.

Para averiguar su esencia es necesario remontar el vuelo y contemplar desde la altura la situación real donde se encuentra ubicada.

Lo que observamos desde este nivel son dos líneas convergentes que se cruzan en un punto conflictivo: una de ellas representa la seguridad de los derechos, y la otra, la seguridad del tráfico. En la primera, según la conocida proposición de EHRENBURG (cit. por LACRUZ: *D.I.R.*, pág. 10), «exige que no se pueda producir una modificación desfavorable de las relaciones patrimoniales de una persona sin que concurra su voluntad. La segunda—la seguridad del tráfico—, por su parte, exige que una modificación favorable en las relaciones patrimoniales de una persona, no puedan quedar sin efecto para ella por circunstancias que ella misma ignora».

La compaginación de ambas seguridades es problema harto difícil. Los ordenamientos jurídicos dan distintas soluciones, a veces de carácter mixto, aproximándose a una o a otra según las necesidades sociales.

Sin embargo, cualquiera que sea el camino que se elija hay una nota común en todos los ordenamientos: todos los sistemas civiles y todos los sistemas hipotecarios «ordenan» el tráfico jurídico, ya de una forma, ya de otra.

Esta ordenación del tráfico jurídico se hace normalmente creando el llamado documento público y estableciendo los Registros de carácter jurídico.

Ambas creaciones de la ley no tienen más misión que autenticar situaciones jurídicas, otorgándolas un principio de veracidad en base a la teoría

de la legitimación, en virtud de la cual la creación o reconocimiento de los derechos, su transmisión, modificación o extinción, efectuadas de una forma legal y con la intervención de una fe pública, produce una apariencia de veracidad que se mantiene mientras no se pruebe lo contrario (presunción *iuris tantum*), a través del conocido tradicionalmente como principio de legitimación, y aunque se pruebe lo contrario (presunción *iure et de iure*) cuando actúa el llamado principio de fe pública registral.

En realidad, la función notarial y la registral pertenecen a lo que en España ha denominado el profesor GUASP la «organización del Derecho privado».

De ahí que si antes critiqué la teoría general de los principios fue en base a entender que el único principio que existe realmente es el que se refiere a la «organización del tráfico jurídico». Este es el verdadero y único principio del cual se deriva la justificación notarial, la institución del Registro y la fe pública mercantil.

Por estas razones interesa estudiar juntos la institución registral y las funciones de la fe pública. Ambas no tienen más misión que dar seguridad a los derechos y proteger el tráfico jurídico. Su actuación ocurre, por regla general, en la fase preventiva de los derechos, y sus efectos son nada más y nada menos que dar seguridad a las titularidades, clarificar las titulaciones, ofrecer a través de la publicidad el conocimiento necesario a los terceros para, en definitiva, evitar pleitos y litigios.

Todos los autores de Derecho procesal cuando hablan del acto de conciliación o figura similar como requisito previo para poder empezar un proceso, empiezan diciendo que el pleito es un mal para el individuo, la sociedad y el Estado.

Las leyes notariales y los sistemas registrales están encaminados a la noble finalidad de dar seguridad y certeza a los derechos. Los efectos importantísimos que se derivan de ellos son tan extensos y variados que no hay tiempo para exponerlos aquí.

Son tan evidentes las ventajas que aportan a la sociedad, que el examen de la función que desempeñamos debe ser un orgullo para cualquiera que se dedique a ella y que merezca el verdadero nombre de jurista.

ABELARDO GIL MARQUÉS
Registrador de la Propiedad

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

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

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

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. ESTIMADAS VÁLIDAS E INSCRIBIBLES POR EL REGISTRADOR LAS CLÁUSULAS ESTABLECIENDO QUE LA FACULTAD RESOLUTORIA, PACTADA CONFORME AL ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO, TENGA UNA DURACIÓN LIMITADA, ASÍ COMO EL CONSENTIMIENTO FORMAL CANCELATORIO ANTICIPADO, HA DE CONSIDERARSE TAMBIÉN INSCRIBIBLE LA QUE ESTABLECE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 355, APARTADO 1.º, UNA VEZ TRANSCURRIDO EL TÉRMINO SIN QUE CONSTE ASIENTO ALGUNO DE PRÓRROGA O DE EJERCICIO DE LAS ACCIONES DEL VENDEDOR POR RAZÓN DE LA VENTA.

Resolución de 28 de noviembre de 1978 (B. O. del E. de 19 de enero de 1979).

Antecedentes de hecho.—Por escritura de compraventa autorizada en Madrid por el Notario don Roberto Blanquer Uberos el 2 de mayo de 1976, los esposos don Manuel Calatrava Fernández y doña María del Carmen Taibo Rouco vendieron a don Antonio Perales Cebolla determinada finca por el precio de 260.663 pesetas con 20 céntimos, parte del cual quedó aplazado, estableciéndose lo pertinente en cuanto al vencimiento y pago del mismo, entregando la parte compradora al vendedor 38 letras de cambio representativas de los plazos y vencimientos señalados, acordándose en la

estipulación tercera de la referida escritura que: «La falta de pago a su vencimiento de dos cualesquiera de las letras de cambio a que se refiere la cláusula anterior, o la última de ellas, facultará al vendedor para resolver la venta conforme al artículo 1.504 del Código Civil.

La notificación de usar la facultad de resolver la venta y el transcurso del plazo de gracia de treinta días naturales—el primero, el siguiente al de la práctica de la notificación—, que necesariamente concederá la misma notificación, determinará la resolución plena y automática de la venta. El título inscribible será el documento que justifique la notificación, resultando del mismo que tanto las letras vencidas e impagadas, debidamente protestadas, como las letras pendientes de vencimiento en su caso, obran en poder del vendedor, y además el vencimiento del plazo de gracia, en unión del título del vendedor, o sea, copia de este instrumento librada para el vendedor o sus causahabientes.

Como pena de indemnización por daños y perjuicios, el vendedor rendirá la totalidad de las cantidades recibidas por causa del precio de la venta de la finca y no estará obligado a abonar cantidad alguna por impensas, gastos u obras realizadas en la finca, perdiendo el comprador, como consiente desde ahora, todo derecho por dichos conceptos.

Las partes establecen y el vendedor especialmente consiente, que la condición resolutoria que respecto de la finca se pacta, quede extinguida por el transcurso del plazo de cuarenta y cinco meses a contar desde el día de hoy, si antes no se hubiera ejercido el derecho a la resolución. También pactan expresamente las partes que la condición resolutoria quede extinguida mediante la justificación del pago de las cambiales reseñadas, lo que acreditará la simple tenencia de las mismas por el comprador, que se hará constar en acta notarial.

El vendedor presta expresamente su consentimiento formal, desde este momento y para entonces para la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria, bien sea transcurrido el indicado plazo de cuarenta y cinco meses sin que conste en los libros asiento alguno de prórroga convenida o de ejercicio de cualquiera de las acciones y pretensiones que corresponden al vendedor por razón de la venta de dicha finca, bien sea justificando el pago de las letras representativas del precio aplazado por el acta notarial a que se alude en el párrafo anterior.

En el primer caso (extinción de la facultad resolutoria por transcurso del plazo convenido) la cancelación se practicará con carácter automático, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca, o de expedirse certificación de cargas, conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes por esta rogación expresa de asiento futuro;

Presentada en el Registro número 4 de Madrid primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento, en el Registro de la Propiedad número cuatro, en el tomo 1.304 del archivo, libro 742 de la Sección segunda, folio 181, finca número 33.745, inscripción cuarta, con la excepción de los párrafos 4.º, 5.º y 6.º del número segundo del otorgamiento, relativos a la extinción de la condición resolutoria por transcurso del plazo convenido, que se deniegan:

Primero.—Por atentar a la autonomía de la calificación registral, reconocida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Segundo.—Por pretender modificar mediante convenciones particulares, el modo de llevar el Registro, desarrollado en el título IX de la Ley Hipotecaria.

Tercero.—Por pretender que en su día no se tenga en cuenta el artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

Cuarto.—Por ser contraria a lo que se pretende en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 11 de diciembre de 1974. Estos defectos se consideran insubsanables.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que ninguno de los defectos contenidos en la nota son imputables a los párrafos 4.º y 5.º de la estipulación tercera (que en la nota se señala como segunda por error), ya que el párrafo 4.º contiene el pacto que regula las dos formas de extinción de la condición resolutoria, a saber, una por pago del precio y la otra por el transcurso del plazo, pacto que tiene un alcance civil y que es válido o inscribible, pues lo contrario supondría que no se podría establecer un plazo de duración a los derechos reales, facultades o potestades de trascendencia real; que el párrafo 5.º contiene una manifestación de voluntad por la que el vendedor deja prestado su consentimiento para la cancelación del asiento, fórmula que aparece regulada en el artículo 82-2.º de la Ley Hipotecaria que establece se podría practicar la cancelación cuando resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción; que el párrafo discutido podría, a lo sumo ser superfluo pero no ilegal ni defectuoso; que el consentimiento cancelatorio prestado en la misma escritura, que es título del asiento que será cancelado en su día, no puede considerarse que atente a la autonomía de la calificación registral puesto que, el citado artículo 82 regula el supuesto de que un mismo título sirva para practicar un asiento de inscripción y, en su momento, el asiento de cancelación de aquella inscripción; que los defectos señalados en la nota se refieren evidentemente al párrafo 6.º que culmina el contenido de los dos anteriores; que en este párrafo se entiende que en el caso de extinguirse la condición resolutoria por el transcurso del plazo o término de vigencia (y no en el caso de extinguirse por cualquier otra causa como, por ejemplo, el pago) procede la cancelación automática del asiento correspondiente al derecho extinguido, suponiendo una excepción al principio de rogación; que la Resolución de 11 de diciembre de 1974 no es aplicable al caso presente, pues se refiere a un supuesto que, aunque próximo al que nos ocupa, es distinto, pues dicha Resolución trata de cancelación automática de condición resolutoria y en el recurso actual nos referimos a la cancelación automática del asiento de un derecho sustantivamente extinguido o caducado; que el artículo 83 de la Ley Hipotecaria no es aplicable, pues se refiere al cumplimiento o incumplimiento de las condiciones que afectan a un derecho inscrito; que tampoco es de aplicación el artículo 56 del Reglamento Hipotecario pues contiene el desarrollo reglamentario de los asientos de nota marginal a que se refiere el artículo 23 de la Ley para caso de consumarse la adquisición del derecho condicional; que asimismo no es de aplicación el artículo 177 del Reglamento, pues el procedimiento que regula no excluye otro procedimiento; que el recurrente en nada intenta contradecir la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado

en la Resolución de 11 de diciembre de 1974, pero que no debe confundirse la caducidad de los asientos con la caducidad de los derechos inscritos, y que en este caso se trata de la cancelación de asientos por caducidad, o extinción por vencimiento del plazo pactado para la vigencia, de un derecho o facultad inscrito; que una vez vencido el plazo de vida de tal derecho o facultad se produce una inexactitud registral, conforme al artículo 40, 1.º, b), de la Ley Hipotecaria, procediendo la rectificación mediante la correspondiente cancelación que se efectuará conforme al título IV de la Ley (arts. 76 y siguientes) según los cuales (art. 79, 2.º) podrá pedirse y deberá ordenarse la cancelación total de las inscripciones cuando se extinga por completo el derecho inscrito; que la cancelación automática, si procediere, en nada atenta a la autonomía de la calificación registral, pues no eximiría de la calificación procedente, siquiera ésta fuese limitada a la circunstancia de haber transcurrido el tiempo de licencia de la facultad resolutoria; que no se ha pretendido modificar el modo de llevar el Registro ni soslayar la aplicación del artículo 254 de la Ley Hipotecaria, sino que lo que se pretende es que la escritura calificada sea a la vez y mediante una sola presentación título del asiento de inscripción inicial y título de la cancelación final, que se extenderá una vez vencido el término y por el procedimiento previsto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario; que nada impide la calificación fiscal correspondiente.

El Registrador informó: Que de la escritura autorizada por el Notario recurrente sólo se denegó la inscripción de los párrafos 4.º, 5.º y 6.º de la estipulación 3.ª, párrafos que constituyen una unidad lógica y jurídica que el presentante reconoce a los efectos del artículo 434 del Reglamento, pues aceptó que la escritura se registrase sin ellos pero no consintió en que se inscribiesen los párrafos 4.º y 5.º sin registrarse el 6.º, que contiene el meollo del problema: la cancelación automática con rogación anticipada; que el Registrador declara inscribibles los párrafos 4.º y 5.º antes denegados, fundándose en consideraciones distintas a las alegadas por el Notario, quedando así el recurso limitado a lo que contiene el párrafo 6.º; que la Resolución de 11 de diciembre de 1974 dictada en un recurso interpuesto por el mismo Notario recurrente rechazó terminantemente la inscripción de un pacto idéntico al que origina el recurso presente, ya que en ambos casos se contempla el supuesto de una compraventa con condición resolutoria en la que anticipadamente se pide su cancelación automática una vez transcurrido el plazo convenido; que la identidad de circunstancias puede observarse con la sola lectura del pacto inserto en ambas escrituras, ya que no existen diferencias básicas entre uno y otro texto; que las demás Resoluciones que cita el recurrente se refieren a casos completamente diferentes del que nos ocupa; que la escritura controvertida contiene una compraventa en la que el precio se asegura con una condición resolutoria explícita que se especifica con la adición de una cancelación automática, inadmisibles según el artículo 355 del Reglamento; que la cancelación automática anula el margen de apreciación que tiene el Registrador para juzgar el asiento que se le pide y que se pretende firme sin su juicio, pero con su responsabilidad, atentándose así contra la autonomía de la calificación registral; que los procedimientos de cancelación automática, como excepcionales, sólo pueden ser establecidos por las leyes y son de rigurosa y estricta interpretación; que el procedimiento para hacer constar el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, contenido en el artículo 23

de la Ley y 56 y 177 del Reglamento, es aplicable a la condición resolutoria explícita, como lo demuestra una práctica tan universal como incontrovertida y como acertadamente lo reconoce la Resolución de 11 de diciembre de 1974; que es principio fundamental reconocido por la Ley, la doctrina y la jurisprudencia que las normas procesales son de orden público y no pueden mudarse por conveniencia de las partes; que la citada Resolución deja bien claro que el artículo 355 del Reglamento es de carácter excepcional y sólo aplicable a los supuestos concretos a que se refiere, sin que sea susceptible de que por una interpretación extensiva pueda ampliarse su campo de aplicación; que el pacto contenido en el párrafo cuya inscripción se deniega puede quebrantar el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, puesto que pretende que en su día se registre la extinción de la facultad resolutoria, hecho sujeto al impuesto, sin el pago del impuesto y sin la calificación al menos de una oficina liquidadora; también podría considerarse como acto contra ley, resultando su nulidad en el orden sustantivo del número 3 del artículo 6.º del nuevo título preliminar del Código Civil; que la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial y la vigente de Bases obligan a los Jueces a abstenerse de aplicar las disposiciones inferiores que contradigan normas de rango superior, lo cual también obliga en el orden administrativo a través de la Ley General de Procedimiento.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador en el particular a que ha quedado reducida, por razones análogas a las expuestas por este funcionario y teniendo en cuenta además que la Resolución de 11 de noviembre de 1974—dictada en confirmación del auto de la misma Presidencia de 17 de septiembre de 1974—declaró que no podía tener acceso al Registro una cláusula similar a la de autos, no resultando convincente la argumentación del recurrente tendente a demostrar que existe diferencia entre el supuesto a que se refieren dicha Resolución y auto y el supuesto de que ahora se trata.

Apelado el Auto presidencial por el Notario recurrente, señor Blanquer, la Dirección General (1) acuerda revocar el Auto apelado y la nota del Registrador en base a la doctrina siguiente:

Doctrina de la Dirección.—En este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible la cláusula contenida en una escritura de compraventa y en la que se previene la posibilidad de cancelación de un asiento una vez que el derecho a que se refiere se encuentre extinguido o caducado, por haber vencido su plazo de vigencia y haber prestado su consentimiento anticipadamente la persona favorecida por la inscripción registral.

La cláusula discutida pretende solucionar uno de los aspectos de más trascendencia para el comprador que ha terminado de pagar el precio que se había aplazado en el momento de la adquisición del inmueble, y trata de lograr que el contenido del Registro que publica esta circunstancia del aplazamiento de pago con la amenaza de resolución de su compra, se adecúe a la realidad extra-registral de haber sido satisfecho íntegramente, sin que el acreedor por causa que puede ser muy variada haya podido otorgar la correspondiente carta de pago, que sería el medio más idóneo para

(1) VISTOS los artículos 4.º-1.º, 6.º-2.º, 1.255 y 1.504 del Código Civil; 18, 38, 40, 79, 82, 254 y 255 de la Ley Hipotecaria; 56 y 355 del Reglamento para su ejecución, y las Resoluciones de este Centro de 30 de junio de 1973 y 16 de diciembre de 1974 (*).

(*) Creo que en el visto deben salvarse dos errores materiales y que las Resoluciones que se quisieron citar fueron las de 30 de junio de 1933 y 11 de diciembre de 1974.

obtener esta finalidad y sin que por otra parte tenga que acudir a utilizar otros procedimientos largos y costosos, como sería el juicio ordinario correspondiente, o esperar a que se entienda prescrita la carga en el caso del procedimiento de liberación de gravámenes del artículo 209 de la Ley Hipotecaria

La importancia de esta cuestión, por el número de compradores a los que afecta y su intento de resolverla, dado que en la mayor parte de las adquisiciones, sobre todo de pisos, no se satisface el precio de una sola vez, resalta uno de los aspectos de la función notarial, que no sólo da autenticidad al documento redactado, sino que además, en su misión asesora y materializadora de la voluntad de las partes, el Notario intenta construir y dar solución jurídica a las dificultades y problemas que la realidad de la vida ordinaria ofrece con la protección de todos los intereses en juego.

La validez de los pactos contenidos en los párrafos 4.º y 5.º de la cláusula tercera de la escritura, que se pretende fundamentar en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.235 del Código Civil, aparece reafirmada por el propio funcionario calificador al rectificar en su informe la nota discutida en el sentido de entender inscribibles los mencionados pactos que establecen que la facultad resolutoria ejercitable por el vendedor tenga una duración temporal limitada, así como la expresa prestación de consentimiento anticipado por dicho vendedor para la cancelación del asiento de inscripción una vez cumplido el supuesto a que la cláusula se refiere, por lo que en definitiva el recurso queda reducido únicamente al examen del número 6.º de dicha cláusula 3.ª relativo a la forma de practicarse esta cancelación.

Inscrita la cláusula que contiene esta limitación temporal de la facultad resolutoria, una vez que ha transcurrido su plazo de duración, es la misma publicidad registral la que indica que está extinguido el derecho inscrito, ya que el propio asiento—artículo 38 de la Ley Hipotecaria—manifiesta que no existe; produciéndose una inexactitud que de acuerdo con el artículo 40, 1, b) de dicha Ley habrá de rectificarse conforme a lo dispuesto en su título IV.

Dentro de este título IV, el artículo 79-2.º de la Ley es el que regula la práctica del asiento de cancelación en los casos en que se extingue por completo el derecho inscrito, y el artículo 82 es el que prevé la forma en que se ha de proceder para ello, a saber, bien mediante la prestación del consentimiento para la cancelación por la persona adecuada o, en su defecto, por sentencia judicial firme, que es la regla general, o bien sin necesidad de estos requisitos cuando quede el derecho extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción, que es lo que sucede en el caso que se examina, y al sentar esta matización este párrafo 2.º del artículo 82 no ha hecho otra cosa que obviar la aparente rigidez del primer párrafo del mismo artículo que, como apuntaba la Resolución de 30 de junio de 1933 para la legalidad entonces vigente, podía hacer pensar que al consentimiento de los interesados se le diera más valor que a los preceptos de la Ley mismo hasta el punto de que cuando ésta declaraba fenecidos los derechos se exigiera también aquel consentimiento.

La cláusula discutida trata de evitar que una certificación comprenda como contenido registral vigente una facultad que según los propios asientos del Registro está extinguida—y en esto se diferencia del supuesto que

motivó la Resolución de 11 de diciembre de 1974 que versaba sobre cancelación automática por caducidad del asiento—y al deberse cancelar con arreglo a lo dispuesto en los artículos 79-2.º y 82-2.º de la Ley Hipotecaria, procede la aplicación del artículo 355 del Reglamento para su ejecución, a no ser que exista algún obstáculo que lo impida.

No supone ninguna merma de la autonomía de la calificación registral el hecho de que la misma escritura cumpla a la vez como título de la inscripción y en su día de la cancelación, pues en el momento en que se solicite o haya de extenderse este segundo asiento cancelatorio el funcionario calificador habrá de tener en cuenta las exigencias derivadas del principio de legalidad antes de proceder a la extensión del asiento, así como, en su caso, el cumplimiento de las obligaciones fiscales a que se refiere el artículo 254 de la Ley Hipotecaria

COMENTARIO

A) *Los Resultandos*

El Centro Directivo, en esta ocasión, ha visto la conveniencia de transcribir literalmente las cláusulas de la escritura en las que se centra la discusión. Por ello en el *primer resultando* podemos ver completa la cláusula de *lex commissoria* del formulario del señor Blanquer, de redacción cuidada y técnica.

La *nota de calificación* contiene cuatro razones para denegar tres de los párrafos o apartados de la referida cláusula. Por lo menos en un punto era desafortunada la nota: no separar las dos formas de extinción de la condición resolutoria que se mezclan en los dos penúltimos apartados de la cláusula (transcurso de un término cierto y justificación del pago mediante exhibición de las letras por el comprador en acta notarial). La segunda de las formas fue dejada al margen del recurso y va a quedar también al margen de este comentario (2).

Del *escrito de recurso* destacaremos la afirmación del recurrente de que la Resolución de 11 de diciembre de 1974 no es aplicable al caso por

(2) La nota de calificación deniega los apartados 4.º y 5.º de la cláusula tercera en su totalidad, y, por tanto, también, al no excluirlas, los párrafos o frases de dichos apartados dedicados a la cancelación por acta notarial basada en la tenencia por el comprador de las letras representativas del precio aplazado, pagadas por éste. Hubo acaso un descuido, porque este sistema de cancelación de la condición resolutoria sin intervención del vendedor viene siendo generalmente admitido. Ni siquiera el recurrente se preocupó de alegar nada en defensa de tales párrafos o frases. Luego, al desistir el Registrador en su informe de la denegación en cuanto a los dos apartados 4.º y 5.º, también sin distinguir las dos formas de cancelación que mezclaban, y por tanto en cuanto a los dos apartados completos, el tema de la cancelación por acta de tenencia de las letras quedaba totalmente desvanecido.

El dejar al margen de este comentario el pacto de ser suficiente para la cancelación de la condición resolutoria un acta notarial justificativa de estar las letras representativas del precio aplazado en poder del comprador o sus causahabientes, no obedece a la poca importancia del problema, pues aunque no haya habido polémica tan notoria como la ocasionada por el pacto de cancelación automática transcurrido un plazo cierto, también había preocupado a la doctrina (*) y no deja de presentar dificultades como tantas cuestiones derivadas de la superposición y confluencia de la garantía cambiaria con las garantías reales inmobiliarias.

No entro en este tema para no adelantar ideas y opiniones que han de tener más exacto encaje en el comentario a la Resolución de 30 de mayo de 1980 (*Boletín Oficial* de 10 de julio), que no solamente ha refrendado la práctica de cancelar por medio de tales actas, a requerimiento del comprador, cuando se ha pactado tal procedimiento, sino que ha admitido también la cancelación por acta con exhibición de las letras representativas del precio aplazado, aun cuando este medio de cancelación no haya sido previsto como posible por comprador y vendedor en la escritura

*) A. RODRÍGUEZ ADRADOS: «Algunos aspectos de la *Lex commissoria*», en esta Revista, núm. 464, enero-febrero 1968, págs. 102 a 104.

referirse a un supuesto distinto. Bien es verdad que luego se dedica a impugnar dicha Resolución, aunque diga que en nada intenta contradecirla. El problema fiscal se resuelve con cierta ligereza, al afirmar que la cláusula no soslaya la aplicación del artículo 254 de la Ley Hipotecaria, y lo único que se pretende es que la escritura sea título tanto de la inscripción inicial como de la cancelación final sin impedirse la calificación fiscal correspondiente. Esta ligereza pasa a los considerandos de la Dirección.

El *informe del Registrador* reconoce inscribibles los párrafos 4.º y 5.º de la cláusula (condición resolutoria sometida a término final y consentimiento formal anticipado de cancelación) y deja limitado el recurso exclusivamente al párrafo 6.º (cancelación automática y de oficio al amparo del artículo 355, 1.º, del Reglamento). El dejar pasar como válidas e inscribibles, sin reparo ni reserva ninguna, las cláusulas de los párrafos 4.º y 5.º dificultaba mucho la defensa de la denegación del 6.º, incluso aunque se alegase la Resolución de 1974. Estimándose absolutamente correctas las cláusulas sustantivas no es fácil rechazar una cláusula que parece ser simplemente la includible efectuación registral de aquéllas. Bastaba embarullar algo la diferencia entre cancelación automática y cancelación de oficio, ampararse en el *numerus apertus* de cancelaciones automáticas y echar mano de la socorrida concordancia entre Registro y realidad jurídica (art. 40 de la Ley) para que el párrafo 6.º se nos presentase también como inmaculado.

No obstante, el *Presidente de la Audiencia* confirmó la nota del Registrador, en cuanto al párrafo al que había quedado reducido el recurso. El recurrente no le hizo comulgar con las ruedas de molino de que se trataba de supuesto distinto al de la Resolución de 1974.

B) Los Considerandos

La forma en la que el *considerando primero* describe la cuestión planteada hace pensar que sobra gran parte de lo que se expone después, porque: ¿cómo no va a ser posible cancelar un asiento una vez que el derecho a que se refiere se encuentra extinguido o caducado? ¿Y cómo no ha de ser inscribible una cláusula en la que simplemente se previene dicha posibilidad?

El *considerando segundo* se dedica a describir, cargando las tintas, la dramática situación de los compradores a plazo que después de pagar totalmente el precio no consiguen, por muy variadas causas, la cancelación registral de la condición resolutoria. Y el *tercero* contiene una justa loa de la función notarial en cuanto intenta solucionar los problemas jurídicos de la vida ordinaria. Modestamente creo que hay procedimientos más sencillos para cortar la viciosa práctica de cobrar los vendedores sin otorgar documento cancelatorio idóneo; pero no es ésta ocasión de buscar culpables de aquella dramática situación (2 bis).

El *cuarto considerando* debió ser más claro respecto a la validez o invalidez de los pactos contenidos en los párrafos o apartados cuarto y

(2 bis) Si el motivo justificativo de la cancelación automática de la condición resolutoria es evitar situaciones de anormal dificultad para conseguir el consentimiento del vendedor que cobró, lo más sencillo sería un uso jurídico, corroborado incluso por una cláusula de estilo que autorizase la retención del último plazo en tanto no se otorgue documento inscribible de carta de pago.

quinto denegados en la nota y luego estimados inscribibles en el informe del Registrador. Dice que la validez de tales pactos «se pretende fundamentar en el principio de autonomía de la voluntad» y que tal validez «aparece reafirmada por el funcionario calificador al rectificar en su informe la nota». No es, por tanto, aventurado suponer que la Dirección se creyó impedida, o al menos exenta, de entrar en el problema de dicha validez por la concordancia de opiniones de Notario recurrente y Registrador y que por lo mismo la Resolución no contiene doctrina explícita sobre tal validez. No obstante, parece lógico suponer que la Dirección se inclinó también en favor de aquellas opiniones concordantes y que implícitamente estaba sentando doctrina favorable a la validez de los apartados cuarto y quinto de la estipulación tercera de la escritura, porque si no, hubiese argumentado en forma coherente para resolver de nuevo que no era inscribible el apartado sexto.

Los *considerandos quinto y sexto*, partiendo de que el apartado cuarto de la cláusula resulte ya inscrito en el Registro, estiman que, cuando el tiempo estipulado haya transcurrido, el asiento mismo indicará que se ha extinguido la facultad resolutoria y por ello la cancelación automática procederá conforme a lo dispuesto en los artículos 38, 40, 1, b), 79-2.º y 82-2.º de la Ley Hipotecaria. Puede que ninguno de estos artículos sea decisivo para deducir de ellos la cancelación automática de la facultad resolutoria por el simple transcurso del plazo; tampoco es cierto que toda cancelación automática conduzca a una actuación de oficio por el Registrador; pero sí es cierto que desde el momento en que el Registrador admitió como válido el subpacto de someter la *lex commissoria* a un término final cierto, abstracción hecha del pago o del impago del precio, la cancelación de la condición resolutoria era obligada y el consentimiento del vendedor innecesario, de manera que el apartado quinto, con su consentimiento formal anticipado, no pasaba de ser un innecesario adorno de *elegantia juris* poco acorde, por otra parte, con nuestro sistema inmobiliario registral en el que cada vez la doctrina muestra menos simpatía por el consentimiento formal.

El *penúltimo considerando* trata de justificar la aplicación por pacto del artículo 355 del Reglamento Hipotecario, punto crucial del recurso, a pesar de que tal aplicación fue lo que, sin lugar a duda, rechazó la Resolución de 11 de diciembre de 1974. La decisión y valor del recurrente, colocándose en los mismos cuernos de esta resolución y afirmando que se trataba de un caso distinto, tuvieron su premio y la Dirección, sugestionada, asiente al recurrente y afirma que dicha resolución versaba sobre cancelación automática por caducidad del asiento y ahora se trata de la cancelación automática de una facultad extinguida según el propio asiento.

La Dirección General no quiso confesar que estaba dispuesta a cambiar de opinión y a sentar doctrina contraria a la de 1974, acaso porque al refrán «de sabios es cambiar de opinión» se le da, casi siempre, entre nosotros y sin razón, sentido irónico y mordaz. No quiero entrar en la comparación de ambas Resoluciones y dejo al lector el trabajo de contraponer el considerando que ahora comparto con los cuarto y quinto de la Resolución de 1974.

Creo que el Notario recurrente estimó de buena fe que no eran idénticas las cláusulas a las que me refiero, pero lo cierto es que las variantes introducidas en su formulario son intrascendentes en los dos apartados pri-

meros del subpacto de extinción y cancelación de la condición resolutoria (en los que se mezclan la recogida de las letras y el transcurso de un plazo cierto) y puede afirmarse que inexistentes en su apartado tercero (que es el sexto de la cláusula total) (3).

El *considerando penúltimo* termina, con una frase algo cabalística, admitiendo la posibilidad de que exista algún obstáculo que impida la aplicación del artículo 355. No imaginamos cuál pueda ser el obstáculo, una vez inscrita la cláusula completa, salvo la falta de calendario en la oficina. Acaso el obstáculo al que se refiere sea el fiscal de la falta de liquidación del concepto de cancelación de hipoteca; pero desprecia el Centro Directivo el que precisamente este obstáculo era algo que estaba en el meollo del problema discutido. Por otra parte, el considerando se olvida de que no sólo al certificar se cancela al amparo de dicho artículo del Reglamento, sino también al extender algún asiento relativo a la finca.

El *considerando final* intenta eliminar los últimos remilgos de los Registradores y de los Liquidadores del Impuesto de Transmisiones, que tantas veces son una sola persona: El título cancelatorio será el mismo de compraventa una vez que haya transcurrido el plazo de caducidad convencional de la facultad resolutoria, y traduciendo este último considerando al lenguaje vulgar resultará que el interesado contribuyente presentará la escritura de compraventa a la Oficina liquidadora para pago del impuesto de cancelación de condición resolutoria, una vez transcurrido el plazo establecido de caducidad, y luego a calificación del Registrador, calificación que quedaría reducida a comprobar el pago del Impuesto y el transcurso del plazo.

Está clara la contradicción entre el considerando penúltimo y el último, puesto que el artículo 355 del Reglamento ordena cancelar el asiento caducado de oficio y sin título alguno y, en cambio, el último considerando se esfuerza en dotar a la escritura de compraventa constitutiva de la facultad resolutoria, de valor de título cancelatorio de la misma, una vez transcurrido el plazo de caducidad.

C) *El problema fiscal*

La contradicción de los dos considerandos se hace más patente si pensamos en la cuestión del pago del impuesto por el concepto de cancelación de hipoteca que debe preceder al asiento de cancelación de la condición resolutoria. Vimos la ligereza con la que el escrito de recurso contempla esta cuestión al asegurar que nada impide la calificación fiscal correspondiente; tampoco el Registrador insiste demasiado, acaso por estimar obvio que la cancelación de oficio, en base a una petición de certificación o simplemente por extenderse un asiento posterior, implica necesariamente quebrantar el artículo 254 de la Ley Hipotecaria y esto es lo que justificaba

(3) El convencimiento de que ambas resoluciones versaban sobre formulaciones diversas no sólo fue transmitido por el recurrente a la Dirección, sino que ha conseguido sugestionar a otros muchos. Así, RODRÍGUEZ ADRADOS incluye entre los últimos aciertos con los que el Notariado latino ha hecho progresar el Derecho el pacto de cancelación automática (de la condición resolutoria por impago del precio aplazado) por el transcurso de un plazo concretamente establecido, de grandes dificultades teóricas —dice—, que fracasó ante la Resolución de 11 de diciembre de 1974, y *que retocado* ha sido al fin admitido en la de 28 de noviembre de 1978. Parte del tercer considerando de esta última es transcrito por ADRADOS como prueba de la meritoria función del Notariado de tipo latino (*).

(*) ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS: «Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios», *Revista de Derecho Notarial*, núm. CTV, abril-junio 1979, pág. 409.

su negativa a inscribir un pacto que había de conducirlo luego, para ser consecuente con lo inscrito, a quebrantar dicho precepto, salvo que las partes olvidándose o volviéndose atrás de lo convenido pidieren la cancelación en base a un documento previamente liquidado. El considerando último advierte que aquí hay un problema, pero en vez de tratar de solucionarlo lo soslaya diciendo que es posible que el mismo título de compraventa que, previo pago de los conceptos liquidables de venta y de hipoteca, produjo el asiento de compraventa con condición resolutoria, sirva pasado el plazo, previo pago del concepto de cancelación de hipoteca, para el asiento de cancelación de la facultad resolutoria. Es cierto que es posible y precisamente por ello el Registrador se negaba a inscribir el apartado 6.º de la cláusula, porque ésta le obligaba a cancelar de oficio, sin solicitud ni documento alguno, en base exclusivamente al artículo 355 del Reglamento en los supuestos que previene.

No procede entrar en la historia antigua de la sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, entonces derechos reales, de la constitución primero y de la cancelación después, de las cláusulas de *lex commissoria*; es preferible olvidarla. Tampoco quiero recordar las incidencias de la tributación por este impuesto de las cancelaciones registrales por las caducidades de asientos introducidas por la legislación hipotecaria (4). En ambas cuestiones hubo inelegantes forcejeos. Pero no debemos silenciar que en el tema fiscal estaba la dosis mayor de polémica en torno a las cláusulas de cancelación automática y de oficio objeto de las dos Resoluciones que venimos manejando.

La situación actual después de la Resolución de 29 de noviembre de 1978 no es nada clara, por la indudable contradicción que contiene, ya que si se inscribe la totalidad de la cláusula Blanquer, el Registrador vendrá obligado, para ser congruente, a cancelar de oficio y en los supuestos del artículo 355 del Reglamento, sin más requisito que el transcurso del plazo previsto, pero entonces se produce la cancelación sin previo pago del impuesto por ese concepto, y si se exige el pago del impuesto a través de una solicitud de cancelación o de la misma escritura de venta presentada nuevamente a liquidación, entonces se deja inoperante la registración del último apartado de la cláusula de extinción de la facultad resolutoria.

Ahora bien, por las misteriosas leyes del azar es posible que el problema de la caducidad automática de la *lex commissoria* transcurrido cierto plazo se pueda resolver solo, porque el artículo 4.º de la Ley 41/1980, de 5 de julio, estableció, no se sabe si con carácter general o sólo para ventas de las viviendas que trata de fomentar, que las condiciones resolutorias explícitas de las compraventas a que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y que garanticen el pago del precio aplazado en las transmisiones empresariales de bienes inmuebles no tributarán ni por el Impuesto de Tráfico de Empresas ni por el de Transmisiones Patrimoniales, ni en la constitución no en la cancelación. Y el artículo 3.º de la Ley 32/1980, de 21 de julio, reguladora del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuando determina el hecho imponible relativo a los derechos reales, sujeta su constitución, su transmisión onerosa y la ampliación de su contenido, con lo que parece excluir *a sensu contrario* la extinción y cancelación de los mismos.

Es cierto que si termina por prosperar esta interpretación de la Ley,

(4) Números 2, c), y 4 del artículo 13 del Reglamento de 21 de marzo de 1958.

y ni el texto refundido ni el Reglamento futuros reconsideran tal supresión de conceptos liquidables, la escritura de cancelación de condición resolutoria quedaría sujeta únicamente al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y, por tanto, el no estimarla necesaria para practicar la cancelación a través de la actuación de la cláusula de cancelación automática y de oficio conforme al artículo 355 del Reglamento, tiene decisiva trascendencia fiscal, hasta el punto que resultaría grave injusticia el que el pago o la no sujeción de la cancelación de la condición resolutoria dependiese de haberse hecho constar o no una cláusula hasta ahora fiscalmente muy dudosa (5) (6).

D) *Cancelación automática y cancelación de oficio*

Partiendo de las dos más importantes clasificaciones de las cancelaciones que suelen hacer los tratadistas damos por supuesto que el ámbito de la cancelación automática, o cancelación sin el consentimiento del titular no coincide con el de la cancelación de oficio. Tampoco es acertado considerar excepcional y de *numerus clausus* la cancelación automática, pues presenta en sus múltiples supuestos varias modalidades en cuanto a requisitos y documentos necesarios para practicarla; como dice Roca, existe una variada graduación en este punto que va desde la necesidad de una sentencia judicial, hasta ser suficiente la simple solicitud privada del beneficiado por la cancelación, y pone como ejemplo de este supuesto el de que de la misma escritura, en cuya virtud se hubiese hecho la inscripción, resulte que el derecho a cancelar ha caducado o se ha extinguido (7). Innecesario decir que siempre se ha estimado que tal solicitud deberá haber sido presentada en la competente Oficina liquidadora para el pago o declaración de exención siempre que el acto extintivo o el mero hecho de la extinción implicase concepto liquidable (8).

Por el contrario, la cancelación de oficio se mueve única y exclusivamente, según los tratadistas, en el campo de la caducidad legal de los asientos registrales establecida como medio de purgar el Registro de asientos referentes a derechos presuntamente extinguidos que la Ley, aquí sí excepcionalmente, dispone cancelar, o bien de asientos que no llegaron a ser definitivos por falta de algún requisito legal. Aún aquí en algunos

(5) La supresión del Impuesto sobre las rentas del capital reduce a problema de Derecho transitorio el de la garantía de este impuesto en el caso de hipoteca y en el de su análogo el de condición resolutoria en garantía de precio aplazado

(6) Ignoramos si se presenta el giro dado por el legislador fiscal en materia de extinciones de derechos reales cuando se gestaba la Resolución que comento. Lo estimo difícil y creo que se ha tratado de una feliz coincidencia. O casi feliz, pues como vemos quedan cuestiones pendientes.

(7) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 1968, tomo III, en el que la amplia exposición de la cancelación automática ocupa las págs. 261 a 269, y el estudio de las cancelaciones de oficio se encuentra en las págs. 283 y 284

(8) Como simple ejemplo de la rica casuística de la llamada cancelación automática podemos recordar el supuesto contemplado por la Resolución de 30 de junio de 1933, citada en el Vistos. Se trataba de unas hipotecas testamentarias constituidas en garantía de unos legados de pensión vitalicia. Las hipotecas se formalizaron en la escritura de protocolización de las operaciones particionales, incluyendo una cláusula conforme a la cual se cancelarían con la sola presentación del certificado del óbito del correspondiente legatario. El Registrador no consideró suficiente la solicitud de los dueños de las fincas con las certificaciones de defunción de los legatarios pensionistas para cancelar las hipotecas, pero la Dirección confirmó el Auto, que había revocado la nota, en base a la doctrina de la cancelación automática, a la cláusula de la misma hipoteca y a considerar—esto un poco precipitadamente—extinguido por completo el derecho a percibir las pensiones por muerte de los pensionistas; y decimos que un poco precipitadamente, pues del Código no resulta que la muerte del pensionista extinga el derecho a cobrar las pensiones devengadas y no satisfechas. Posiblemente la circunstancia de los años transcurridos desde los fallecimientos a la solicitud indujeron al Centro Directivo a resolver así, tanto como el pacto de cancelación automática por la mera presentación de los certificados de defunción.

casos se exige también solicitud de parte interesada; y en algunos resulta dudoso si se exige o no. La cancelación de oficio sí debe estimarse excepcional y con *numerus clausus* y sólo, en este campo actúa al artículo 355 del Reglamento, o al menos actuaba antes de la Resolución que comento que ha venido a introducir una grave incertidumbre.

Efectivamente, el apartado final de la cláusula discutida en el recurso conduce sin duda, una vez inscrita, a cancelar de oficio la facultad resolutoria una vez transcurrido el plazo establecido sin que conste en el Registro asiento alguno de prórroga convenida o de ejercicio de alguna de las acciones o pretensiones del vendedor. Y esto tanto al expedir una certificación—cuya solicitud de ninguna manera puede estimarse solicitud de cancelación—, como al practicar cualquier otro asiento referente a la finca. De esta manera se ha saltado inadvertidamente del campo de la cancelación automática, sin consentimiento actual del titular del derecho a cancelar, al campo de la cancelación de oficio por caducidad legal de asientos registrales, cosa totalmente distinta.

E) *Reparos al plazo de caducidad de la lex commissoria*

Como vimos, el Registrador, después de una nota calificadora en la que rechazaba totalmente el sometimiento de la condición resolutoria por impago del precio a un término final, totalmente abstraído del pago o del impago del precio, pareciendo dispuesto a extraer de la Resolución de 16 de diciembre de 1974 todas las posibilidades que para defender esta tesis contenía, cambia de opinión en el informe y, sin explicación ninguna, considera válidos e inscribibles los apartados 4.º y 5.º de la cláusula tercera. Probablemente la denegación de estos apartados se había hecho sin gran convicción y coincidiendo con el Notario autorizante en el argumento de que juntos con el 6.º constituyen una unidad lógica y jurídica. Al redactar la nota la denegación partió de esta unidad y los titulares del Registro número 4 consideraban fácil obtener una Resolución favorable a la denegación total partiendo de la no inscribibilidad indudable del apartado 6.º (Resolución de 1974); pero al redactar el informe, el enfoque cambia totalmente, se estima que tal unidad lógica y jurídica no impide estimar inscribibles los apartados 4.º y 5.º, fundándose en consideraciones que no se aclaran, y la argumentación para rechazar el 6.º aisladamente se dificulta.

Y sin embargo, seguimos creyendo que hay serios argumentos en contra de los apartados 4.º y 5.º. Unos quedaron apuntados en los mismos considerandos de la Resolución de 1974, otros figuran en mi comentario en la misma, otros han sido esgrimidos por varios Registradores para oponerse a las que podemos considerar cláusulas Blanquer concisas. Veamos sintéticamente los más importantes:

— El principio de autonomía de la voluntad no es absoluto y en nuestro caso es indudable que el pacto no puede convertir anticipadamente el impago del precio en pago del precio, pago que la misma escritura establece como presupuesto del *deficiente conditione*, y, por tanto, de la extinción de la facultad resolutoria.

— Que no todos los derechos pueden configurarse como temporales. En especial, es difícil configurar los accesorios con limitación temporal dis-

tinta de la del correspondiente principal y menos aún en los derechos potestativos y facultades jurídicas incardinados en otra relación básica (9). Tampoco es fácil que la condición, elemento accidental del negocio jurídico, pueda abstraerse y desligarse del acontecimiento condicionante.

— Someter a término final la facultad resolutoria, independizándola del pago o impago del precio, introduce la problemática del negocio abstracto en uno de sus elementos accidentales y al desconectar aquélla de su causa (garantizar el pago del precio), cortando la relación entre la resolución y el impago ocasiona una cláusula contradictoria y una condición ambigua.

— Dada la analogía y común finalidad del pacto de *lex commissoria* y la reserva de hipoteca en garantía del pago del precio, es apresurado admitir la limitación temporal de aquél sin plantearse la posibilidad de constituir la hipoteca a término final independientemente de la extinción del crédito garantizado con violación del principio de accesoriedad (10).

— Que es cosa distinta las condiciones incardinadas en plazo admitidas por los artículos 1.117 y 1.118 del Código Civil, en las que el plazo forma parte integrante del evento, pero no es plazo de duración de la condición.

— Ni en la cláusula objeto del recurso ni en las similares se matiza si el ejercicio de la resolución obstativo de la extinción-caducidad de la condición resolutoria ha de ser judicial (anotación de la demanda), o puede ser extrajudicial (acta de requerimiento extrajudicial) incluso con forma menos solemne de la exigida por el artículo 1.504 del Código. Complica la cuestión las imprecisiones doctrinales y jurisprudenciales sobre el verdadero sentido del requerimiento que exige el referido artículo del Código.

— Concretamente, en el formulario Blanquer hay dos contradicciones o incoherencias entre los apartados 4.º y 5.º tan repetidos. El 4.º establece la caducidad de la *lex commissoria* si llegado el día no se hubiere ejercitado el derecho de resolución; el 5.º condiciona la caducidad a que llegue el día y a que no conste en el Registro asiento alguno de prórroga convenida o de ejercicio de cualquiera de las acciones o pretensiones que corresponden al vendedor. Prescindiendo de cómo el 5.º amplía los supuestos obstativos de la caducidad, está claro que no se sabe a qué apartado hay que dar prevalencia si entran en colisión, por ejemplo, si el ejercicio del derecho de resolución es anterior al día (lo que evita la caducidad del pacto conforme al apartado 4.º), pero llega al Registro después del día cierto fijado (tarde, pues, para evitar la caducidad automática conforme al 5.º).

(9) Debemos observar cómo la Dirección no ha seguido al recurrente en su afirmación tajante y absoluta de que se puede establecer un plazo de duración a todos los derechos reales, facultades o potestades de trascendencia real.

(10) Sobre la extinción de la hipoteca por expiración del plazo por el que se constituyó, como causa distinta de su extinción por ser el crédito garantizado de duración limitada, ver ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 1968, vol. IV, 2.º, págs. 1111. Aunque se muestra favorable a su posibilidad argumenta a favor de ésta solamente con el supuesto de hipoteca por deuda ajena por analogía con el caso de la fianza personal, con el artículo 2.878, 6.º, del Código italiano y con una cita de GAYOSO. No soluciona el problema a pesar de las opiniones doctrinales sobre la renuncia unilateral de crédito hipotecario (con cancelación de la hipoteca y subsistencia de la obligación), de las que se deja constancia en su considerando final, la Resolución de 28 de abril de 1927.

El artículo 2.927 del Código Civil mejicano de 1928 dice expresamente que los contratantes pueden señalar a la hipoteca una duración menor que la de la obligación principal.

El artículo 2.878 del Código italiano admite como tres causas distintas de extinción de la hipoteca: 2) la falta de renovación de la inscripción dentro del término de veinte años contados desde su fecha; 3) la extinción de la obligación; y 6) la terminación del término al que la hipoteca se limitó o el cumplimiento de la condición resolutoria.

Pero es difícil extender estos preceptos a legislaciones que contienen otros expresos estableciendo el principio de accesoriedad y carecen de otros, admitiendo la hipoteca *ad tempus*.

— En mi opinión, lo más grave de las cláusulas de que tratamos, tanto en su formulación amplia como en las formulaciones breves, es dejar un tanto impreciso, especialmente para el gran público, qué es lo que verdaderamente caduca y se extingue una vez transcurrido el plazo establecido. No creo que se trate de la acción de cobro del precio, aunque hemos visto algún caso en que parecía pactarse una presunción *juris et de jure* de pago al llegar al término. Más dudoso es si la caducidad y extinción se extiende a la condición resolutoria tácita legal del artículo 1.124 del Código Civil, porque no debemos olvidar que ni siquiera en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es tan tajante la separación entre este artículo y el 1.504, como la doctrina hipotecaria y notarial han marcado a vuelta de discusiones. Si lo que se extingue o caduca es sólo la condición resolutoria expresa (*lex commissoria*) del artículo 1.504, cabe todavía dudar si la extinción es exclusivamente con efectos respecto de tercero, o también *inter partes*, aunque no haya aparecido ningún tercero, ni en relación con la finca ni en relación con la facultad resolutoria cesionario del crédito, endosatario de las cambiales, etc.).

Posiblemente las cláusulas que nos ocupan sólo pretendan extinguir los efectos *erga omnes* de la facultad resolutoria *ex lex commissoria*, con vistas a eliminar trabas en el tráfico inmobiliario derivadas de condiciones inscritas aunque «probablemente» extinguidas. Pero lo cierto es que si es sólo esto lo que pretenden, las ha faltado decirlo y la ambigüedad sobre si pretenden todo o algo de lo demás a que nos hemos referido es indudable.

Sin duda cuando se incluyen cláusulas de caducidad automática de la condición resolutoria no se pretende que el vendedor pierda la acción para reclamar el precio aplazado no pagado por el mero hecho del transcurso del plazo de caducidad establecido; posiblemente ni siquiera haya intención de excluir la facultad resolutoria *inter partes*, aunque esto ya es más dudoso, si tenemos en cuenta que, aunque la resolución en virtud del pacto de *lex commissoria* (art. 1.504) no sea totalmente coincidente con la derivada del artículo 1.124, existen zonas comunes a ambas y en ciertos aspectos no son fácilmente separables. Es fácil decir que en las cláusulas no hay el menor indicio de pretender excluir *ad tempus* la condición resolutoria tácita, e incluso pudiera añadirse que el precepto del artículo 1.124 no es susceptible de exclusión por pacto; pero lo cierto es que toda cláusula escrituraria, especialmente cuando no es habitual, contrastada por el uso y de pacífica interpretación debe ser clara cuando sin gran dificultad puede serlo. La lógica intención de las partes es someter a plazo única y exclusivamente los efectos *erga omnes*, contra tercero concedidos a la facultad resolutoria por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, mediante la inscripción registral del pacto de *lex commissoria*, y esto es lo que claramente debería pactarse (11).

(11) Los reparos que más frecuentemente suelen oponer los Registradores a la inscripción de las varias fórmulas de cancelación automática son

— El de que la caducidad de asientos no procede más que en los casos determinados por la Ley. A este reparo la Resolución comentada ha replicado, con verdad a medias, que lo caducable por plazo es la facultad resolutoria y no el asiento.

— Que la caducidad se suele someter a una condición imprecisa más que a un plazo cierto, porque además del transcurso de éste se exige que el vendedor no haya ejercitado ninguna de las acciones que le competen para el cobro o para la resolución, e incluso se maneja indistintamente la falta de ejercicio de las acciones y la falta de la constancia registral de tal ejercicio.

— Que querer garantizar el cobro del precio aplazado con el pacto de resolución y luego someter la facultad resolutoria a un plazo prescindiendo del cobro implica una voluntad contradictoria.

F) *La variedad de formulaciones de la caducidad automática*

Aunque las dos Resoluciones que han versado sobre la cancelación automática de la condición resolutoria del impago del precio aplazado hayan recaído sobre el formulario del señor Blanquer la variedad de cláusulas que se vienen utilizando es muy grande. Todas tratan de eludir los inconvenientes que en ocasiones presenta la fórmula tradicional y normal: la escritura de carta de pago del precio aplazado con solicitud de cancelación de la facultad resolutoria por *deficiente condicione*. Unas son más afortunadas que otras, algunas son francamente peligrosas por cuanto llegan a presumir el pago o a darle por realizado por el mero transcurso del plazo; pero incluso las que no llegan a estos extremos (12) con su misma variedad están demostrando que se está lejos de encontrar una fórmula claramente aceptable. Unas centran excesivamente la caducidad en la inscripción o mención registral, otras se mantienen en un plano puramente sustantivo despreciando su reflejo registral, otras mezclan indiscriminadamente la extinción de la condición resolutoria en el plano sustantivo con la cancelación registral cosas que no cabe simultanear. Aunque no la encontremos plenamente satisfactoria no cabe negar que la cláusula Blanquer es sin duda la más trabajada, aunque a costa de ser excesivamente larga.

Creo que no se conseguirá una fórmula aceptable y breve para simplificar la cancelación de la condición resolutoria cuando, pagado el precio, no se ha otorgado el oportuno documento notarial probatorio, sin determinar claramente qué es lo que se pretende con el mero transcurso del plazo con vista a ese resultado. Mi creencia es que lo único que debe extinguirse es la facultad resolutoria especial derivada del artículo 1.504 en los términos del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, o sean los efectos reales, *erga omnes* o contra tercero del pacto comisorio, extinción para la cual es momento muy decisivo la cancelación, o constancia registral de tal extinción.

— La confusa situación de la facultad resolutoria transcurrido el plazo, pero sin cancelación formal en el Registro.

— Que la condición resolutoria no puede quedar sin efecto al transcurrir determinado plazo superior al de vencimiento del de pago, porque si se había pagado el precio, ya estaba sin efecto la condición, y si no se había pagado en el de vencimiento, ya se había cumplido y producido efecto la condición. Pero este argumento se vincula en exceso a la concepción de la *lex commissoria* como una verdadera condición resolutoria.

— El juego del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, según el cual no hay nada que cancelar, sino simplemente hacer constar el cumplimiento o incumplimiento de la condición.

(12) Sólo a título de ejemplo transcribimos algunas fórmulas de Notarios de Madrid

La condición resolutoria establecida quedará sin efecto transcurridos dos años a partir del vencimiento de la última cambial (o sea el día), quedando facultado el comprador y los futuros titulares registrales para solicitar del Registro la extinción o cancelación (JULIÁN ECHEVARRÍA).

Pactan expresamente las partes que caducará de pleno derecho la anterior condición resolutoria y la inscripción de la misma en el Registro noventa días después del último vencimiento de los plazos en que se ha hecho representar el precio aplazado de pago, si del Registro no aparece novada la condición antes de esa fecha o ejercitadas por la parte vendedora las acciones que le corresponden en virtud de este contrato (RUIZ JARABO y, en fórmula bastante similar, TORRENTE SECORUM).

La mención registral se entenderá automáticamente extinguida y cancelada al transcurrir seis meses desde el vencimiento del último plazo, sin que conste en el Registro la reclamación del débito hecho por el vendedor, quien desde este momento presta su especial consentimiento a la relacionada forma de consignar el pago y cancelación automática de dicha mención registral por caducidad (FERNÁNDEZ HUIDOBRO).

G) En *resumen*, podemos concluir:

1. Con un poco de suerte, y si el legislador fiscal no se desdice, el principal obstáculo práctico para el desenvolvimiento de las cláusulas de sometimiento de la condición resolutoria por impago del precio a un término final cierto, que desemboque en una cancelación automática, puede estar en trance de desaparecer.
2. En este sentido la Resolución comentada puede ser un instrumento útil para continuar en el referido desenvolvimiento a pesar de su vacilante doctrina, que por una parte se abstuvo de entrar en el tema fundamental de la validez de la cláusula de temporalidad de la facultad resolutoria (pues se limita a dar por bueno el consenso entre recurrente y Registrador) y por otra contiene la acusada contradicción entre sus dos últimos considerandos en el punto concreto de la cancelación de oficio al amparo del artículo 355 del Reglamento y sus consecuencias fiscales.
3. A pesar de la superioridad del formulario de Blanquer sobre otros que tratan de perfilar la cancelación automática de la condición resolutoria, creo que presenta aún inconvenientes muy destacables, entre los cuales no son los menores la extensión de la total cláusula y el entrecruce del procedimiento de cancelación por la tenencia de las letras. (mediante acta) y el de extinción de la facultad resolutoria por transcurso de un plazo. De todas maneras la mejora del formulario en el punto concreto del pacto de caducidad de la *lex commissoria* tiene menos importancia que la necesidad de replantearse en su totalidad el problema de la justicia del pacto de *lex commissoria* en sus abusivas formulaciones.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

II. DERECHOS REALES

TERCERIA DE DOMINIO ANTE EL EMBARGO DE PARQUET. TEORIA DEL TITULO Y MODO: NO ES APLICABLE A LOS BIENES QUE SE INCORPORAN POR ACCESION, PUES ESTA NO NECESITA MODO. BIENES INMUEBLES POR INCORPORACION: DISTINCION ENTRE PARQUET INSTALADO Y PARQUET ACOPIADO. EL PARQUET ACOPIADO EN LA OBRA NO ES PARTE INTEGRANTE DE LA FINCA, NI IMPLICA ACCESION; PERO SI LO ES EL PARQUET YA COLOCADO (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1978).

Hechos.—«Promotora Hergar, S. A.», presentó demanda de tercera de dominio contra «Parkin D, S. A.», y contra don José Antonio M. Cano, ejecutante y ejecutado respectivamente en el juicio ejecutivo, en el que se embargaron como de propiedad del últimamente citado el parquet ya instalado en unos pisos y el acopiado en las obras de otros pisos, cuando, según la tercerista, a ella le pertenecían, la cual había contratado con el demandado M. Cano la ejecución de obra con suministro de material a precio alzado, consistente en unas viviendas, ampliándose dicho contrato por documento posterior en el que se pactan mejoras, entre ellas la colocación de pavimento de parquet en las viviendas en sustitución del pavimento de terrazo previsto en el proyecto inicial, habiéndose pagado por la actora las cantidades correspondientes. De cuanto antecede, resulta, según la actora, que es propietaria de la obra ejecutada por el contratista, comprendiendo este concepto de obra no sólo la efectivamente realizada, sino también los materiales acopiados para su posterior empleo. Por ello,

suplica se dicte sentencia declarando que el expresado parquet es de propiedad exclusiva de la actora, levantándose el embargo trabado.

Contestó a la demanda «Parkin D, S. A.», rechazando que el parquet sea propiedad de la tercerista.

El Juez de Primera Instancia número 16 de los de Madrid dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que absolvió de la demanda a la parte demandada.

La demandante interpone recurso de casación por infracción de ley por dos motivos: 1.º Por indebida aplicación del artículo 609 del Código Civil, en cuanto que la sentencia recurrida niega la realidad y eficacia de los títulos de dominio por inexistencia de la entrega y recepción de la obra ejecutada en el momento en que el embargo se produjo, cuando el ámbito de aplicación del artículo 609 es en relación a los modos derivativos de adquisición de la propiedad, no a los originarios como es la accesión; 2.º Por inaplicación de lo dispuesto en los números 3 y 4 del artículo 334 del Código Civil y en el 358 del mismo, pues al ser la entidad tercerista dueña del suelo, no procede el embargo del parquet colocado, que es una pertenencia y, como tal, carece de entidad física o jurídica propia, e igual tratamiento merece el parquet acopiado en la obra «con el propósito de unirlo de modo permanente al fundo».

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, estima el recurso en cuanto al primer motivo y parcialmente en cuanto al segundo motivo, por lo siguiente:

«Considerando que en el primer motivo se denuncia por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1.692, la aplicación indebida del artículo 609 del Código Civil razonando que la teoría del título y el modo es solamente aplicable a aquellas adquisiciones que derivan de contrato más no a las derivadas de la condición jurídica de los bienes por incorporación, y evidentemente al requerir la Sala de Instancia la entrega material para considerar al recurrente dueño de la cosa, incidió en la aplicación indebida del artículo citado, puesto que como ya tiene esta Sala dicho en el contrato de arrendamiento de obra, como es el contemplado en los presentes autos, el propietario del suelo va haciendo suyos «los avances, porciones o parciales resultados de la obra, ya que el contratista se obliga a ejecutar.» (Sentencia de 28 de noviembre de 1973), procediendo, en consecuencia, la estimación del motivo.»

«Considerando que en el segundo motivo se denuncia, por el mismo cauce procesal del anterior, la violación de los números 3 y 4 del artículo 334, según el cual «todo lo que esté unido a un inmueble de manera fija, de suerte que no pueda ser separado de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, pase a formar parte integrante del mismo» conforme a lo dispuesto en dicho precepto del Código Civil, no ocurre lo mismo respecto del parquet «acopiado en la obra» por no estar comprendido en ninguno de los casos de accesión establecidos en dicho artículo ni en lo dispuesto en el 358, procediendo, en consecuencia, la estimación parcial del motivo, únicamente en cuanto se refiere al parquet colocado.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima parcialmente la demanda, pues considera que el parquet ya instalado en los pisos es pro-

piedad de la tercerista, al haber quedado adherido al suelo, conforme al número 3 del artículo 334 del Código Civil; pero que el parquet acopiado en la obra no ha adquirido la condición de inmueble.

CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. ACCESION INVERTIDA: APLICACION DEL PARRAFO ULTIMO DEL ARTICULO 361 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1978).

Hechos.—La entidad «Playa Bella V., S. A.», formuló demanda de mayor cuantía contra «Playas del S., S. A.», sobre reclamación de cantidad, suplicando se dicte sentencia declarando: a) Que la demandante es propietaria de la finca descrita en la demanda y que ésta limita con la finca de la demandada con cierto y determinado lindero común tal como se indica en el plano que se acompaña; b) Que la entidad demandada, traspasando ese lindero común ha invadido el terreno propiedad de la actora; construyendo sobre el mismo parte de dos edificaciones y siete fosas sépticas en la proporción determinada en los informes periciales que también se acompañaban; c) Que se declare el derecho de la demandante a efectuar la elección prevista en el artículo 361 del Código Civil y, por ello, que la demandada está obligada a pagarle el precio del terreno ocupado por esas obras, según la valoración pericial que resulte en el juicio; d) Que se condene a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones, obligándola, por tanto, a comprar a la actora el terreno invadido abonándole en pago de dicho terreno, el precio que pericialmente se determine, para cuya compraventa se otorgará la correspondiente escritura pública.

La parte demandada se opone negando la existencia de linderos fijos y la invasión de terreno, y suplica se dicte sentencia desestimatoria de los pedimentos de contrario.

El Juez de Primera Instancia de Puerto de Santa María desestimó la demanda, pero dicha sentencia fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que estimó la demanda, señalando, en cuanto al terreno invadido, que es de 1.071 metros cuadrados y que a razón de 1.000 pesetas por metro cuadrado, su valor se eleva a un millón setenta y una mil pesetas, precio que está obligada a pagar la demandada, otorgando a la actora la escritura de compraventa.

La demandada interpone recurso de casación por violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no ser congruente la sentencia con las pretensiones de los litigantes, ya que en el suplico de la demanda se contiene una pretensión de acción reivindicatoria de terreno determinado y la sentencia cambia o modifica esa zona como consecuencia de una prueba pericial en contra de lo señalado en el suplico; y también es incongruente la sentencia por otorgar más de lo pedido, ya que en la demanda no se reivindican 1.071 metros cuadrados, sino que se pide al Juzgado que se defina sobre una extensión exacta de terreno objeto de la reivindicación, pues la extensión debería haberse fijado en trámites de ejecución de sentencia. Además, alega error de hecho en la apreciación de la prueba, pues la sentencia se basa en el informe de un arquitecto, prescindiendo de los informes periciales que el propio actor apuntó en el suplico de la demanda y de otras pruebas resultantes de documentos auténticos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que por los dos primeros motivos del recurso, respectivamente amparados en los números 2.º y 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la sentencia recurrida de no ser congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y otorgar el fallo más de lo pedido; mas una simple confrontación entre *petitum* del actor, ya que el demandado no pide sino la absolución de la demanda, y el fallo de la sentencia demuestran de manera clara y evidente lo erróneo de tales acusaciones y así, en relación a las pretensiones declarativas del *petitum* que lo son: a) La de dominio de «Playa Bella Vista, S. A.», de la finca descrita en el hecho primero de la demanda y lindero común con la finca propiedad de la demandada, el apartado a) del fallo de la sentencia lo declara con la más absoluta correlación; b) la de que la demandada «Playas del Sur, S. A.», traspasando ese lindero común invadió el terreno de la actora construyendo sobre el mismo parte de dos edificios y siete fosas sépticas, es declarado en el apartado b) del fallo casi literalmente reproducido; c) la del derecho de la demandante a efectuar la elección prevista en el artículo 361 del Código Civil y por ello la demandada está obligada a pagarle el precio del terreno ocupado con esas edificaciones y fosas sépticas según la valoración que pericialmente resulta, se declara en el apartado c) del fallo «que 'Playas del Sur, S. A.', se halla obligada a pagarle a 'Playa Bellas Vistas, S. A.' el precio del terreno ocupado con las expresadas edificaciones y fosas sépticas, terreno cuya extensión es de 1.071 metros cuadrados, que a razón de mil pesetas el metro cuadrado, su valor se eleva a un millón setenta y una mil pesetas», con lo que lo resuelto y lo pedido es absolutamente congruente puesto que no varía sino en la argumentación jurídica por la que la parte pide y la sentencia declara, ya que si bien para aquélla lo era en virtud de la segunda de las opciones que le otorga el artículo 361 del Código Civil, la sentencia entiende que encontrándonos ante un supuesto de accesión invertida, ya que conforme a los hechos que declara como probados y que en síntesis son: a) que «Playa Bella Vista, S. A.», es propietaria de la finca que se describe en el hecho primero de la demanda la que limita con otra de «Playas del Sur, S. A.»; b) que «Playas del Sur, S. A.», traspasando dicho lindero ha invadido el terreno perteneciente a «Playa Bella Vista, S. A.», construyendo sobre el mismo parte de dos edificaciones y siete fosas sépticas; c) que el precio de dicho terreno invadido en un total de 1.071 metros cuadrados es el de un millón setenta y una mil pesetas, se invierte el principio *superficies solo cedit* y a su virtud, cediendo el suelo a lo edificado, el propietario debe ser indemnizado en su valor, con lo que se llega a igual conclusión que la solicitada en la demanda, porque en verdad al haber optado el propietario del terreno invadido, voluntariamente, por la segunda de las opciones que le concede el artículo 361 del Código Civil, dada para los supuestos de la accesión que en el mismo se contempla, es decir, a que el constructor le pague el precio del terreno, es la solución que se da en la accesión invertida, porque en verdad ésta no es sino la ejecución

forzosa de esa segunda opción del tan citado artículo 361 del Código Civil, cuestión jurídica o fundamentación legal del fallo que no afecta a la congruencia, como tampoco el que habiendo sido determinado en las pruebas practicadas la extensión y valor del suelo invadido sea señalado en la parte dispositiva de la sentencia, ya que según el suplico de la demanda lo sería según la valoración que pericialmente resultase; y en cuanto a la petición de condena del extremo d) de la demanda, al condenar al demandado el fallo recurrido “a estar y pasar por las precedentes declaraciones y, en consecuencia, a que pague a ‘Playa Bella Vista, S. A.’, la cantidad de un millón setenta y una mil pesetas otorgándole la Sociedad actora la oportuna escritura pública de compraventa” en nada difiere de la que es objeto de pretensión en la demanda y, por tanto, como no cabe decir ni que la sentencia no guarde la más absoluta congruencia entre pretensiones del actor y fallo ni éste otorgue más de lo pedido, los dos motivos han de ser desestimados.»

«Considerando que por el tercero, último de los motivos del recurso, al no haber sido admitido, en su momento, el cuarto, se denuncia al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error de hecho en la apreciación de la prueba, que se demuestra por los documentos auténticos que se citan y que se dice consistir “en que única y exclusivamente ha tenido en cuenta la Sala para determinar la supuesta extensión de terreno ocupado y decirnos que es de mil setenta y un metros cuadrados, el informe del arquitecto señor M.”, lo que sería bastante para desestimar el motivo, puesto que tal alegación solamente pudiera dar lugar a un quebrantamiento del principio regulador de la carga de la prueba o a un error de derecho en su apreciación, nunca a un error de hecho; pero es que además, cuando se citan los documentos en los que el recurrente dice basarse y aparte de la genérica referencia de “además de las escrituras públicas y certificados del Registro de la Propiedad”, lo que es incompatible con el rigor formal del motivo, es que en la referencia concreta a los informes de los señores peritos C. y R. y los planos aportados con la demanda, todos ellos como documentos cinco, seis, siete y ocho, el razonamiento del motivo es totalmente confuso, pues tras alegar que “respecto a los mismos se articula por la parte actora su suplico en la demanda y en la súplica, alegando que lo que se reivindica es lo ocupado de más según dichos informes, por ‘Playas del Sur, S. A.’”, cuando es lo cierto que no se trata de reivindicar, sino de indemnizar el valor de ese terreno, se pasa luego a solicitar de la Sala se pronuncie sobre “si un demandante formula una acción reivindicatoria o reclamando la propiedad de un terreno determinado y se nos dice precisamente en el suplico que ese terreno determinado es expresamente aquel que se deriva de un plano y unos informes de técnicos, si esos planos y documentos de técnicos no tienen o no deben ser considerados frente al demandante como documentos auténticos”, cuestión, por tanto, ajena al motivo y al recurso e impropia de ser suscitada, pues no cabe que la Sala se pronuncie sobre ello, por lo que el motivo ha de ser desestimado.»

PACTO DE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA CONSISTENTE EN LA OBLIGACION DE CONSTITUCION DE SERVIDUMBRE DE PASO Y DE CONSTRUCCION DE UNA CARRETERA. NO SE PRODUCE DEFECTO DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO CUANDO PUEDE EXIGIRSE SEPARADAMENTE LA PRESTACION AL DEMANDADO, SIN QUE LA RESOLUCION AFECTE AL PROPIETARIO DE FINCAS QUE NO HA SIDO PARTE. CARGA DE LA PRUEBA: LA CAUSA EXTINTIVA DE LA OBLIGACION INCUMBE PROBARLA AL DEMANDADO (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1978).

Hechos.—Don Agustín P. Alsino formuló ante el Juzgado demanda contra don José Luis G. Chinchilla y su esposa, sobre constitución de servidumbres y otros extremos, alegando que, mediante escritura pública, el demandado con el consentimiento de su esposa vendió al actor una parcela de terreno en Estepona, de una extensión de veinte hectáreas; que según la estipulación quinta de dicha escritura, el vendedor se compromete a construir a su costa una carretera que enlace con otra ya construida y asfaltada, de una anchura no menor de seis metros; que pese a ello, y haber transcurrido el plazo de un año que se fijó, aún no se ha construido dicha carretera, no obstante los requerimientos efectuados de tipo amistoso e incluso haberse intentado acto de conciliación; que en la referida escritura el vendedor también se comprometía a constituir la oportuna servidumbre de paso de la que será dominante la parcela vendida y predio sirviente el que resulte afectado, concretándose también el plazo de un año para la constitución de dicha servidumbre; que han sido nulos los requerimientos efectuados para construcción de dicha carretera y constitución de servidumbre. Por ello, suplica se dicte sentencia por la que se condene a los demandados a construir a sus expensas y a su costa una carretera que, de conformidad a lo establecido en la estipulación quinta de la escritura, enlace con la ya construida y que tiene por objeto comunicar la finca o parcela adquirida a los demandados, todo ello de conformidad a las condiciones, configuración, medidas y composición establecidas; y se les condene también a constituir una servidumbre de paso a favor de la parcela de terreno adquirida, con imposición de tal servidumbre a los predios sobre los que discorra, estableciendo como predio dominante la parcela adquirida y como sirviente o sirvientes aquellos predios o parcelas sobre los que discorra; y en tercer lugar, a plasmar la existencia de dicha servidumbre mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura.

La parte demandada contesta diciendo que la razón de no estar hecha la carretera y constituida la servidumbre es que no da su consentimiento la entidad propietaria de los terrenos que la servidumbre y carretera han de atravesar, y que no ha sido demandada en este juicio, por lo que alega la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

El Juez de Primera Instancia de Málaga número 3 dictó sentencia desestimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y estimando fundamentalmente la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada:

«Considerando que en cuanto a los motivos 3.º y 4.º, en que se soporta el recurso de casación de que se trata, ambos al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tercero por pretendida infracción de la doctrina legal que regula el “litisconsorcio pasivo necesario”, y el cuarto, con carácter subsidiario del anterior, por no aplicación de la doctrina contenida en las sentencias que se expresan relacionadas con aquella situación jurídico procesal, su desestimación surge de que el llamado “litisconsorcio pasivo necesario”, en cuya virtud se exige la intervención en el proceso, desde su iniciación, de todos los pasivamente interesados, se produce en los casos en que la demanda solamente pueda proponerse válidamente por o contra varias personas, que es la fórmula recogida por algún Código Procesal reciente, disponiendo que “cuando la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes, éstas habrán de accionar o ser demandados en el mismo proceso” (art. 102 del Código italiano de procedimiento), también adoptada por este Tribunal en Sentencia de 27 de junio de 1944, según la cual, de aquella figura “es racional y obligada consecuencia que cuando por razón de la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida no pueda pronunciarse una decisión sino con referencia a varias partes, hayan de demandar y ser demandadas éstas en el mismo proceso”, y cuya doctrina es asimismo sustancialmente reproducida por las Sentencias de 19 de noviembre de 1946, 31 de diciembre de 1949, 22 de marzo de 1956, 14 de junio de 1951, 6 de marzo de 1953, 5 de julio y 8 de noviembre de 1954 y 27 de octubre de 1955, entre otras, solución indudablemente lógica, ya que a todos esos sujetos les afecta conjunta, pero no separadamente, la legitimación activa o pasiva, lo que impone resolución única para todos los litisconsortes y la posibilidad de rechazar la demanda cuando la relación procesal se hallare indebidamente constituida por no haber intervenido en el debate todos los interesados, pero bien entendido que para la existencia de tal forma cualificada del litisconsorcio, por poder ser exigida la prestación contra más de los que han sido demandados, es menester se trate de litigios que versen sobre patrimonios llevados solidariamente o de demandas constitutivas, si el derecho se da contra varias personas, o bien, que el derecho material imponga esa actuación conjunta por tratarse de relación jurídica inescindible, situación que no se produce en el presente debate, pues ni se pretende definir una controversia con pronunciamientos extraños a los que emanan de lo estrictamente convenido entre demandantes y demandados a medio del contrato de compraventa entre ellos suscrito, con la intervención notarial, el 12 de febrero de 1970, y concretamente el cumplimiento de las obligaciones asumidas por dichos demandados vendedores, en la cláusula quinta, de construir a su costa una carretera de enlace con otra ya construida y asfaltada que se expresa y de constituir una también determinada servidumbre de paso, sobre lo que ninguna obligación consta asumida en dicho contrato por la entidad “Estepazul, S. A.”, que los mencionados recurrentes aducen debiera también haber sido demandada, y más en cuanto que al no venir vinculados a esa entidad los pronunciamientos insertos en la súplica del escrito inicial de demanda en nada puede afectarles el juicio entablado y las declaraciones en él producidas.»

«Considerando que en trance de pronunciarse sobre el motivo quinto, igualmente formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento en pretendida interpretación

errónea del artículo 1.214 del Código Civil y de la doctrina sentada por esta Sala sobre la incumbencia de la carga de la prueba, en sentencias que se relacionan, su inconsistencia y consiguiente desestimación emana de que, como certeramente se expone en la sentencia recurrida, tanto a través de sus Considerandos como en los que expresamente acepta de la pronunciada en fase procesal de primera instancia, al demandante, en ortodoxa aplicación de dicho artículo 1.214 y doctrina legal con él relacionada, únicamente le incumbe la justificación de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, y que en este caso es la realidad de las obligaciones asumidas por los relacionados demandados, y no que éstos no puedan cumplir su obligación por no permitirlo la precitada entidad no demandada "Estepazul, S. A.", al ser aspecto de pretendida causa extintiva de la obligación que incumbía probar a los referidos demandados, tanto porque esa prueba no fue aportada por ellos, cuanto, en todo caso, por no venir expresamente afectadas fincas de la meritada entidad a tales obligaciones asumidas, ya que la cláusula contractual quinta en cuestión hace simplemente genérica referencia a una carretera proyectada en plano incorporado, sin expresión de titulares dominicales de las fincas afectadas, y a una servidumbre de paso sobre predios dominantes, que ni se precisan cuáles sean ni quiénes tengan el dominio sobre ellos.»

PROPIEDAD HORIZONTAL. AUN SIENDO LAS TERRAZAS ELEMENTOS COMUNES ES VALIDA LA CLAUSULA DE LOS ESTATUTOS QUE ASIGNA EL USO Y DISFRUTE EXCLUSIVO AL PROPIETARIO DE UN PISO DETERMINADO. LOS GASTOS DE CONSERVACION DE LAS TERRAZAS SON COMUNES, CON ARREGLO A LA CUOTA DE PARTICIPACION. PARA LA REALIZACION DE OBRAS DE FABRICA EN DICHAS TERRAZAS SE NECESITA EL CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS PROPIETARIOS DE LA COMUNIDAD (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1978).

Hechos.—La Junta de Copropietarios del inmueble de la calle Duque de Sesto, número 50, moderno, de Madrid, formuló demanda de mayor cuantía contra doña María Aurora M. Zoreda y don Ernesto R. Caudillo, al que se acumuló el juicio de menor cuantía a instancia de la misma Comunidad de Propietarios contra don Conrado San Martín P. y otros, suplicando se dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: 1.º Declarando que las terrazas o cubiertas del inmueble son elementos comunes, sin que los demandados ostenten un derecho privativo, singular y exclusivo sobre las mismas. 2.º Que se cancelen y anulen los asientos registrales en que se haga mención al derecho de utilización y disfrute exclusivo de los demandados reconociendo y declarando que por ser elementos comunes, son de uso y disfrute común. 3.º Condenando a los demandados a que destruyan a su costa las construcciones realizadas y las vallas colocadas en las terrazas y demás elementos que entorpezcan el uso común, realizadas, y las vallas colocadas en las terrazas, realizadas sin consentimiento de la comunidad, así como que repongan a su estado y ser normal a su costa los desperfectos ocasionados en las terrazas a consecuencia de tales construcciones o vallas. 4.º Subsidiariamente, y para el caso de que no prospere la pretensión principal, que se declare que las terrazas

son elementos comunes y que los demandados tienen tan sólo derecho a su utilización y disfrute sin modificar su sustancia y forma, condenándoles a la destrucción de la fábrica realizada en las mismas y declarando que en este caso los gastos de conservación y mejora de dichas terrazas serán de cuenta de tales demandados.

Los demandados se oponen alegando, entre otras cosas, que la terraza es elemento común del inmueble, pero el uso y disfrute corresponde a propietarios determinados en las condiciones establecidas en la escritura de división horizontal y en los estatutos, que constan inscritos en el Registro de la Propiedad. También se alega falta de personalidad en el Procurador y falta de litisconsorcio pasivo necesario.

El Juez de Primera Instancia de Madrid número 1 dictó sentencia desestimando la excepción de falta de personalidad en el Procurador del actor y estimando la falta de litisconsorcio pasivo necesario, sin entrar a resolver el fondo del asunto, absuelve a los demandados.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la comunidad, condenando a los demandados a que derriben las construcciones reseñadas en uno de los considerandos, absolviendo a dos de ellas de determinadas pretensiones.

Tanto la Junta de Copropietarios como el demandado, don Conrado San Martín P., interponen recursos de casación por infracción de ley.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos interpuestos, pudiendo agruparse los «Considerandos» principales, distinguiendo los varios aspectos de la doctrina de la sentencia.

1.º *Es válida la cláusula de los Estatutos de la Propiedad Horizontal que atribuye el uso y disfrute exclusivo de unas terrazas a determinados propietarios, por no ir contra ninguna norma imperativa que lo impida* (Considerandos cuarto a octavo).

«Considerando que contra la referida sentencia (de la Audiencia), alza la aludida Junta de Copropietarios su recurso, en cuyo primer motivo, por adecuada vía, le imputa “infracción, por inaplicación, del artículo 4.º del Código Civil (vigente cuando se inició el proceso) y 6.º, párrafo 3.º, tal y como resulta redactado por la Ley 3/73, de 17 de marzo, y Decreto 1836/74, de 31 de mayo, según los cuales, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, son nulos de pleno derecho”, según la tesis que se explyea en ese motivo, el artículo 396 del Código Civil, que era el vigente en el momento en que se otorgó la escritura de división horizontal que contiene, a su vez, los Estatutos, considera las terrazas o cubiertas, como elementos comunes necesarios para el adecuado uso y disfrute de los pisos de propiedad particular, y da a entender que no son enajenables ni divisibles, por lo que—concluye la parte recurrente—se ve claro que su finalidad es la de pertenecer a la comunidad, no sólo en propiedad, sino en uso y disfrute, por lo que se comprende que la libertad de pactos que otorga el artículo 5.º, párrafo penúltimo, de la Ley Especial no puede incluirse en el artículo 1.255 del Código Civil, porque lo esencial en la propiedad horizontal es la copropiedad sobre los elementos comunes, y consiguientemente, admitir un uso privativo de uno de tales elementos,

es convulsionar toda la institución de la comunidad horizontal—sic—y vulnerar los preceptos imperativos que se invocan.»

«Considerando que al razonar de este modo, la Junta de Propietarios hace supuesto de la cuestión, atribuyendo al artículo 396 del Código Civil, un sentido y alcance que no tiene, pero que conviene a la tesis impugnativa que sustenta: el invocado artículo—en su redacción actual—establece, por así decirlo, las bases con arreglo a las que se va a normar la coexistencia de la propiedad exclusiva de pisos y locales de negocio, susceptibles de aprovechamientos independientes, con la de los elementos comunes del edificio, necesarios para su adecuado uso y disfrute, prohibiendo, únicamente, la enajenación y división de las partes en copropiedad, con separación de la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.»

«Considerando que consiguientemente, la impugnada cláusula que otorga a cada uno de los demandados el derecho al uso y disfrute exclusivo de la porción de terraza que se le asignó en el título constitutivo y se le reservó en los Estatutos de la Comunidad, no es contraria a la norma imperativa o prohibitiva que, como inaplicada, se invoca por la parte recurrente, y, por tanto, no puede incurrir en la sanción del párrafo 3.º del artículo 6.º del Código Civil en su redacción actual, coincidente y más preciso que en su primitiva redacción.»

«Considerando que si pudiera quedar alguna duda sobre la validez de las aludidas cláusulas, las viene a desvanecer la propia Ley Especial, que en el párrafo 2.º del artículo 5.º, autoriza a que en el *título constitutivo* se fije la cuota de participación a cada vivienda y a cada local, que será determinada “por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial”, y en el párrafo 3.º, permite establecer, además, “reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o disfrute del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un *estatuto privativo* que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad”, con lo cual se quiere significar que, en esos particulares, la norma general contenida en el artículo 396 del Código Civil, puede ser modificada por alguno de los modos que quedan señalados.»

«Considerando que por todas estas razones, también tiene que decaer el motivo tercero del recurso de la comunidad, en el que, por la vía del número 1.º del citado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la infracción, por violación, del artículo 396 del Código Civil, en su redacción anterior a la Ley Especial, que, en esencia, no disponía nada contrario a lo que hoy ordena.»

2.º Como complemento de la doctrina anterior, se reafirma la validez de tal cláusula y se descarta la supuesta incompatibilidad entre elementos comunes y uso privativo de ellos (Considerandos noveno y décimo).

«Considerando que en el motivo segundo, también por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, la aludida Junta denuncia la infracción, por violación de los artículos 1.º, 3.º y 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960; en defensa de este motivo, se esgrimen, por la parte recurrente, los mismos razonamientos que en el primero, insistiendo en que una cosa es el derecho singular y exclusivo de propiedad

sobre un piso y otra la copropiedad sobre los elementos comunes, y afirmando que elementos comunes y uso privativo, son incompatibles.»

«Considerando que con este modo de argumentar, se vuelve a hacer supuesto de la cuestión, atribuyendo a las normas que se invocan, un alcance que, como ya queda razonado, no tienen; siendo de destacar, además: *a)* Que el invocado artículo 1º es el que da al artículo 396 del Código la redacción que ya queda comentada; *b)* Que el artículo 3º no contiene ninguna norma que se oponga a la validez de las cláusulas que se impugnan en el recurso; *c)* Que el artículo 5º, por el contrario, posibilita la validez de tales cláusulas, como ya queda razonado, y *d)* Que no se alegó ni acreditó que se hubiese conseguido su inserción en los Estatutos constitutivos y en los Estatutos, por ningún medio fraudulento que pudiera acarrear su nulidad.»

3º Los gastos de conservación de las azoteas son generales y deben atemperarse a la cuota fijada en el título o a lo especialmente establecido (Considerandos 11 y 12).

«Considerando que en el motivo cuarto la Junta de Propietarios denuncia la infracción, por violación del artículo 9º, párrafo 5, de la Ley de Propiedad Horizontal, sosteniéndose que, si no prosperan los anteriores motivos, debe estimarse éste, porque, para la parte recurrente, le parece que “si van a ser los dueños de los pisos séptimo los únicos beneficiarios de los mismos, es lógico, razonable, justo y además legal, que sean ellos los que respondan de los gastos de conservación de las azoteas respectivas”.»

«Considerando que también para proporcionar base aparente a este motivo la parte recurrente vuelve a hacer supuesto de la cuestión, y a olvidar la validez de las cláusulas que impugna; y olvida, igualmente, que el propio precepto que invoca, determina que las obligaciones de los propietarios a la contribución de los gastos generales, deben atemperarse “a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecida”, y que, en el caso litigioso, la obligación que se impuso en la sentencia, a la comunidad, es la que se estipuló en los títulos de constitución y en los Estatutos de la Comunidad.»

4º La mera cesión del uso y disfrute exclusivo de una parte determinada de la terraza o cubierta del inmueble, no autoriza a la realización de obras de fábrica, sin el consentimiento de los demás comuneros (Considerandos 15 y 16).

«Considerando que en el motivo segundo de su recurso, don Conrado San Martín P., amparándose en el referido número 1º del artículo 1.692, atribuye a la sentencia recurrida, infracción por violación producida por inaplicación, del artículo 16 de los Estatutos que rigen la propiedad horizontal litigiosa que son norma obligatoria de tal propiedad según el párrafo 3 del artículo 5º de la Ley y que, por su aceptación por todos los condueños, tienen fuerza de ley entre ellos, a tenor del artículo 1.091 del Código Civil, preceptos éstos que también resultan infringidos por inaplicación, según dicho recurrente, el cual sostiene que las obras por él realizadas, tal como se descubren en el considerando 11, *e)*, de la sentencia recurrida, no están incursas en las prohibiciones de los artículos 7º y 11

de la Ley Especial, sino *a contrario sensu*, le vienen permitidas y, además, mejoraron la cubierta de la finca litigiosa.»

«Considerando que la mera cesión del uso y disfrute exclusivo que, de una parte determinada de la terraza o cubierta del inmueble, se otorga a los propietarios del piso séptimo, letra B, en el título constitutivo, y que se reitera en los Estatutos de la Comunidad, tiene ese limitado alcance y no autoriza a la realización de obras de fábrica, como el recurrente pretende; y por lo que respecta a la afirmación que hace, de que han contribuido a mejorar la conservación de la cubierta, para que pudiera decretarse su mantenimiento, tendría que haber demostrado que, efectivamente, producían esa mejora y, además, que había obtenido el consentimiento de los demás comuneros, que se exige en el artículo 397 del Código Civil, lo cual no ha verificado, por lo que también este motivo tiene que decaer.»

J. M. G. G.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

CADUCIDAD DE MARCAS Y NOMBRES COMERCIALES. PLAZO (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1978).

El artículo 14 de la Ley española de Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929, en cuanto establece que el dominio de la marca se consolida a los tres años de efectuado su registro y de su explotación no interrumpida o de su quieta posesión con buena fe y justo título, ha de considerarse modificado por el protocolo de Estocolmo de 14 de julio de 1967, de indudable vigencia en el ámbito nacional, porque fue ratificado por la Jefatura del Estado español en 13 de diciembre de 1971 y promulgado como Ley del Reino el 1 de febrero de 1974, a partir de cuya fecha es obligado su acatamiento, incluso con eficacia derogatoria de normas anteriores de carácter interno que la contradigan; protocolo que fija el plazo máximo de cinco años para ejercitar la acción impugnatoria, norma aplicable no sólo a las marcas, sino también a los nombres comerciales, según el artículo 207 de nuestra Ley de Propiedad Industrial.

CONSOLIDACION DE LA INSCRIPCION. REQUISITOS (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1978).

Los artículos 1.º y 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial exigen, para consolidar la inscripción, los requisitos de buena fe y justo título (Sentencia de 15 de noviembre de 1975), y éste no puede existir cuando la inscripción registral vulnera una ley.

CONSOLIDACION DE LA INSCRIPCION. USUCAPION DE MARCA. REQUISITOS (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1978).

La usucapion que el artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial concede está sujeta a los requisitos de buena fe y justo título y concedida

la marca contra la prohibición legal contenida en el número 5.º del artículo 124 del Estatuto, carece de dicho justo título y es nula *ab initio*, según establece el número 3.º del artículo 6.º del Código Civil; por lo que el transcurso de los tres años no consolida el derecho a la marca, convirtiendo en *iuris et de iure* la presunción *iuris tantum* que la inscripción concede.

DIVULGACION. ESTE CONCEPTO NO ES IGUAL PARA UN MODELO DE UTILIDAD QUE PARA UNA PATENTE DE INTRODUCCION (ARTICULOS 180 Y 178 DEL ESTATUTO), PUES AÑADE PARA AQUELLOS EL DATO DE LA «NOTORIEDAD» (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1977).

DOBLE INMATRICULACION CONSOLIDADA. PREFERENCIA (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1977).

Como dice la Sentencia de 19 de febrero de 1970 (v. referencia en página 690 del núm. 484 de esta REVISTA), el reconocimiento jurídico de la propiedad extrarregistral por el legislador es manifiesto, pues al no darse a la inscripción carácter constitutivo, la ley permite la impugnación de una marca inscrita mediante la alegación comprobada de un uso anterior de la misma marca por otro titular no inscrito; si bien con carácter temporal, pues de lo contrario sería ilusorio el efecto de la inscripción, fijando para la consolidación de los efectos del asiento, frente al titular impugnador no inscrito, el plazo de tres años: durante el *transcurso de ellos*, el propietario de marca, que no inscribió, puede demostrar su propiedad y su mejor derecho a su uso, impugnando la del usurpador, que se anticipó a inscribir; en este sentido se pronuncia gran parte de la jurisprudencia; pero en la misma sentencia a que venimos aludiendo se dice, en el segundo considerando: «este plazo de prescripción de la acción (se refiere a los tres años mencionados en el art. 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial) no es aplicable al supuesto de la doble inmatriculación consolidada», que es el realmente contemplado por ella, como lo fue ya en la clásica Sentencia de 6 de abril de 1945; ante cuyo supuesto de hecho, que es también el contemplado en el caso que nos ocupa, se afirma en ambas: «que dada la incompatibilidad de ambas inscripciones es obligado estimar la propiedad a favor de la inscripción más antigua», porque, de estimarse la coexistencia de las dos marcas, cuando ha sido ejercitada la impugnación antes que prescriba la acción personal que la ampara, se produciría el efecto de admitir como posible la simultánea posesión del mismo objeto por dos personas distintas y con interés contrapuesto fuera del condominio y se frustraría la finalidad perseguida por la ley de asegurar el disfrute *privativo* de la marca inscrita por veinte años, reconocida no sólo por nuestros Estatutos, sino por los Convenios internacionales; criterio en el que abundan las Sentencias de 1 de junio de 1971 (pág. 1376, número 493 de nuestra REVISTA), 17 de enero de 1973, 7 de octubre de 1975 (página 427 del núm. 513 de esta REVISTA) y 23 de noviembre de 1975 (página 1114, núm. 522 de esta REVISTA).

MARCAS. FUNDAMENTO PARTICULAR Y PUBLICO DE LA PROTECCION QUE SE LES DISPENSA (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1978).

Las marcas, en cuanto signo distintivo de la empresa para alcanzar la diferenciación de las mercaderías como resultado material de la ac-

tividad económica (marcas industriales y comerciales) con la finalidad de tutelar no sólo el privativo interés del empresario, asistido de un monopolio de uso frente a los posibles competidores, sino el general del público consumidor para evitar confusiones y dudas a la hora de adquirir los productos, confieren a su titular la correspondiente protección en los términos que señala el artículo 123 del Estatuto de la Propiedad Industrial, esto es, facultad de oponerse a que sea concedida una marca comprendida en las prohibiciones del artículo 124 y asistencia de acción para perseguir criminalmente ante los Tribunales a quienes lesionen sus derechos, así como la reclamación en vía civil de la indemnización de daños y perjuicios a los responsables del acto ilícito.

Al aplicar el número 1.º del citado artículo 124 del Estatuto, que excluye de la registración como marcas a los distintivos que por su semejanza fonética o gráfica con otros ya inscritos puedan inducir a error o confusión en el mercado, es preciso partir de los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales en orden a que la confrontación de las denominaciones en conflicto ha de ser realizada en una visión de conjunto o sintética, operando con la totalidad de los elementos integrantes, sin descomponer su unidad fonética y gráfica en fonemas o voces parciales, teniendo en cuenta, por tanto, en el juicio comparativo la totalidad de las sílabas, y letras que forman los vocablos de las marcas en pugna, sin perjuicio de destacar aquellos elementos dotados de especial eficacia caracterizante, atribuyendo menos valor a los que ofrezcan atenuada función diferenciadora, a fin de decidir si la marca discutida es susceptible de originar confusión en el tráfico; y en otro aspecto cabe puntualizar que no existen discrepancias fundamentales, sino esencial coincidencia, entre el criterio que sobre la materia mantiene esta Sala y el sustentado en vía contencioso-administrativa, pues si en el campo civil ha sido declarado que «la protección registral del titular alcanza sólo al producto o productos rotulados, para impedir que otro de igual o similar clase sea marcado no ya con idéntico nombre, sino ni siquiera con otro que fonéticamente lo recuerde, de forma que pueda inducir a confusión, pero sin que la ley proteja la nomenclatura por sí misma, como valor independiente, haciéndola patrimonio exclusivo de quien inscribió primero» (Sentencia de 25 de noviembre de 1970), y asimismo, que «el número 1.º del artículo 124 es inseparable de lo dispuesto en el artículo 130, según el cual cada expediente de marca no podrá comprender más que una sola clase del Nomenclator oficial, es decir, de la relación o catálogo de objetos que abarca, y según el artículo 144 la petición de la marca ha de contener la enumeración concreta de los productos que haya de distinguir» (Sentencia de 12 de mayo de 1975). La jurisprudencia ha resuelto que la mera analogía, e incluso la identidad de las palabras denominadoras de la marca, no es suficiente para rechazar la protección registral de la más reciente cuando los artículos a que se pretende aplicar son distintos y fácilmente diferenciables de los designados por la que tiene prioridad de inscripción, por lo que pueden coexistir pacíficamente dos marcas de la misma denominación cuando los productos que amparan son tan opuestos en su naturaleza y fines que racionalmente deba ser descartada toda posibilidad de duda en el público que los solicite, por pertenecer a áreas comerciales diversas (Sentencias de 25 de septiembre y 24 de octubre de 1970, 15 de

abril y 17 de noviembre de 1971, 11 de octubre de 1972, 5 de abril y 23 de mayo de 1973, 12 y 28 de noviembre de 1974 y 14 de febrero, 25 de marzo y 21 de mayo de 1977, entre otras).

NOMBRE COMERCIAL. PRIORIDAD EN CASO DE IDENTIDAD O SIMILITUD, PRECISA DE INSCRIPCION (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1980).

Si bien es cierto que la ley no crea la propiedad industrial, limitándose la función de la misma a reconocer, regular y reglamentar, mediante el cumplimiento de las formalidades que en ella se fijan, el derecho que por sí mismos hayan adquirido los interesados por el hecho de la prioridad del uso de las distintas modalidades a que dicho texto legal se contrae, conforme establece en su párrafo 2.º el artículo 1.º del Estatuto, no es menos cierto que ante este principio básico de la propiedad de nombres comerciales o marcas que vivan al margen del Registro de la Propiedad industrial existe la posibilidad de que la inscripción en éste sea también medio de adquisición, como dice el artículo 2.º, si bien dicha inscripción no sea constitutiva, sino meramente declarativa, en tanto no se consolide frente a terceros, con respecto al Registro, por el transcurso de tres años, conforme declara el artículo 14 del referido Estatuto, y siendo así, es evidente que por la simple prioridad en el uso de su nombre comercial, registrado en los Registros de Sociedades Anónimas y Mercantiles, que ha venido poseyéndolo con buena fe por tiempo superior a los tres años que marca el artículo 1.955 del Código Civil para adquirir su propiedad, tiene reconocido este derecho que no puede ser enervado por acceso al Registro de la Propiedad industrial de otro nombre comercial de idéntica denominación, como así lo reconoció la Sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1966, la que ha sido ratificada por la de 7 de octubre de 1975, pero este derecho que a todo poseedor legal asiste por esa prioridad de uso extrarregistral, con las condiciones anteriormente expuestas, no le otorga la facultad de anular nombres comerciales o marcas posteriormente registradas que sean similares, porque la protección que el Estatuto de la Propiedad industrial dispensa a los titulares de nombres comerciales, marcas y rótulos de establecimientos que puedan confundirse con otros anteriores, se supedita a la previa inscripción en el Registro de la modalidad de la Propiedad industrial que se trate de amparar, y por ello, es imprescindible, para conseguir esa anulación, la previa inmatriculación, como así lo tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial en Sentencias, entre otras, de 24 de noviembre de 1947, 26 de mayo de 1956, 21 de noviembre de 1958, 18 de marzo de 1960, 13 de diciembre de 1963 y 14 de marzo de 1969, doctrina ésta ratificada y corroborada por la Sentencia anteriormente citada de 7 de octubre de 1975 y que también recogen las de 11 de marzo de 1977 y 23 de abril de 1979.

NOMBRE COMERCIAL Y MARCA CONSISTENTE EN APELLIDOS (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1979).

La Ley de 26 de junio de 1929 distingue entre el Registro de marcas y el de nombres comerciales, de tal modo que si bien para éstos el artícu-

lo 198 exige el que se registre previamente como marca cuando de aquélla se trata, establece el número 3.º del artículo 124 de la propia Ley, que no podrán ser admitidos al Registro los apellidos o razones sociales que no sean la de los propios solicitantes o medie la debida autorización de quienes lo sean, por lo que ha de tenerse como bastante para oponerse a la inscripción de una marca, que se pruebe que con anterioridad a su inscripción existía el nombre comercial que con la misma sea coincidente, mas sin necesidad de que se halle inscrito en el Registro de la Propiedad industrial.

NOMBRE COMERCIAL Y MARCA CONSISTENTE EN APELLIDOS (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1979).

A distinguir el Estatuto de la Propiedad industrial entre el Registro de marcas y el de nombres comerciales, si bien para éstos conforme al artículo 198, si se trata de sociedades dedicadas a la industria o al comercio, cuyo nombre comercial consista en una denominación de fantasía, están obligadas a registrar dicha denominación como marca, obligación ésta que ha de ser aplicable indiscutiblemente a nacionales y extranjeros, dada la equiparación de derechos establecida en el artículo 2.º del Convenio de la Unión, cuando de marcas se trata, establece el número 3.º del artículo 124, que no podrán ser admitidas a registro, como tales marcas, los apellidos o razones sociales que no sean de los propios solicitantes o medie la debida autorización de quienes lo sean, por lo que es bastante para oponerse a la inscripción de una marca el que exista una razón social o nombre comercial que con la misma sea coincidente, sin necesidad de que se halle inscrito en el Registro de la Propiedad industrial, siempre que conste su existencia con anterioridad a la de la marca que pretende inscribirse, sobre lo que ya es de reconocer plena eficacia a lo dispuesto en el artículo 8.º del citado Convenio Internacional de La Haya de 6 de noviembre de 1925 (revisado en Londres el 2 de junio de 1934, al que se adhirió España el 20 de diciembre de 1955) cuando dispone que «el nombre comercial se protegerá en todos los países de la Unión, sin obligación de depósito ni de registro, forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio».

NOMBRES GENERICOS Y DENOMINACIONES GEOGRAFICAS. PATENTES (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1980).

Los números 5.º y 6.º del artículo 124 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 30 de abril de 1930 establecen prohibiciones de uso de vocablos que aun cumpliendo los fines establecidos en tal precepto, por sus condiciones específicas de «conceptos genéricos» no pueden ser objeto de patente; ya que la palabra «multimueble» es concepto genérico no patentable por estar incurso en la prohibición del número 5.º del artículo 124, y la palabra «España» es denominación geográfica, cuya inscripción como marca está vedada por el número 6.º del ya citado artículo, según tiene declarado la jurisprudencia.

«NOVEDAD». LAS CUESTIONES REFERENTES A LA NOVEDAD TIENEN CARACTER PREPONDERANTE DE HECHO (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1980, COINCIDENTE CON LA DE 6 DE JUNIO DE 1978 Y REITERADA POR LA DE 28 DE JUNIO DE 1980).

Es reiterada doctrina jurisprudencial que las cuestiones referentes a la «novedad» de las modalidades registradas tiene un carácter de hecho, exclusivo o preponderante al menos, como se reconoce en las Sentencias de 4 de abril de 1961, 16 de abril y 16 de noviembre de 1962, 10 de octubre de 1965 y 6 de junio de 1968, por lo que, como *quaestio facti*, sólo son combatibles en casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y si bien—añade la Sentencia de 6 de junio de 1968—, el artículo 49 del Estatuto establece reglas para considerar lo patentado como nuevo o no y ello puede abrir excepcionalmente la vía del número 1.º del artículo 1.692 para impugnar la apreciación jurídica de la novedad, respetando los hechos al efecto fijados por la Sala de instancia, ello exige, para su éxito, que el recurrente exponga y precise las razones de su discrepancia, no limitándose a contraponer su particular criterio al mantenido por la sentencia impugnada; doctrina que se reitera al respecto de los modelos de utilidad en las Sentencias de 23 de febrero de 1966 y 18 de marzo de 1966.

NOVEDAD; ES REQUISITO EN LAS PATENTES, BIEN EN EL CONCEPTO DE NOVEDAD ABSOLUTA (O UNIVERSAL), ORA EN EL DE RELATIVA (O DE AMBITO NACIONAL) (SENTENCIAS DE 6 DE MAYO DE 1978 Y 22 DE MARZO DE 1980).

TRANSFERENCIA DE DERECHOS (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1978).

El artículo 31 del vigente Estatuto de la Propiedad Industrial previene que las diversas modalidades que regula el Real Decreto-ley de 26 de julio de 1929 que lo aprobó «son transferibles por todos los medios que el derecho reconoce; pero dichas transmisiones no surtirán efecto respecto a tercero mientras no se acrediten en el Registro de la Propiedad industrial, mediante un documento fehaciente», y el artículo 32 dispone que para surtir efecto contra tercero la transmisión de derechos «deberá acreditarse con los documentos que legalmente lo justifiquen, en los que conste haberse satisfecho el impuesto por transmisión de bienes», esa normativa lo que únicamente establece es, de una parte, el expreso reconocimiento de la transmisibilidad de las diversas modalidades que, con relación a la Propiedad Industrial, reconoce el precitado Estatuto, y, de otra parte, que la transmisión realizada surtirá efecto respecto a tercero solamente a partir de que, a medio de documento fehaciente, o sea, que haga fe por sí mismo, se acredite en el Registro, y con constancia en aquél, de haberse satisfecho el impuesto por transmisión de bienes, pero en manera alguna cabe deducir de ella que cuando, como en el presente caso ocurre, se solicite la declaración de nulidad de una patente de invención, cuya transmisión se encuentra pendiente de registro, no deba demandarse, además de aquel a quien se le haya hecho la transmisión,

al transmitente, porque si a tenor, *a sensu contrario*, del contenido del artículo 2° del Estatuto citado, las patentes de invención se adquieren por virtud de su registro, constituyendo un derecho cuyo reconocimiento dimana de la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial, representada por el certificado que se expide, como proclama el artículo 7.º de dicho ordenamiento jurídico, unido a que la definitiva titularidad de la patente desplazada a favor de aquel a quien se haya hecho su transferencia por el titular registral inicial únicamente se produce, según dispone el artículo 43 del referido Estatuto, cuando se acuerde la inscripción solicitada de la transferencia y, en consecuencia, el funcionario encargado de los libros de toma de razón anote en los mismos la modificación de derechos acordada, poniendo en el índice de dicho libro el nombre del nuevo titular, es significativo de que mientras ese acuerdo de inscripción de transferencia no se produzca y se anote en la forma indicada, y concretamente estándose, cual ahora sucede, en el período intermedio producido entre la acreditación en el Registro de la Propiedad Industrial de la transmisión y la pretensión de nulidad de ésta con que un tercero se manifieste, como en este caso ha sucedido, se precisa de la intervención del transmitente y del a quien se transmite, en las actuaciones judiciales encaminadas a tal pretendida nulidad.

R. S. de F.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EQUIDAD: SOLO PODRA APLICARSE COMO FACTOR PONDERATIVO CUANDO LA NORMA APLICABLE NO SE ADAPTE CLARAMENTE AL CASO (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—La exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, que sanciona con fuerza de ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, a modo de elemento tendente a lograr una aplicación de las normas, sensible a las particularidades de los casos, dice que ha de considerarse el valor reconocido a la equidad y agrega que no aparece invocada como fuente de derecho, sino que por el contrario le incumbe el cometido más modesto, de intervenir, como criterio interpretativo, en concurrencia con los otros, salvo, naturalmente, cuando la propia ley permita expresamente fundar las resoluciones sólo en la equidad.

El párrafo segundo del artículo tercero del Código Civil, que es el que se considera violado en el motivo estudiado, dice textualmente: «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita»; como puede observarse, el último condicionado es tan tajante que se puede decir que deja reducida su posible plena aplicación al último supuesto de los enumerados en la exposición de motivos, así como que sólo podrá invocarse como factor ponderativo, cuando la norma aplicable no se adapte concreta y claramente al caso controvertido.

El Tribunal no se obliga a adaptarse en su fallo a las alegaciones en

derecho que formulen las partes, siendo libre para aplicar el derecho, aun sin alegación de parte, pero siempre ateniéndose a sus pretensiones. Perfeccionado el contrato de *litis contestatio* por el escrito de contestación a la demanda, ya queda cerrado el círculo dentro del cual ha de moverse el Tribunal al dictar su fallo, con un tope máximo, el de no poder rebasar en él las pretensiones de la parte actora y otro tope mínimo, el no poder bajar de aquello con lo que se haya conformado la demandada en la contestación.

La parte demandada, en la contestación a la demanda, pidió que se declarase que sólo viene obligada a satisfacer al demandante la suma de 956.000 pesetas, lo que quiere decir, si el contrato de *litis contestatio* no se ha modificado en los escritos de réplica y dúplica, que no ha de poder modificarse en este extremo por diligencias practicadas durante el juicio, como son los informes periciales, invocando principios de equidad para un caso que no es de los previstos en la ley.

ASUNCION DE DEUDA: HA DE SER EXPRESA (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—La transmisibilidad de las obligaciones, en el aspecto pasivo, con excepción de las contraídas *intuitu personae*, ha sido admitida por una doctrina jurisprudencial reiterada, que al igual que la de los autores, entiende superada en el derecho moderno la añeja concepción del acentuado personalismo del vínculo obligatorio, inseparable de acreedor y deudor, y afirma que aquella figura no se opone a las líneas dogmáticas del Código sustantivo, acudiendo para construirla al marco de las normas reguladoras del cambio de la persona del deudor en las obligaciones, con efectos de novación meramente modificativa; pero es de toda evidencia que para entender celebrado un contrato mediante el cual se dice operada la sucesión particular en el débito, permaneciendo la misma relación obligatoria, aunque con deudor distinto, y concurriendo la anuencia o la ratificación del acreedor para su eficacia, nunca desplegable *invito creditore*, habrá de aparecer demostrada la incontrovertible realidad de ese negocio atípico con el verdadero significado y alcance de un convenio entre el que asume la deuda y el deudor primitivo (*delegatio* modificativa), disposición del derecho ajeno subordinada a la *ratihabitio* del acreedor, y en tal aspecto ha declarado esta Sala que la asunción de deuda ha de ser expresa, no siendo admisible en forma tácita y presuntiva.

EN LA HIPOTECA LEGAL TACITA ESTABLECIDA A FAVOR DEL ESTADO, LA EXPRESION «ANUALIDAD CORRIENTE» SE REFIERE A LA QUE TRANSCURRE EN LA FECHA DE INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL DERECHO DEL TERCERO (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Se somete a la decisión de esta Sala el tema de si el privilegio de la llamada «hipoteca legal tácita», establecida a favor del Estado por el artículo 194 de la Ley Hipotecaria y 271 de su Reglamento, hay que referirlo en la determinación de lo que ha de entenderse

por «anualidad corriente» solamente a la que transcurre en la fecha en que se inscribe en el Registro de la Propiedad un crédito hipotecario o se efectúa la transmisión del dominio de la finca, o, por el contrario, es «anualidad corriente» a efectos de la operancia de tal privilegio la que corresponda al año natural en que se ejerce la acción administrativa de cobro, cualesquiera sean las transcurridas desde que el tercero protegido por los principios hipotecarios de prioridad y fe pública registral inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad.

El artículo 194 de la Ley Hipotecaria, al establecer que «el Estado, las provincias y los pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque haya inscrito sus derechos en el Registro para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven a los bienes inmuebles», parece está refiriendo la expresión «anualidad corriente», aunque no con suficiente claridad, a aquella que transcurre en la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho del tercero afectado por dicha preferencia, ya que de no ser así, la mención indiferenciada que hace «de cualquier otro acreedor y de el tercer adquirente» carecería de sentido, por cuanto para el tercer adquirente del dominio el término «anualidad corriente» siempre habría que referirlo a la fecha de la inscripción, al ser obvio que quien deviene propietario de una finca ha de satisfacer desde el momento de su adquisición las contribuciones e impuestos que la graven, y en cambio, para el titular de un crédito hipotecario «anualidad corriente», de aceptarse la tesis de la recurrente, podría ser aquella en que el Estado ejerce la acción administrativa de cobro, cualesquiera fueran las anualidades transcurridas desde la fecha de la inscripción, lo que supondría, en definitiva, diversificar el alcance del privilegio concedido por la norma legal ante los distintos supuestos que reciben de la misma un tratamiento unitario, a lo que es de añadir que bien se denomine el crédito garantizado a favor del Estado como simple preferencia o se le califique de hipoteca legal tácita, representa una afectación de los bienes inmuebles sobre los que recae y que esta afectación, en perjuicio del tercero protegido por el principio de fe pública registral, se produce en el momento en que éste inscribe su título, que es cuando entra en colisión el derecho que ha tenido acceso al Registro de la Propiedad con el privilegio establecido a favor del Estado.

ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA: NO SE DESVIRTUA LA NATURALEZA DE TAL CONTRATO POR EL HECHO DE QUE EL ARRENDATARIO TENGA LA LLAVE DEL LOCAL EN LOS INTERVALOS ENTRE TEMPORADA (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—La intención de las partes fue manifiesta en orden a establecer un arrendamiento de local de negocio por cinco temporadas turísticas, y esta voluntad contractual refleja la finalidad que los contratantes se propusieron, y que lo era la explotación de aquél durante dichas épocas, lo que es decisivo para determinar la existencia del arrendamiento de temporada, siendo, por tanto, requisito esencial y único que la ocupación se limite a temporadas, entendiéndose por tales aquellos periodos de tiempo que se consideran formando un conjunto o durante los

cuales se efectúe alguna cosa, cualquiera que sea la mayor o menor duración que tengan, y este requisito de la temporalidad en el desarrollo de la actividad negocial a que el local arrendado se dedica, se encuentra en el contrato locativo objeto del pleito, sin que a ello obste la circunstancia de que, con autorización y tolerancia de la arrendadora, el local se abra al público fuera de la temporada turística, en determinados días festivos y los que sean vísperas de éstos, porque esta apertura ocasional no desvirtúa la naturaleza de dicho contrato arrendaticio como de temporada, pues la circunstancia de tener el arrendatario la llave del local en su poder en el intervalo que media de una temporada a otra y la de abrirle al público durante el mismo en determinados días no alteran la calificación contractual.

La Sala de Instancia, para estimar la demanda y dar lugar al desahucio solicitado, tuvo en cuenta, además, el hecho de que el arrendatario es de nacionalidad extranjera y no probó durante el proceso la existencia del principio de reciprocidad en su país a favor de arrendatarios españoles, por lo que conforme al artículo 7.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no le es aplicable el beneficio de prórroga legal obligatoria que el artículo 57 de la misma establece en favor de los arrendatarios.

ARRENDAMIENTO DE OBRA: ES EFICAZ LA AUTORIZACION TACITA DEL DUEÑO DE LA OBRA PARA QUE SE PRODUZCAN AUMENTOS EN LA MISMA (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—El principio de invariabilidad en el precio de una obra contratada por ajuste alzado, según lo dispuesto en el artículo 1.593 del Código Civil, deja de ser operante conforme aquel precepto determina en el supuesto de que se introduzca una novación, de ordinario simplemente modificativa, en forma de cambios en la ejecución alterando el plano primitivo y produciendo aumentos de obra, como expresa la norma legal, bien por incremento de volumen de la construida, ora por un mayor valor de la ejecutada debido a la superior calidad de los materiales empleados, pero siempre que concorra la autorización del propietario comitente para tales variaciones en la prestación del contratista, requisito en cuanto al cual el citado artículo 1.593, a diferencia del 1.534 del Proyecto de 1851 («si no ha sido autorizado por escrito y por un precio convenido con el propietario») y de algún ordenamiento foráneo —artículo 1.793 del Código Civil francés—, no exige su constancia de forma determinada, y en tal sentido la doctrina de esta Sala tiene declarado que no es menester que el consentimiento del propietario figure por escrito, y por ello, no prescribiendo nada en contrario dicho precepto, es eficaz la autorización verbal y también la tácita.

RESPONSABILIDAD DE UNOS MEDICOS QUE POR SU NEGLIGENCIA CAUSARON GRAVES DAÑOS A UN PACIENTE (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1979).

Hechos.—Un enfermo de tuberculosis ingresó en un hospital donde le fue administrada la droga «Myambutol» durante más de cinco meses. Tras este período el paciente curó de la afección pulmonar, pero quedó

prácticamente ciego a consecuencia del largo tratamiento con el fármaco. Los médicos son condenados a indemnizarlo con cinco millones de pesetas.

Doctrina de la sentencia.—Se invoca la excepción de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse llamado al Estado, pues lo que se reclama es una indemnización de daños y perjuicios por culpa o negligencia de los demandados, no haciéndose reproche alguno al Estado por el funcionamiento del centro hospitalario en el que se prestaron al actor los servicios médicos por los demandados, que son los únicos contra quien se pronuncia el fallo.

El comportamiento de los facultativos demandados fue temerario, pues la diligencia exigible en estos casos debe serlo en función de la importancia de la zona corporal arriesgada y de la fácil previsión del resultado dañoso que aquí no consistía en una desdeñable indisposición pasajera, sino en una gran invalidez permanente que requería un cuidado exquisito para que no se produjera, y en la conciencia de los dos facultativos debió representarse ese efecto, si no se realizaban las exploraciones oftálmicas a su tiempo, en cuyo caso la grave negligencia está manifiesta, al no haberse adoptado las más elementales cautelas, que sin base alguna menospreciaron y como las gravísimas consecuencias están enlazadas causalmente con esa conducta, ya que con la detención precoz de la neuropatía producida por el «Myambutol», se podrían haber evitado, de esos efectos deben responder ambos facultativos, rechazándose, por tanto, los motivos primero y segundo que pretenden que prevalezca su criterio al más objetivo de la Sala, pese a la incorrecta calificación de la culpa como extracontractual, cuando al existir entre las partes un contrato de arrendamiento de servicios, la existente es la contractual, por ser en este caso iguales sus efectos.

NO ES APLICABLE EL ARTICULO 1.158 DEL CODIGO CIVIL AL PAGO DE UN SINIESTRO HECHO POR UNA COMPAÑIA DE SEGUROS (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—La subrogación del asegurador frente al tercero responsable de los daños y perjuicios ocasionados, lejos de constituir principio general en nuestro ordenamiento positivo fuera del ámbito del seguro contra daños en las cosas, sólo se origina en los casos y en la forma particularmente prevista cuando se trata de seguros de riesgo sobre personas.

Son perfectamente compatibles la indemnización obtenida en vía penal con la que tiene origen laboral en el supuesto de que de un mismo aceciento se desprendan dos obligaciones de resarcir de origen causal diverso, pues si una deriva de un contrato de seguro en que eran beneficiarios la víctima o sus herederos, convenida como asegurada por la empresa patronal mediante el pago de una prima u otra contraprestación, la segunda tiene su fuente en el proceso penal por un ilícito de este orden y se traduce en el pago definitivo de una cantidad dineraria mientras que en aquélla la indemnización opera ordinariamente mediante la percepción de una renta por la persona damnificada, por donde se sigue que el trabajador o sus derechohabientes ostentan legitimación para exigir am-

bas responsabilidades, según se desprende del artículo 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo.

El artículo 1.158 del Código Civil, en cuanto autoriza que se verifique una novación subjetiva en el acto de cumplimiento que puede ser llevado a cabo por un tercero extraño a la relación obligatoria, claramente contempla al *solvens* de una deuda ajena que ejecuta la prestación que incumbía al deudor, según con toda evidencia se desprende de los términos literales de esa norma («el que pagare por cuenta de otro») y del contexto del artículo 1.159 («el que pague en nombre del deudor»), hipótesis legal que ninguna relación guarda con el cumplimiento por una entidad aseguradora de su obligación fundamental, una vez acaecido el siniestro, en observancia de la fuerza vinculativa del contrato de seguro, ya que obviamente al prestar la cobertura económica que constituye la función característica de esa modalidad negocial aleatoria, atiende a la liberación de una deuda propia, la dimanante del contrato de seguro.

La doctrina jurisprudencial no permite acudir a un proceso civil ulterior al penal para completar decisiones, supliendo supuestas deficiencias acerca de la indemnización o resarcimiento—extremos que como derivados del delito son de exclusivo conocimiento de la jurisdicción punitiva si no medió reserva de acción—, pues lo veda la regla *non bis in idem*.

LA VIOLENCIA MORAL REQUIERE COACCION SOBRE UNA PERSONA, VALIENDOSE DE UN ACTO INJUSTO Y NO DEL EJERCICIO CORRECTO DE UN DERECHO (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia—Cuando se trate de nulidad radical por ilicitud de causa, por ser el propósito negocial contrario a la ley («todo pleyto que es fecho contra nuestra ley... que non deve ser guardado», según texto de la Partida V), la mácula incluso debe ser apreciada de oficio por los Tribunales, absteniéndose de otorgar eficacia al contrato viciado, cuya nulidad se origina *ipso iure*.

Si bien en principio para que pueda decretarse la nulidad debe ser solicitada en forma por la parte que la pretenda y a quien sus efectos jurídicos perjudiquen, no es tan absoluto y rígido el precepto que impida a los órganos jurisdiccionales hacer las oportunas declaraciones cuando los pactos y cláusulas que integran el contenido de aquéllas choquen manifiestamente con la moral o sean ilícitos, pues lo contrario conduciría a que las decisiones de los Tribunales, por el silencio de las partes, pudieran tener su apoyo y base fundamental en hechos torpes o delictivos, absurdo ético jurídico inadmisibles.

Limitada la libertad contractual por el orden público, el concepto de orden público nacional viene integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada.

La violencia moral o psíquica (*vis compulsiva*) determinante del temor (*metus*) constitutivo de la intimidación a los efectos de viciar la voluntad contractual requiere que uno de los contratantes, o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral

de entidad tal que por la inminencia del daño que se pueda originar influya en su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses.

NO PUEDE USARSE EL PATIO COMUN DE UN EDIFICIO COMO LUGAR DE RECREO DE LOS ALUMNOS DE UNA ESCUELA UBICADA EN ALGUNOS LOCALES DEL MISMO (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1980).

Hechos—En el título constitutivo de la propiedad horizontal del inmueble en cuestión, se estipula que el piso bajo tiene acceso al patio de la casa, «del que podrá servirse para usos inocuos». Instalado un Colegio privado en dicho piso bajo, sus alumnos utilizan el patio de la casa en las horas de recreo escolar. La Comunidad pretende que se declare que el patio es elemento común y no privativo. Prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—La cláusula que permite un uso inocuo a un copropietario de un elemento común como es un patio, no transforma a éste en privativo o anejo del local de aquél, porque ni se dice así en el título, ni consta que los demás condueños estén excluidos de su uso o de los servicios que el patio pueda proporcionar, amén de que un elemento común por naturaleza no se transforma así, sin acuerdo unánime de la Comunidad, en anejo o privativo.

La coherencia del sistema jurídico en que se funda la analogía no se distorsiona ni se desconoce al no aplicar al caso la consecuencia jurídica excepcional prevista en el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para el favorecimiento de un arrendatario que tenga instalado un colegio o escuela—cuya incomodidad se justifica por interés social—al supuesto del copropietario que en su local instala también una escuela y que además, y esto es lo distintivo y fundamental, pretende extender la utilización escolar a elementos comunes del edificio de cuyo uso y disponibilidad exclusiva carece, o del que sólo puede usar de modo condicionado, es decir, en tanto no perjudique o moleste a los demás condueños.

RECURSO DE REVISION: SUS CAUSAS HAN DE DEDUCIRSE DE HECHOS NO ALEGADOS EN EL JUICIO (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Como sentó la Sentencia de esta Sala de 11 de marzo de 1953, el recurso extraordinario de revisión, provisto de finalidad rescisoria de sentencias firmes en los precisos casos para los que se encuentra otorgado por el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es medio que autorice a los litigantes a promover un nuevo examen de cuestiones o extremos que tuvieron su lugar adecuado en el pleito, sino que su ejercicio ha de concretarse a la demostración cumplida de una de las causas que establece el artículo citado, requiriéndose para su eficacia que la misma sea deducida de hechos no alegados ni discutidos en el juicio.

Respecto a la maquinación fraudulenta a que se contrae la causa del número 4 del antes mencionado artículo 1.796, estableció en concreto la jurisprudencia que ha de deducirse de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo, no a los alegados y discutidos en él.

NOTAS ESPECIFICAS DEL RECURSO DEL ARTICULO 1.695 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. EL POSEEDOR DE MALA FE TIENE DERECHO AL REINTEGRO DE GASTOS DE PRODUCCION DE LOS FRUTOS (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Al examinar la hipótesis regulada en el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la doctrina jurisprudencial ha puntualizado el ámbito y las notas específicas de tal supuesto normativo, destacando las siguientes características: Primera. Por la especial naturaleza del recurso de que se trata difiere esencialmente de los casos contemplados en los artículos 1.692 y 1.693 de la propia Ley Procesal, asemejándose más por su contenido, aunque no venga así configurado, a un recurso de exceso de poder encaminado a determinar si la resolución recurrida se ajusta o no a la sentencia que puso fin al debate o, por el contrario, se extiende a resolver puntos que no fueron objeto de controversia, no decididos de consiguiente, o bien si lo previsto en la fase ejecutiva se halla en contradicción con el fallo, puesto que en cualquiera de estas situaciones el error que se invoca envuelve sustancialmente un exceso de poderes ejecutivos por transgresión de los términos de la ejecutoria o abarcando más de lo que comprenden, recurso que por su naturaleza excepcional evidenciada por la literalidad del precepto y la del artículo 944, tiene significado limitativo, sin posibilidad de interpretaciones extensivas ni analógicas. Segunda. En ese recurso especialísimo, que desborda los límites típicos de la casación, se defiende la sentencia contra las actuaciones practicadas en ejecución de la misma, debiendo verificarse la confrontación entre los términos intangibles del fallo y los de la resolución judicial que se dicte para su efectividad, bien entendido que no surgirá tal discrepancia si los pronunciamientos no se oponen en realidad al contenido de la ejecutoria o se limitan a fijar las obligadas deducciones y el verdadero alcance de la resolución que se ejecuta, pues de igual modo que no puede tacharse de incongruente el fallo que resuelve en esencia las pretensiones deducidas, aunque no haya acomodación literal con lo postulado, tampoco contravienen lo acordado las resoluciones dirigidas a llevar a cabo una sentencia firme, pues asiste a los Tribunales la indeclinable facultad de interpretarla valiéndose para ello, si preciso fuera y como elemento de auténtica interpretación, de las consideraciones que le sirvieron de base y fundamento jurídico en cuanto reveladoras de la *ratio decidendi*, por lo que no se producirá extralimitación ni, por consiguiente, exceso de poder, cuando en el período ejecutivo se decida sobre una cuestión accesoria que sea también lógica y natural consecuencia de lo acordado.

El reintegro de los gastos de producción de los frutos es derecho que asiste también al poseedor de mala fe; esta Sala tiene declarado, acomodándose al general sentir de la doctrina científica, que tales desembolsos son de abono por el principio general que rige los gastos necesarios y

por la máxima que veda el enriquecimiento injusto en perjuicio de tercero, ya que, además, tal es el punto de vista inspirador del artículo 356 del Código Civil, dictado cabalmente para ese supuesto, ya que, según se ha hecho notar, no podría referirse al poseedor de buena fe, que retiene los frutos y, por consiguiente, no suscita cuestión acerca de los gastos realizados para producirlos.

NO PUEDE PEDIR LA RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA EL VENDEDOR QUE, AUN HABIENDO DEJADO DE PERCIBIR ALGUNAS LETRAS, PERSISTE EN EL COBRO DE LAS SIGUIENTES (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1980).

Hechos.—Una sociedad vendió un solar a un particular, con precio aplazado y garantizado por unas letras de cambio. El comprador dejó de pagar algunas, pero la sociedad vendedora le fue pasando las posteriores, que sí fueron abonadas. Un año después de haberse pagado el último plazo, la vendedora demanda la resolución del contrato, quedándose con las cantidades abonadas como cláusula penal. Los Tribunales de Instancia estiman la demanda, si bien moderan la cláusula penal a la mitad. El Supremo casa la sentencia y declara la plena eficacia del contrato.

Doctrina de la sentencia.—El llamado pacto comisorio, que sanciona con la resolución contractual y pérdida de lo entregado por el comprador, ante el impago por éste del precio o de cualquiera de los plazos estipulados, con el retorno de la cosa vendida al primero, constituye una auténtica garantía en beneficio del vendedor, cuya rigurosidad atenúa en cierto modo nuestro Código Civil al establecer en su artículo 1.504, y en interés del comprador, que para que su automático efecto se produzca deberá el vendedor requerir judicial o notarialmente al comprador en el sentido resolutorio, a partir de lo cual será inválido cualquier pago y sin que el Juez pueda conceder nuevo término, indicándose con ello que interín no se produzca tal requerimiento puede el pago enervar la resolución y salvarse el programa contractual.

Si los problemas que puedan plantearse se simplifican en el caso de precio fijado de una sola vez o en un solo plazo, sin más división temporal, no ocurre lo propio en la hipótesis contraria, pues ni las partes ni la ley han previsto el supuesto en el que el comprador, que normalmente abona las cantidades divididas del precio en letras mensuales, deja de pagar algunas de ellas para después reanudar el cumplimiento pactado y previsto, sin que por su parte el vendedor manifieste voluntad alguna en cualquier sentido, antes bien, persistiendo en el cobro de los siguientes plazos o letras hasta el final señalado en el contrato y sólo después del percibo del último plazo temporal, dirige la conminación judicial, mediante papeleta de conciliación al otro contratante, manifestando su voluntad de resolver el contrato por impago.

Es doctrina conocida que la especialidad del artículo 1.504 del Código Civil no basta para suprimir la doctrina general recaída en torno del artículo 1.124 del mismo cuerpo legal, relativa a la necesidad de exigirse, para acordar la resolución contractual, la concurrencia de voluntad obstaculizadora al cumplimiento, que exista propio incumplimiento y que éste sea

imputable al deudor, requisitos y notas comunes a ambos supuestos legales; no puede calificarse de voluntad rebelde y obstativa al incumplimiento la del comprador de autos, que sigue abonando los plazos contractuales, aun con la omisión de algunos de ellos, conducta que podrá calificarse de inadecuada o defectuosa, pero no de incumplidora, pues ciertamente estuvo atemperada e incluso tolerada por la vendedora, quien de ese modo operaba una especie de ratificación contractual, una opción clara respecto del mantenimiento del contrato, una voluntad de persistir en su cumplimiento, acorde con el primer inciso del párrafo segundo del artículo 1.124 del Código Civil.

La conclusión anterior fluye también del artículo 7.º del Código Civil, que por primera vez en nuestro derecho establece como norma el principio de la buena fe en sentido objetivo, ya recogido en materia contractual en el artículo 1.258 del mismo Código, normas que obligan al sujeto de derecho en general y al contratante en particular al cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente y que normalmente vienen significadas por los valores de honradez, corrección, lealtad, fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida.

En ese sentido, no puede afirmarse que la conducta de la vendedora se ajustase a esos postulados, sino que fueron desconocidos, al intentar ejercer anormalmente o con voluntad de lucro excesivo en perjuicio ajeno un derecho de resolución contractual dirigido a la obtención de un beneficio injusto, pues por tal ha de calificarse su aplicación estricta y a la letra de una cláusula penal que le permitiría quedarse con la cosa vendida y con los cuatro quintos de su precio ya percibido, con la alegación extemporánea de un parcial incumplimiento del comprador, antes tolerado y no denunciado, volviéndose así contra una propia conducta creadora de una ajena confianza que ahora no puede ser defraudada.

LA FALTA DE PERSONALIDAD SE REFIERE A LA INCAPACIDAD DE LA PARTE ACTORA PARA COMPARECER EN JUICIO (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Como tiene reiteradamente declarado esta Sala, la falta de personalidad, al consistir en carecer de las cualidades para comparecer en juicio, o en no acreditar el carácter o representación con que se reclama, no puede confundirse con la falta de título o derecho de pedir, al no afectar éste en nada a la personalidad del litigante, por ser materia de fondo, debido a que la falta de personalidad no se refiere al mejor o peor derecho con que se litiga, o lo que es lo mismo, a la existencia o carencia de la acción pertinente a la pretensión que motiva el pleito, sino a la absoluta o relativa incapacidad personal que tenga la parte actora para comparecer en juicio o para hacer las peticiones que sean objeto de él.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

RETRACTO: NO ES VALIDA LA RENUNCIA A LA ACCION DE RETRACTO HECHA ANTES DE LA COMPRAVENTA Y SIN TENER CONOCIMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA MISMA (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1979).

Vendidas las fincas arrendadas, junto con otras, a un tercero, el arrendatario ejerció la acción correspondiente ante el Juzgado de Calamocha, que estimó la demanda, pero la Audiencia Territorial revoca esta sentencia con base en la renuncia del actor al ejercicio de la acción de retracto, manifestada a los demandados antes de la venta y en la caducidad de la acción.

Triunfa el recurso de revisión. No ha caducado la acción de retracto, ya que la obligación de notificar es del comprador y, al no haberlo hecho éste, el plazo empezará a transcurrir a partir de la fecha en que el retrayente, por cualquier motivo, haya tenido conocimiento de la transmisión sin que pueda deducirse ese conocimiento de una carta de la mujer del arrendatario a los arrendadores en la que se habla de posibilidad de venta sin especificar ni el objeto ni el precio y mucho menos de un papel al que se añade la fecha manuscrita sin firma ni posterior reconocimiento del arrendatario, en el que se apoya el Tribunal *a quo* para afirmar que en esa fecha se tenía conocimiento de la operación, siendo más bien el momento en que tiene lugar ese conocimiento el del acto de conciliación celebrado ante el Juez de Paz, en el que por vez primera se exhibe la escritura de compraventa y entonces el retrayente anunció su intención de retraer, según consta en los resultandos de la Sentencia de Primera Instancia que ha sido íntegramente aceptada por la que ahora se recurre. En cuanto a la renuncia, basada en el anterior papel, que no tiene el mínimo valor jurídico y en la carta que la esposa dirige a los arrendadores que, con independencia de que firme con la misma letra en nombre del marido, no está realmente escrita por el arrendatario, lo que excluye el carácter de personalísima que tiene la renuncia, confirmado por la jurisprudencia y además, al ser las fincas vendidas, no sólo las arrendadas, sino otras, hay una diferencia entre las fincas a las que aludía la carta y las realmente vendidas, así como en el precio, contrariando así lo requerido por la doctrina legal, que señala que la renuncia ha de ser explícita, clara y terminante, tanto más cuanto que en aquella fecha no había tenido lugar la compraventa, siendo de tener en cuenta que es ineficaz la renuncia anticipada al hecho que produce el ejercicio de un derecho y no se puede renunciar a lo que todavía no se tiene por no haberlo adquirido e incorporado al patrimonio del titular. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dicho que no puede renunciarse anticipadamente a los derechos que confiere la legislación arrendaticia y más concretamente al derecho retractual, por ser contrario a las normas imperativas de la ley.

RETRACTO: AL HABER TENIDO CONOCIMIENTO ANTERIORMENTE EL ACTOR DE LA TRANSMISION DE LA FINCA HA CADUCADO LA ACCION RETRACTUAL INTERPUESTA (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1979).

La finca, dada en aparcería, es vendida y los compradores notifican al tercero que queda extinguida aquella relación. Entonces, éste interpone la demanda de retracto ante el Juzgado número 1 de Oviedo, que declaró caducada la acción y desestima la demanda, lo que confirmó íntegramente la Audiencia Territorial.

No prospera la revisión. El requerimiento de 21 de enero de 1976 no tuvo por fin dar conocimiento de la transmisión a los efectos retractuales, sino dar a conocer el propósito de los arrendadores de dar por finalizada la aparcería y el actor tuvo conocimiento de la transmisión y de sus circunstancias en 1975, con ocasión de la expropiación parcial de una de las fincas para la construcción de una carretera, por lo que la acción de retracto se ha ejercitado fuera de plazo. Los documentos aportados no contienen nada que se oponga a lo que la Sala sentenciadora afirma y, en cuanto a los pretendidos errores de derecho en la apreciación de las pruebas no se cita el concepto por el cual se estiman infringidos los preceptos que se citan, omisión que les hace estar incursos en la causa de inadmisión del número 4 del artículo 1.719 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de aplicación en esta clase de recursos, a tenor de lo prevenido en el artículo 51-6.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos.

DESAHUCIO: NO SE ADMITE LA PRORROGA TACITA DE LA APARCERIA. NO SE REALIZO UN CONTRATO NUEVO AL INCORPORAR TERRENOS ROTURADOS DESPUES A LA APARCERIA PRIMITIVA (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1979).

En 1969 se cedió una finca en aparcería hasta 1975, y no abandonada la finca por el aparcerero, al fin del plazo, se le citó de conciliación que se celebró sin avenencia, por lo que se le demanda ante el Juzgado de San Clemente para su desahucio, admitiéndose la demanda, lo que confirma la Audiencia de Albacete.

No prospera el recurso de revisión. El demandado alega que la sentencia recurrida es incongruente porque, durante la vigencia del contrato, fueron cedidas en aparcería otros terrenos, resultantes de la roturación de un monte comprendido en la finca dada en aparcería, pero no es cierto, ya que la sentencia al declarar el desahucio de ambas fincas guarda acatamiento a este principio de congruencia al no distinguir entre terrenos existentes en la finca de otorgamiento del contrato y los que, tras la roturación efectuada durante la vigencia del mismo adquirieron tal condición, ya que se solicitó el desahucio de todas las fincas. A partir de tal roturación los aparcereros cultivaron los terrenos roturados con autorización del propietario, pero sin concretar ningún contrato nuevo y sin fijar nuevo plazo de duración del de 1969 y sin llegar a prorrogar éste, hechos que no han sido atacados por la vía adecuada, pero aun suponiendo que la nueva aparcería no estuviese vinculada a la del referido con-

trato, dicha aparcería estaba extinguida en la fecha de presentación de la demanda, pues su duración sería la mínima del artículo 49 del Reglamento, es decir, una rotación de cultivo, es decir, al no constar el aprovechamiento de los terrenos, un año agrícola, siendo necesaria para la prórroga un pacto expreso, pues no se admite la prórroga tácita por lo que es evidente la extinción de la aparcería, que unilateralmente pretenden prorrogar los recurrentes.

DESAHUCIO: *LOS DOCUMENTOS APORTADOS NO PRUEBAN QUE EL ARRENDATARIO ENTRASE EN POSESION DE LA FINCA EN LA FECHA QUE EL PRETENDIA, POR LO QUE PROCEDE EL DESAHUCIO* (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1979).

El actor, propietario de unas fincas que le adjudicó el IRYDA, arrendó las mismas al demandado por un plazo de tres años, pero al concluir ese plazo no abandonó las fincas, por lo que el propietario instó el desahucio por precario ante el Juzgado Comarcal de Lerma que no lo concede, confirmando la sentencia la Audiencia de Burgos, por considerar inadecuado el procedimiento. Dos años después se requirió al colono para negar la prórroga del contrato, al transcurrir seis años, deseando cultivar directamente las fincas durante seis años como mínimo el dueño. No habiendo abandonado la finca se entabla demanda, conforme al Reglamento de Arrendamientos Rústicos, solicitando el desahucio del colono, que admite el Juzgado de Primera Instancia de Lerma, manteniéndola la Audiencia de Burgos.

No tiene éxito el recurso de revisión, que se basa en el error de hecho en la apreciación de las pruebas, consistentes en un recibo y en un certificado de la Hermandad de Labradores, unidos a los autos mediante diligencia para mejor proveer, mas dicho motivo ha de ser desestimado por cuanto del recibo lo que se desprende es que el arrendamiento comenzó en 1970 y no en el 71 y la certificación de la Hermandad no demostró el error ya que desconocimiento no equivale a inexistencia.

RETRACTO: *TRATANDOSE DE UN ARRENDAMIENTO PARCIAL DE LA FINCA QUE NO LLEGA A LA MITAD DE LA SUPERFICIE DE AQUELLA, NO PROCEDE EL RETRACTO* (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1979).

Arrendada la finca para una explotación pecuaria y enterado el arrendatario de la venta de la misma, demandó de conciliación a los supuestos compradores no compareciendo los demandados quienes otorgaron una escritura de rescisión de la compraventa, que el arrendatario entendió que era simulada por lo que ejercita la acción de retracto comprometiéndose a no enajenarla hasta transcurridos seis años, ante el Juzgado de Seo de Urgel, que no admite la demanda, confirmando la Audiencia.

Es rechazado el recurso de revisión. Las pruebas documentales y periciales que se dice erróneamente apreciadas, no demuestran sino lo que la Sala dijo, es decir, que la finca que se pretende retraer es objeto de varios cultivos o aprovechamientos y el que es objeto del contrato verbal de

arrendamiento posterior no alcanza en su extensión la mitad de la finca, como pretende aquél. Tampoco se impugna adecuadamente el no ser arrendatario protegido, por lo que al aplicarse con rectitud el artículo 16 del Reglamento, la Sala ha estimado acertadamente la improcedencia del retracto.

DESAHUCIO: *PROCEDE EL DESAHUCIO POR EXTINCION DE PLAZO CONTRACTUAL* (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1979).

Se arrendó una finca en 1962, considerando este contrato como continuación de otro de 1952; continuando el demandado en la explotación de la finca, fue requerido en 1975 para que en 1976 deje libre la finca, requerimiento que se repitió al año siguiente, sin que fuese atendido por lo que, no tratándose de arrendamiento protegido especialmente, se le demanda ante el Juzgado de Granollers, que da lugar al desahucio, confirmado por la Audiencia de Barcelona.

El recurso de revisión se funda en dos motivos: 1.º Falta de preaviso por parte del arrendador para dar por terminado el arrendamiento, según se deduce de la letra del contrato. 2.º Abuso del derecho por parte de la propietaria. Pero no triunfa porque el recurso se ha de fundar en alguna de las causas del número 4 del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos indicando el precepto que se considere infringido y el concepto en que lo sea, nada de lo cual se observa en el presente caso, pues ninguno de los motivos expresan la referida causa de amparo procesal, por lo que el recurso está incurso en vía de inadmisión.

DESAHUCIO: *NO DADO EL PREAVISO PARA LA PRORROGA QUE AL ARRENDATARIO LE IMPONE EL ARTICULO 10 DEL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTOS PROCEDE EL DESAHUCIO, SIENDO INTRASCENDENTE QUE EL ARRENDADOR HAYA EXPRESADO SU VOLUNTAD CONTRARIA A LA PRORROGA* (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1979).

En 1967 se arrendaron varias fincas al demandado para cultivos agrícolas sin que éste haya hecho saber al actor su voluntad de prorrogar y deseando la resolución del arrendamiento, se entabló la demanda ante el Juzgado de Benavente por conclusión del plazo contractual arguyendo el demandado que sólo puede negarse la prórroga cuando se propone cultivar directamente la finca arrendada el dueño. El Juez dio lugar al desahucio y la Audiencia de Valladolid mantuvo la misma doctrina.

No tiene éxito el recurso de revisión. La sentencia recurrida declara probado que el recurrente no ha hecho saber a los propietarios su voluntad de prorrogar el contrato y, según declara reiterada jurisprudencia, incumplida por el arrendatario la obligación de preaviso que le impone el artículo 10 del Reglamento, queda expedito el ejercicio por el arrendador de la acción de desahucio del artículo 28, causa 1.ª, siendo intrascendente que el arrendador haya expresado o no su voluntad contraria a la prórroga procediendo la desestimación de los dos motivos de que consta el recurso,

fundados ambos en la causa 3.ª del artículo 52 que denuncian la interpretación errónea del artículo 28 y la no aplicación del artículo 11 del citado Reglamento.

RETRACTO: *PROCEDE SU APLICACION* (SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 1979).

Por una carta del comprador se enteran los aparceros de la venta de la finca que ocupan; en ella les indica deben abandonar la finca al concluir el año agrícola. Interponen demanda de retracto ante el Juzgado de Vilafranca del Penedés que la admite, así como la Audiencia de Barcelona.

No prosperó el recurso de revisión. Este se ha de fundar en alguna de las causas del número 4 del artículo 52 del Reglamento, indicando el precepto infringido y el concepto en que lo fue y no es así en este caso en que, aunque se cita el precepto, no se precisa el concepto en que fue infringido, por lo que el recurso incide en vicio de inadmisión que es de desestimación en este trámite.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE CONTRATO: *SOLO SE PERMITE LA DEMOLICION DE EDIFICACIONES CUANDO SE PRETENDA RECONSTRUIR EL INMUEBLE, EFECTO QUE NO SE PUEDE PRODUCIR AQUI* (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1979).

Se arrendó un local en 1945 por un plazo de cinco años para industria de garaje, pudiendo instalar el arrendatario talleres u otras industrias accesorias o complementarias de la de garaje. En 1950 se le arrendó otro local interior, colindante con el primero en las mismas condiciones. El arrendatario instaló surtidores o depósitos de gasolina que, aparte su peligrosidad, impiden la construcción sobre dicho solar, por lo que, pretendiendo el actor realizar una nueva construcción previa la demolición de las obras hechas por el arrendatario, que considera provisionales, avisa con un año de antelación su propósito ofreciendo la indemnización de un año de renta y solicitando el desalojo, pero el demandado se opuso alegando que en el local tenía instalada una estación de servicio de CAMPSA, que no era una edificación provisional. Insistiendo en este carácter provisional se demanda la denegación de prórroga ante el Juzgado número 3 de Barcelona, que estimó parcialmente la demanda, declarando resuelto el contrato en cuanto al local primitivamente arrendado, pero no en cuanto al local arrendado posteriormente. La Audiencia de Barcelona revoca parcialmente la sentencia de instancia y no admitió la demanda.

Se desestima el recurso de casación. Tanto en el supuesto de edificación provisional como en el de no provisional, se precisa que se dé la posibilidad de construir de nuevo, para realizar la demolición pretendida, al ser la esencia que da vida a la excepción de prórroga instada, por lo que es congruente la apreciación hecha por la Sala de que la zona ha quedado clasificada definitivamente como de remodelación urbana en trans-

formación de uso a parque urbano por consecuencia del Plan General Metropolitano de Ordenación Urbana de Barcelona. Esta Sala reconoció, en Sentencia de 18 de octubre de 1961, que el artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no es una pieza suelta ni autónoma, sino que forma parte de la Sección 3ª del capítulo XII del referido texto, ya que el derribo no se autoriza más que al servicio de una finalidad social constructiva de aumento de inmuebles en bien común, finalidad que cuando no existe no justifica la excepción a la prórroga del arrendamiento. Según certificación de la Corporación Metropolitana de Barcelona, al tiempo de pretenderse el derribo no puede producirse la reconstrucción, independientemente de que la clasificación de la zona pueda o no variarse por medio del correspondiente recurso.

DECLARACION DE DERECHOS: ES VALIDA LA RENUNCIA AL ARRENDAMIENTO HECHA POR LA ARRENDATARIA SIN QUE EL PAGO DE LOS RECIBOS POSTERIORES ACREDITE NADA CONTRA TAL RENUNCIA (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1979).

Ante el Juzgado número 2 de San Sebastián se formuló juicio de mayor cuantía basado en que la demandada, arrendataria de dos pisos de un edificio, destinados a hostel, notificó al actor su idea de renunciar a uno de los pisos quedándose con el otro, sin que transcurridos varios meses, hubiera entregado las llaves del piso a la propiedad, por lo que se solicitaba del Juzgado una sentencia declarando válida y eficaz la renuncia y resuelto el arrendamiento, en cuanto a dicho plazo. El demandado contestó alegando la inadecuación del procedimiento que debía tramitarse por el de la Ley de Arrendamientos Urbanos y negando la renuncia a que se refería la demanda. El Juez declaró la renuncia y resuelto el contrato en cuanto a dicho piso, confirmando la Audiencia Territorial.

No triunfa el recurso de casación. No es inadecuado el procedimiento porque tratándose de la vigencia o extinción de un contrato no es de aplicación la Ley especial al carecer de normas referentes a esta materia, debiendo acudir a la legislación común conforme a reiterada doctrina de esta Sala. El pago de la renta por los meses que el arrendatario siguió en el disfrute de la cosa arrendada no desvirtúa la existencia de la renuncia, pues en la carta no se dice cuándo se abandonaría el local y la referida carta reúne los requisitos que la jurisprudencia exige para tener por efectuada la renuncia a ese derecho al ser personalísima, clara, terminante e inequívoca, confirmándose por el resultado del resto de las pruebas con relación a la conducta posterior de los litigantes como es que, al quedar la demandada en el uso del local debía pagar los recibos correspondientes sin que pueda darse otro alcance a dichos recibos que no tienen la calidad de auténticos a los fines pretendidos.

C. R. R.

V. SUCESIONES

CAPACIDAD DEL TESTADOR. CONOCIMIENTO POR LOS TESTIGOS. DOLO. ARTICULOS 663, NUMERO 2.º, 685, 687 Y 673 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1980).

La capacidad se presume mientras no se demuestre lo contrario. Es indiferente que el testador no conozca a los testigos si los testigos le conocen e identifican.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Madrid confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Navalcarnero, conforme a las siguientes consideraciones:

Que tras examen particularizado de los elementos probatorios, declara en síntesis, como resumen de dicha labor, la sentencia de primera instancia, cuyos considerandos aceptados por la recurrida han de tenerse por incorporados a la misma, «el no desprenderse que la testadora estuviera habitual o accidentalmente fuera de su cabal juicio y desde luego no se ha probado que en el momento de hacer el testamento concurriera tal circunstancia»; declaración fáctica que corrobora la sentencia recurrida, la que imponiendo a los actores la prueba de la incapacidad de la testadora, ya que la capacidad se presume mientras no se demuestre lo contrario, y que lo sea de manera evidente, porque apreciada su integridad mental por el Notario y los testigos ha de ser desvirtuado tal juicio, afirma que la prueba practicada no ha logrado poner de manifiesto la pretendida «ineptitud» de la testadora.

Que al no combatirse la anteriormente expresada resultancia fáctica, de la que la sentencia recurrida concluye su fallo, y por tanto invariable en la resolución del recurso, hace decaiga el primero de los motivos, al denunciar por la vía del mismo ordinal del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil la violación del número segundo del artículo seiscientos sesenta y tres del Código Civil, puesto que si según dicho precepto, están incapacitados para testar «el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio» hace que el supuesto de autos no sea subsumible en el mismo, al no darse, con respecto a la testadora la circunstancia prevista en dicho precepto, por lo que no puede decirse haya sido violado por el Juzgador de instancia.

Que los motivos segundo, tercero y cuarto, todos ellos amparados en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil al respectivamente denunciar la interpretación errónea del artículo seiscientos ochenta y cinco del Código Civil, la violación de los principios *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi jus*, contenidos en las sentencias que se citan y la violación del artículo seiscientos ochenta y siete, de aquel Código, están montados sobre la base fáctica, de que ni los testigos instrumentales conocían a la testadora ni ésta a aquéllos, argumento esgrimido en el primero de dichos motivos, sobre lo que la sentencia declara, que al ser alegado en el acto de la vista, por el Letrado de la parte apelante, es bastante para rechazarlo al no haber sido

oportunamente propuesto, mas no parándose en dicha argumentación y a mayor abundamiento, dando como supuesto el que hubiera sido en su momento propuesto, tampoco podría prosperar «porque no consta tal desconocimiento de la testadora por los testigos, quienes en el instrumento impugnado aseguran conocer a la compareciente, y si en verdad de la prueba de confesión del demandado en otro juicio, aportado como prueba, a lo más que se podría llegar es a que la testadora no conocía a los testigos, estima el Juzgador ser intrascendente, por cuanto el artículo seiscientos ochenta y cinco no exige que los testigos sean conocidos por el testador—Sentencia de veinte de junio de mil novecientos veintitrés—, esto es, que si por una parte se afirma falta de pruebas sobre aquel desconocimiento, por lo que hay que estar a que los testigos conocían a la testadora, por otra, la interpretación que da a ese posible desconocimiento de la testadora de los testigos, se ajusta a los términos y sentido de dicho artículo, porque con tal exigencia se trata de garantizar la identidad de quien otorga un testamento, ante lo que es indiferente que éste no conozca a los testigos si los testigos le conocen e identifican, pues esa falta de conocimiento resultaría inoperante a los pretendidos fines, cumplido que sea el otro conocimiento que es el que verdaderamente importa, ya que con el conocimiento del Notario y el de los testigos instrumentales se garantiza la identidad de quien otorga el testamento, que es de lo que se trata y se pretende por el mencionado artículo, por lo que no cabe entender haya sido erróneamente interpretado por el Juzgador, haciendo procedente su desestimación, como lo ha de ser el segundo de los citados motivos y ello porque el planteamiento y solución que da el Juzgador a la cuestión propuesta en el anterior motivo, hace totalmente inútil e infundado este segundo, pues si bien en principio hace el Juzgador la afirmación de que la extemporaneidad de ese alegado fundamento sería bastante para rechazarlo, no deja seguidamente de plantear la cuestión y resolverla, admitiendo como supuesto previo, que lo hubiera sido en momento oportuno, todo ello independientemente de que si el Juzgador es libre en aplicar el derecho, está sujeto inexcusablemente a los hechos oportunamente alegados y probados y no otra cosa sancionan dichos principios, que por tanto no han sido violados; para por último tener, igualmente, que desestimar el tercero de los motivos, pues, para llegar a la conclusión prevista en el artículo invocado como violado, esto es, el seiscientos ochenta y siete del Código Civil, no hace el recurrente sino supuesto de la cuestión y con notorio olvido de lo declarado por la sentencia, respecto al conocimiento de los testigos de la testadora y alcance que en todo caso pudiera tener el que la misma no los conociera, dar por supuesto dicha falta de respectivo conocimiento, con los efectos que el recurrente, a tenor de dicho artículo y arbitraria interpretación del mismo, le atribuye.

Que el motivo quinto, último del recurso, al no haber superado la fase de admisión el sexto, denuncia por la vía de sus anteriores la violación del artículo seiscientos setenta y tres del Código Civil, al calificar de dolosa la conducta del demandado en relación a que la testadora otorgase testamento en la forma en la que lo hizo y cuya nulidad, en consecuencia, se pretende, sobre lo que no cabe sino insistir en la extemporánea alegación de dicha causa de nulidad, y en cuanto declara la sentencia, el no resultar acreditado el engaño utilizado por el demandado para captar la voluntad

de la testadora; y siendo por tanto cuestión de hecho que de no combatirse por vía adecuada ha de estarse en casación a lo apreciado por el Tribunal de Instancia, el motivo ha de ser desestimado.

PARTICION. UNIDADES MINIMAS DE CULTIVO. DEROGACION LEGISLATIVA. Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958. Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973. Artículo 6.º, párrafo tercero, del Código Civil (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1980).

El espíritu derogatorio de una ley ha de alcanzar, si la nueva ley no dijese expresamente lo contrario, a las disposiciones de inferior rango dependientes de la derogada.

No existe en la actualidad disposición oficial alguna que señale los mínimos de cultivo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, revocatoria parcialmente de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Cieza, en razón de las siguientes consideraciones:

Que contra la sentencia del Tribunal de Instancia que, revocando en parte la de primer grado, desestima la demanda impugnada de las operaciones particionales a que ésta se refiere, por estimar que la Orden Ministerial de veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho que señala las extensiones mínimas de cultivo, en secano y regadío, de aplicación a las distintas provincias y localidades del territorio nacional, entre ellas la provincia de Murcia y el término municipal de Ojós, se encuentra derogada por la vigente Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de doce de enero de mil novecientos setenta y tres, se alza el presente recurso de casación que consta de siete motivos, todos los cuales tienen como denominador común la tesis mantenida por la parte recurrente en orden a la no derogación, y consiguiente vigencia, de dicha Orden Ministerial y, con base en ella, como primer motivo del recurso que, como los seis restantes, se ampara en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega infracción, por interpretación errónea, el artículo cuarenta y tres de la mencionada Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, por entender que, contrariamente a lo declarado por la Sala sentenciadora, no es necesario para que puedan aplicarse los mínimos de cultivo que fueron fijados por la citada Orden de veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho haya de dictarse el Decreto que el precepto legal, que como infringido se alega, anuncia, ya que este artículo distingue en su redacción dos situaciones, que son la de señalamiento para los pueblos o comarcas de cada provincia que no los tengan señalados y revisión para los que teniéndolos se estime conveniente su rectificación, razonamiento éste con el que pretende justificar la parte recurrente la vigencia de la anteriormente referida Orden Ministerial, que ya señaló en mil novecientos cincuenta y ocho esa extensión para distintas demarcaciones provinciales y términos municipales, entre los que se encuentra aquel en que radican las fincas objeto de la partición impugnada en el pleito origen del presente recurso, mas al argumentar del modo en

que lo hace, la parte recurrente olvida que dicha Orden Ministerial se publicó como consecuencia y complemento de la primitiva Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de quince de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, la que en su artículo primero dejaba al Ministerio de Agricultura la facultad de señalar por Decreto la extensión de las unidades mínimas de cultivo dentro de cada zona o comarca de la provincia a los efectos de dicha ley, y como ésta ha sido expresamente derogada por la vigente Ley de mil novecientos setenta y tres, tal derogación ha de llevar consigo necesariamente la de la Orden de veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho que, en cumplimiento de los Decretos de veinticinco de marzo y veintidós de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco—dictados en aplicación de mencionada Ley de mil novecientos cincuenta y cuatro—, fijó la extensión de referidos mínimos de cultivo, pues sabido es que el espíritu derogatorio de una ley ha de alcanzar, si la nueva no dijese expresamente lo contrario, a las disposiciones de inferior rango dependientes de la derogada, como lo son las aclaratorias, complementarias o dictadas para ejecución de la misma, y esta condición tiene la Orden Ministerial de mil novecientos cincuenta y ocho en relación con la Ley de mil novecientos cincuenta y cuatro, sin que esta conclusión pueda ser desvirtuada por las alegaciones de los recurrentes, pues la palabra «revisará» que el precepto que como infringido se cita emplea no puede interpretarse, como aquéllos pretenden, en el sentido de que la revisión afectaría a las extensiones mínimas de cultivo señaladas en mil novecientos cincuenta y ocho, ya que del mismo modo cabe admitir que la facultad revisora se confiere para el futuro y con relación a los mínimos de cultivo que en el correspondiente Decreto—en cumplimiento de la vigente Ley de mil novecientos setenta y tres—se señalen, y en este sentido ha de entenderse si se tiene en cuenta la forzada interpretación que supone dar a dicha palabra el significado que la parte recurrente pretende y que, si como ha quedado expuesto, la derogación de la Orden Ministerial de veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho es consecuencia obligada de la derogación expresa de la Ley de quince de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro—para cuya aplicación y ejecución se dictó—, si el propósito de la nueva Ley de mil novecientos setenta y tres era mantenerla en vigor lo habría así declarado expresamente, de todo lo cual resulta procedente la desestimación del motivo.

Que igualmente es desestimable el segundo motivo, en el que se denuncia la infracción, por interpretación errónea, de la Disposición Final Derogatoria-1.ª de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de doce de enero de mil novecientos setenta y tres, por estimar que al no derogar expresamente dicha disposición la Orden Ministerial de veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho no es admisible la tesis del Tribunal de Instancia, teniendo en cuenta para ello que esta orden se encontraba dependiendo, no solamente de la Ley de quince de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, sino también de la Ley de catorce de abril de mil novecientos sesenta y dos, sobre explotaciones familiares, que no ha sido derogada por la de mil novecientos setenta y tres, la cual, en su artículo octavo, dispone la sustitución de los mínimos de cultivo por los de los mínimos familiares, conforme éstos se vayan estableciendo, pues el decaimiento de este motivo viene impuesto tanto por los razonamientos que con anterioridad han quedado expuestos como porque la citada Ley de

catorce de abril de mil novecientos sesenta y dos sobre explotaciones familiares fue derogada, de manera expresa, por la de veintiuno de julio de mil novecientos setenta y uno, que creó el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, y esta derogación hace inaplicable el artículo octavo de la citada Ley de mil novecientos sesenta y dos, cuya infracción, al no haber sido aplicado por la Sala sentenciadora, acusa el tercero de los motivos y que, por tanto, ha de ser igualmente desestimado, así como también ha de perecer el motivo sexto, pues declarado al resolver los motivos primero y segundo que la Disposición Final Derogatoria-1.ª de la Ley de doce de enero de mil novecientos setenta y tres alcanza a la Orden Ministerial de mil novecientos cincuenta y ocho, lejos de producirse su indebida aplicación ha sido tenida acertadamente en cuenta.

Que igual suerte desestimatoria que los anteriores, y como lógica consecuencia de la desestimación de los mismos, han de correr los motivos cuarto y quinto, en los que se arguye, respectivamente, la violación del artículo cuarenta y seis de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de doce de enero de mil novecientos setenta y tres y la violación, por no aplicación, de la Orden Ministerial de veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, por estimar, en cuanto al primero, que no fue derogada la citada orden, y respecto al segundo, que ésta, en cuanto señala los mínimos de cultivo para ser aplicados en distintas localidades del territorio nacional, especialmente considerado el apartado referente a Murcia, Grupo segundo en el que se incluye el término de Ojós, donde las fincas de la partición radican, se halla vigente, pues estas alegaciones contradicen la conclusión deducida al resolver sobre los anteriores motivos, según la cual la derogación de la citada Orden Ministerial se produjo como consecuencia de haber sido derogada expresamente la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de quince de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, lo que pone de manifiesto la obligada inaplicación al caso objeto del recurso de aludidas disposiciones legales.

Que en el séptimo y último de los motivos se alega infracción, por violación, al no haberse aplicado al caso controvertido, del artículo sexto, párrafo tercero, del Código Civil, expresivo de que los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, y según los recurrentes la partición de bienes que ha motivado el pleito, al no respetar las unidades mínimas de cultivo y contrariar así lo dispuesto en los artículos cuarenta y cuatro y cuarenta y seis de la tan mencionada Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de doce de enero de mil novecientos setenta y tres, ha incurrido en la sanción de nulidad que dicho artículo del Código Civil previene, motivo éste también de obligada desestimación, toda vez que al no existir en la actualidad disposición oficial alguna que haya señalado esos mínimos de cultivo y al haber sido derogada la que anteriormente, y como consecuencia de la Ley de mil novecientos cincuenta y cuatro, los había establecido, es clara la inoperancia del precepto legal que como infringido se cita, al no existir el supuesto fáctico comprensivo de la realización de un acto contra lo dispuesto imperativamente en la ley, determinante de la aplicación de esa norma sancionadora.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

ALGUNAS SENTENCIAS «HETERODOXAS» EN MATERIA DE DENEGACIONES DE LICENCIAS CON OCASION DE MODIFICARSE LA ORDENACION URBANISTICA.

I. PLANTEAMIENTO

La aprobación de nuevos planes de urbanismo, por la sucesión de ordenaciones que supone en el tiempo, plantea una serie de problemas cuando de otorgar licencias se trata. Unos problemas que podrían ser los generales que suscita un cambio normativo o el grado de discrecionalidad en poder de la Administración con ocasión de otorgar licencias de urbanismo. Y unos problemas que han tenido respuesta, en el específico supuesto planteado, con base en proposiciones admitidas por una línea jurisprudencial y doctrinal dominante y abrumadora.

La primera proposición consiste en sostener el *carácter reglado de las licencias de urbanismo*. Al negarse la discrecionalidad administrativa en la materia, con este planteamiento el problema se reconduce a determinar cuál es la ordenación aplicable con base en criterios reglados. Se aplicará el plan anterior o el nuevo, pero sin que ello quede al arbitrio administrativo.

Aun sosteniendo el carácter reglado de las licencias de urbanismo, la modificación de la ordenación vigente plantea un doble problema derivado del carácter procedimental de las actuaciones administrativas. Y es que, en efecto, si la garantía procedimental presupone el transcurso de un período de tiempo desde el inicio hasta la terminación del expediente para que puedan cumplirse los trámites y fases preceptuadas, serán varios los momentos que puedan y deban tenerse en cuenta.

Por un lado, *los Planes* de urbanismo reciben una serie de aprobaciones y sus consiguientes publicaciones. ¿Desde qué momento un Plan tiene la suficiente entidad para motivar la denegación de una licencia?

Por otro lado, *las licencias* de urbanismo también presuponen un procedimiento que se inicia con la petición de la misma, en cuanto tiene el carácter de instancia, y termina con la resolución sobre su otorgamiento o no y subsiguiente notificación al interesado. ¿A qué momento del pro-

cedimiento de otorgamiento de la licencia hay que referir la aplicación del Plan?

La doctrina científica y jurisprudencial dominante resuelve las cuestiones indicadas con la doble proposición que se contiene en la afirmación siguiente: *sólo cuando se haya publicado la aprobación definitiva del nuevo plan al tiempo de pedirse la licencia podrá ésta denegarse (u otorgarse) con motivación en ese nuevo plan.*

Esto es lo que continua y abrumadoramente ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo. Hay, no obstante, sentencias que se apartan, o parecen apartarse, de la indicada línea de doctrina. Aludir a algunas de ellas y apuntar al respecto algunas ideas será objeto de este breve comentario, en el que debe quedar ya sentado que la Jurisprudencia dominante, por la cantidad de pronunciamientos que contiene, se da por sobreentendida.

Antes, sin embargo, conviene precisar que se parte de un supuesto de hecho en el que la suspensión del otorgamiento de licencias no tiene vigencia, por la razón que sea, y en el que el nuevo Plan no contiene normas de Derecho transitorio o intertemporal. Prescindiendo de estas dos variantes, los problemas quedarán planteados en estas pocas páginas con suficiente claridad.

Por otro lado, la fuerte contestación que parece advertirse recientemente a uno de los postulados de la doctrina dominante obliga a dejar para otra ocasión el tema. Concretamente el del momento del procedimiento de otorgar (o denegar) la licencia al que hay que referir la aplicabilidad de los Planes. Cada vez hay más sentencias que disienten de la afirmación de que el momento es el de la petición. Un análisis de las mismas exigirá la suficiente profundidad y consiguiente espacio.

II. DENEGACIÓN DE LICENCIAS POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO NO CONCRETADAS EN EL PLAN VIGENTE

1. *Algunas sentencias*

El Tribunal Supremo no ha tenido reparos en decir directamente, o aceptando lo considerado por las sentencias apeladas, que las licencias de urbanismo pueden denegarse no sólo cuando se oponen al Plan vigente, sino además en base a criterios de interés público. El carácter estricta y claramente reglado de las licencias de urbanismo queda así en entredicho y la posibilidad de aplicar un Plan, respaldada por dicha consideración, sin necesidad de acudir al análisis de si es o no todavía aplicable según los criterios que reglamentamente ofrezca el ordenamiento.

Sirvan de ejemplo las sentencias siguientes.

En la de 25 de febrero de 1974 se dirá (tercer Considerando de la apelada) que el

«otorgamiento de la licencia (que) constituye, *en principio*, una actividad reglada de la Administración, de forma que el 'ius aedificandi' que corresponda a todo propietario sólo podrá ser negado cuando se infrinja una norma preestablecida y legalmente aprobado—sentencias del Tribunal Supremo, entre las más recientes, de 9 y 29 de abril, 23 de mayo, 14 y 20 de junio, 23 y 27 de

octubre; todas de 1970—o perjudiquen intereses generales de cualquier tipo, como también el Tribunal Supremo tuvo ocasión de declarar en sentencias de 24 de octubre de 1962, 3 de octubre de 1964 y 17 de mayo de 1967, 25 de septiembre de 1969 y 11 de febrero de 1970, siendo en este caso preciso resolver si por razón de alguna de las cuestiones objeto de controversia—(.)—se infringe la normativa aplicable o se dañan intereses generales de cualquier tipo».

En la sentencia de 6 de junio de 1975 (cuarto Considerando de la apelada) se dirá que

«a mayor abundamiento, tal supuesto ha sido resuelto por el Tribunal Supremo en dos sentencias, de 24 de marzo de 1961 y 18 de diciembre de 1968, en cuanto que, con arreglo a la primera, el citado alto Tribunal declaró ajustado a Derecho un acuerdo denegatorio de la licencia de construcción, en base de que un *plan urbanístico se encontraba en período informativo*, demorando hasta su aprobación la denegación de referencia, *aplicando en tal supuesto por analogía* el art. 22, 3, de la Ley del Suelo (de 1956), la indemnización al solicitante de la licencia en cuestión que se recoge en tal precepto, terminando con la afirmación de que *la Administración tiene la facultad de decidir acerca de la oportunidad de omitir actos como el contemplado en tal resolución, cuando concurren circunstancias muy cualificadas de interés público...*».

En la sentencia de 10 de marzo de 1976 el Tribunal Supremo se referirá a que:

«Según una doctrina jurisprudencial de carácter excepcional—entre la que se cita la sentencia de 18 de diciembre de 1968, junto con las de 3 de octubre de 1964 y 9 de mayo de 1970—por cuya virtud y la de un *principio llamado de congruencia urbanística y de razones de interés público*, cabría denegar la licencia si se opone a un plan o norma próximo a aprobarse cuando se resuelve sobre su otorgamiento.»

En la sentencia de 28 de noviembre de 1977, al aceptarse el quinto Considerando de la apelada, el Supremo dirá:

«Que, entre las amplísimas facultades que el derecho de propiedad comporta, reconocidas con carácter general por el art. 348 del Código civil, se encuentra la de edificar, si bien supeditada, por razones de orden urbanístico y de interés general, a la previa obtención de licencia, cuya denegación, en cuanto supone una limitación de aquellas facultades dominicales, ha de ser reglada y apoyarse en preceptos concretos que amparen aquella prohibición—sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas, de 21 de febrero, 29 de marzo, 30 de mayo, 21 de noviembre y 19 de diciembre de 1969; 21 de abril, 20 de junio y 27 de octubre de

1970—, o bien en razones de interés público que legitiman y viabilizan fáctica y jurídicamente su denegación o condicionamiento —sentencias de 2 de marzo de 1963, 7 de octubre de 1964 y 19 de diciembre de 1969—.»

2. Valoración

De las anteriores sentencias se parece desprender la posibilidad de denegar licencias de urbanismo en base a criterios de interés público no recogidos en los planes que sirven de regla para otorgar o denegar licencias. Una posibilidad que tiene apoyo en una corriente de jurisprudencia que se cita expresamente y que viene constituida por las sentencias, entre otras, de 24 de mayo de 1961, 24 de octubre de 1962, 2 de marzo de 1963, 3 y 7 de octubre de 1964, 17 de mayo de 1967, 18 de octubre de 1968, 25 de septiembre de 1969, 11 de febrero y 9 de mayo de 1970.

Es de notar, no obstante, que en las sentencias más recientes, si bien se tiene en cuenta esa línea jurisprudencial y la aludida posibilidad, en ninguna se hace aplicación de dicha doctrina al supuesto de hecho del litigio como determinante del fallo judicial. Es más, expresamente se advierte en alguna el carácter excepcional que tiene.

El carácter reglado de las licencias de urbanismo, por demás, tiene fundamento, entre otras poderosas razones, en la finalidad perseguida por el legislador de desplazar las alternativas que ofrece la valoración de la oportunidad al nivel del Planeamiento, dejando el otorgamiento de licencias reducido a una valoración de la legalidad (. .).

Más concretamente, deben descartarse las facultades discrecionales de la Administración para denegar por razones de interés público concretadas en el futuro plan, porque quedaría sin sentido la institución de la suspensión del otorgamiento de licencias, prevista precisamente para hacer posible no otorgar licencias contrarias a ese futuro plan y denegarlas cuando entre en vigor. Salirse de los límites proporcionados por los artículos 22 de la antigua y 27 de la nueva Ley del Suelo para adelantar la aplicación de un plan significaría desconocer lo que el legislador ha pretendido y el propio Tribunal Supremo continuamente ha recordado (. .).

III. POSIBILIDAD DE DENEGAR LICENCIAS CON BASE EN PLANES CUYA APROBACIÓN DEFINITIVA TODAVÍA NO HIA SIDO PUBLICADA

1. Algunas sentencias

Aun rechazándose la discrecionalidad administrativa, en algunas sentencias parece que el Tribunal Supremo se aparta de la línea que constantemente ha venido sosteniendo. Se trataría de sostener que desde el momento en que el nuevo Plan es aprobado *definitivamente* pueden denegarse licencias con base en el mismo, aunque todavía no se haya publicado tal aprobación.

En la sentencia de 2 de marzo de 1971 (cuarto Considerando de la apelada) se dirá:

«Que en el acuerdo de la Comisión Permanente de 25 de mayo de 1966 se aduce, como base de la denegación del pretendido derecho a edificar, el que los terrenos se hallan en parte afectados por el Plan Parcial de ordenación, conocido con el nombre de 'Plan Sur', más tal argumentación carece de consistencia, como acertadamente pone de relieve la resolución del Tribunal Administrativo, y ello porque, de una parte, no consta acreditado que tales terrenos se hallen comprendidos en el sector a que afecta dicho Plan Parcial de ordenación, *y además y sobre todo porque dicho Plan se halla en estado de elaboración y no ha recaído aún la aprobación definitiva* por parte de los órganos urbanísticos competentes.»

En el mismo sentido y análogo supuesto la sentencia de 19 de diciembre de 1972.

Antes, la de 15 de noviembre de 1971 (cuarto Considerando de la apelada) dirá:

«Que al no estar suspendidas las licencias, *ni haberse aprobado la nueva ordenación* cuando el recurrente denunció la mora, debió autorizarse su construcción. Es indudable que se trata en este caso de un *supuesto límite*, porque el Plan... fue aprobado por el Ministerio de la Vivienda breves meses después.»

En la sentencia de 7 de marzo de 1972 (segundo Considerando «in fine» de la apelada que acepta el Supremo) se afirmará que

«no debe olvidarse que los planes y ordenanzas son inmediatamente ejecutivos una vez publicada la aprobación definitiva, y en consecuencia todos los actos urbanísticos deberán someterse a la ordenación aprobada, que no puede verse afectada en su vigencia por el estudio de un nuevo Plan, sino que *dejará de estar en vigor cuando las modificaciones que se pretendan introducir hayan sido definitivamente aprobadas en la forma establecida en los artículos 32 y 39 (del anterior texto de la Ley del Suelo)*».

El propio Tribunal Supremo, en la sentencia de 3 de noviembre de 1973, con referencia a los efectos de los Planes, dirá que

«su ejecutividad *nunca puede retrotraerse a período anterior a su aprobación definitiva*».

Otro ejemplo sería la sentencia de 25 de febrero de 1974 (cuarto Considerando de la apelada), en la que se dice:

«Que como ha declarado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 13 de febrero de 1961, 15 de octubre de 1962, 9 de mayo y 10 de junio de 1970, *el otorgamiento de licencia no puede verse afectado por un Plan que no esté aprobado* cuando se presentó la licencia, y que por el mero hecho de que expuesto el Plan al público no hubiere reclamaciones, no significa que el mismo sea *firme y ejecutivo, siendo necesaria su aprobación definitiva*.. »

En la sentencia de 9 de noviembre de 1974 también se dirá algo parecido:

«No debe prescindirse aquí de *una circunstancia a todas luces trascendental*, como es el hecho acreditado de *haberse aprobado definitivamente* el nuevo Plan General de Urbanismo con anterioridad a la solicitud de licencia formulada por la interesada, que evidencia clarísimamente la finalidad evasiva de la conducta de ésta al efecto de eludir la aplicación de tales *normas tan sólo pendientes de su inminente publicación formal*.»

Entre otras, también en la sentencia de 24 de febrero de 1978 se para referencia a la *aprobación definitiva del nuevo Plan*.

2. Valoración

Para una correcta valoración de las afirmaciones contenidas en sentencias como las recogidas a título de ejemplo, no debe olvidarse algo tan elemental como la funcionalidad a que responden las consideraciones que se hacen en los pronunciamientos judiciales para fundamentar sus respectivos fallos o conclusiones.

Teniendo en cuenta lo acabado de apuntar, debe advertirse que en las sentencias reseñadas, así como en otras muchas, si bien parece desprenderse la conclusión de que las licencias pueden denegarse en base a un Plan cuya aprobación definitiva (todavía) no se ha publicado, aunque (ya) sí ha recaído, ello no deja de ofrecer reparos.

Con referencia a las sentencias tomadas como ejemplo se advierte, en primer lugar, que *la conclusión sólo puede extraerse a sentido contrario*. Efectivamente, incluso de algunas de las frases recogidas se desprende que lo que se dice es que no pueden denegarse las licencias porque todavía no ha recaído la aprobación definitiva. Interpretando a sentido contrario tal afirmación, podría decirse que las licencias podrían denegarse si hubiera recaído tal aprobación. Ahora bien, ¿ha querido decirse tal cosa? Con independencia de la claridad exigible a las afirmaciones del Tribunal Supremo —dado que deben corresponder al respeto que suscitan—, resulta posible entender que no se ha querido sentar tal conclusión. Aunque bien pudiera haber dicho que la licencia no podía ser denegada por no haber sido publicada y ni siquiera haber recaído la aprobación definitiva del Plan en que se ampara la Administración municipal para denegar la licencia, la Sala se ha limitado a hacer la afirmación de que faltaba la aprobación definitiva. Así, una interpretación a sentido contrario tropezaría con el inconveniente de que a los Jueces les bastaba hacer tal afirmación para fallar que la licencia estaba mal denegada. El supuesto de hecho era claro: todavía no se había aprobado definitivamente el Plan. ¿Para qué hacer referencia a la publicación de la aprobación definitiva? Basta, *a fortiori*, con poner de manifiesto que el Plan (ni siquiera) ha sido aprobado definitivamente.

Lo dicho es afirmable de todas las sentencias citadas, salvo la de 1975. En ésta, sin embargo, el fallo se basará en otros argumentos, además del que sostiene la innecesariedad de la publicación para denegar.

Aparte otras sentencias, en las reseñadas se advierte también que *la*

heterodoxa conclusión que podría desprenderse de las mismas sólo podría hacerse utilizando parcialmente su texto. Esto es lo que se ha hecho en este comentario, para advertir sobre este deshonesto hábito de la práctica diaria. Efectivamente, bastará acudir a un repertorio de Jurisprudencia y leer íntegramente las sentencias acotadas, para notar que en la mayoría de ellas se hace referencia, como apoyo de la aparentemente heterodoxa afirmación, al artículo 44 del antiguo texto de la Ley del Suelo (actual 56), que dice que

«los Planes serán inmediatamente ejecutivos, una vez publicada su aprobación definitiva ».

Es decir, no sólo hay que forzar una interpretación a sentido contrario de lo que se dice en la doctrina jurisprudencial contenida en algunas sentencias, sino que, además, debe prescindirse de otras afirmaciones sobreentendidas en esas mismas sentencias.

Por demás, tanto se consideren los Planes de Urbanismo como normas o como actos (ya que tendrían por destinatario una pluralidad indeterminada de administrados), la publicación de la aprobación definitiva sería requisito, por lo menos, de eficacia

Ahora bien, y aparte otras sentencias que pudieran haber sentado efectivamente la disidente conclusión del epígrafe (que no las he podido detectar) y aparte, también, la peculiaridad de que lo que se publica al final del procedimiento no es el Plan, sino el acto de aprobación definitiva (la publicidad del Plan se articula por medio de consultas), me llama personalmente la atención un argumento legal a favor de una conclusión tan aparentemente heterodoxa como la de que sin publicación de la aprobación definitiva pueda denegarse una licencia contraria al nuevo Plan aprobado. Y tal argumento es el de que así se dice en el artículo 27, apartado 3, párrafo primero «in fine» del nuevo texto de la Ley del Suelo. Refiriéndose a la suspensión del otorgamiento de licencias que deriva de «la sola aprobación inicial de un Plan», dice que

«los efectos de esta suspensión se extinguirán con la aprobación definitiva y, en todo caso, por el transcurso del plazo de dos años...».

Es decir, que si la suspensión del otorgamiento de licencias finaliza con la aprobación definitiva es porque desde entonces carece de sentido por poderse denegar licencias contrarias al nuevo plan (..).

Dejando de lado las consideraciones que suscitaría la idea acabada de apuntar, lo que no debe de dejar de señalarse es que en los supuestos de aprobación definitiva recaída en virtud de silencio administrativo positivo, no podría supeditarse la eficacia jurídico-material del plan al formalismo de la publicación sin incurrir en heterodoxia.

Lo que antes era heterodoxo en los supuestos de silencio administrativo resulta ser la conclusión correcta: no hace falta publicación. Y en este sentido puede verse, por ejemplo, el comentario recogido en esta misma revista, número 524, páginas 127 y siguientes.

3.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL. EMISION DE ACCIONES PARA CANCELAR OBLIGACIONES CONVERTIBLES.—NO ES POSIBLE REFUNDIR EN UN SOLO ACTO O NEGOCIO LAS DOS OPERACIONES REALIZADAS EN LA ESCRITURA, PUES MIENTRAS DE UNA PARTE SE CONTEMPLA LA AMPLIACION DE CAPITAL SOCIAL, DE OTRA SE EFECTUA LA AMORTIZACION DE OBLIGACIONES, POR LO QUE CADA UNA DE ESTAS OPERACIONES IMPLICA UN HECHO IMPONIBLE DIFERENTE Y NO UNICO (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1979).

Hechos.—El 21 de junio de 1974 se presenta en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Madrid primera copia de una escritura pública sobre «aumento de capital social para atender a la conversión de obligaciones simples en acciones, reforma parcial de estatutos y amortización de obligaciones» otorgada por la entidad recurrente.

Por dicha abogacía se practican dos liquidaciones: una por concepto de sociedades, título «aumento de capital», número 6 de la tarifa, y otra por concepto «préstamo», título de amortización de obligaciones simples.

Notificadas dichas liquidaciones se interponen recursos que, tanto el Tribunal Provincial como el de Alzada y la Sala Primera Jurisdiccional de la Audiencia Territorial de Madrid, desestiman.

Interpuesto finalmente recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, tras aceptar los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, se desestima igualmente, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la cuestión se limita a decidir si la ampliación de capital al emitir acciones y conversión de obligaciones en acciones puede calificarse como un solo negocio jurídico, a efectos de la aplicación de los beneficios tributarios concedidos a la recurrente por las Ordenes de Hacienda de 26 de marzo de 1971, 8 de marzo de 1972 y 1 de febrero de 1973, con motivo de los empréstitos realizados para determinadas inversiones en los Polos de Desarrollo, más concretamente, si tal beneficio puede alcanzar al acto de emisión de acciones para cancelar

obligaciones convertibles cuando sea éste el modo de satisfacer a los obligacionistas su crédito, como pretende la entidad apelante.

Considerando que las citadas Ordenes Ministeriales concedieron determinados beneficios fiscales, entre otros, en la base liquidable del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que grave «los actos y contratos necesarios para la emisión y cancelación de dicho empréstito», argumentándose por la apelante que la emisión previa de acciones por ampliación de capital, para amortizar obligaciones convertibles que optaron por dicha conversión es un acto necesario para cancelar dichas obligaciones, argumento que es la base de su pretensión, que se rechaza en la sentencia.

Considerando que la interpretación de la norma fiscal, en este caso las citadas órdenes que conceden los beneficios fiscales pretendidos, ha de ser realizada—según el artículo 23 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963—con arreglo a los criterios admitidos en derecho, añadiendo que «en tanto no se definan por el ordenamiento tributario los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda», por lo que refiriéndose las normas tributarias a la cancelación del empréstito, o sea, a la extinción o amortización de las obligaciones emitidas, dicha extinción crediticia puede tener lugar por cualquiera de los medios que operan la extinción de las obligaciones conforme a la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, cuyo artículo 128 contempla, entre otros, la conversión de las obligaciones en acciones de acuerdo con los titulares, pero este medio extintivo no es el único señalado por dicho concepto, por lo que no es forzoso.

Considerando que de otra parte la emisión de obligaciones convertibles y su ulterior cancelación no puede configurarse como un negocio jurídico único para la aplicación de una norma tributaria, pues tanto en el Derecho mercantil como en el tributario constituyen dos diferentes actos, como se evidencia en el Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones que contempla en diferentes apartados el aumento de capital y la extinción de préstamos en los números 3.º y 4.º del artículo 54, y como según el artículo 25 de la citada Ley General Tributaria el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible, no es posible refundir en un solo acto o negocio las dos operaciones realizadas en la escritura que da lugar a la liquidación impugnada, pues mientras de una parte se contempla la ampliación de capital social, de otra se efectúa la amortización de obligaciones, por lo que cada una de estas operaciones implica un hecho imponible diferente y no único.

Considerando que la interpretación gramatical y sistemática se confirma con la interpretación finalista prevista en el artículo 3.º, norma primera, del vigente Código Civil, ya que la finalidad de las órdenes que conceden los beneficios fiscales se limitan a desgravar los actos y contratos necesarios para la emisión y cancelación de los empréstitos y no cabe sustentar que cualquier medio utilizado, aunque implique otro negocio jurídico, está comprendido en los hechos que son objeto del beneficio fiscal, pues no puede aplicarse una norma de carácter privilegiado como es el beneficio fiscal de forma analógica por vedarlo la Ley General Tributaria en su artículo 24, norma primera, razón que también impide recoger la pretensión de la recurrente.

BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA.—AMPLIACIONES DE CAPITAL SOCIAL. NO APLICABILIDAD DE LA EXENCION PREVISTA EN EL ARTICULO 65, I, 53, DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1979).

Hechos.—La cuestión fáctica discutida se contrae a resolver si las ampliaciones de su capital social que efectúe el Banco Exterior de España deben ser tenidas o no por incluidas en la exención que el artículo 65, I, 53, del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967 establece para los actos, contratos y operaciones que realice dicho Banco con las aportaciones e ingresos que procedan del Estado, en tanto conserve su carácter de Banco oficial.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Manuel Sáinz Arenas, declara no haber lugar a la aplicación de la exención pretendida, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que si bien el artículo 23 de la Ley General Tributaria dispone que las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los criterios admitidos en derecho, conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, en tanto no se definan por el ordenamiento tributario los términos empleados en sus normas, el artículo 24 inmediato siguiente, regulador, por tanto, del ordenamiento tributario, asimismo de modo general, agrega que no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones; cuestión tratada hasta ahora con criterios contradictorios en las dos instancias económico-administrativas y resuelta en la primera jurisdiccional aceptando el criterio del Tribunal Económico-Administrativo Central, que optó por negar la exención pretendida fundándose en que la nueva y diferente redacción que el citado precepto legal dio a la norma antes contenida en el artículo 6.A.62 del Reglamento del Impuesto de 15 de enero de 1959 expresa la *mens legislatoria* que quiso eliminar de la exención las aportaciones de capital, conclusión a la que entiende igualmente se llega escudriñando la *mens legis* mediante una interpretación que sin ninguna sutileza puede llamarse «auténtica», porque a través del elemento «histórico» se ha de entender que lo que el legislador quiso con la nueva redacción fue restringir el alcance y extensión de la exención que gozaba el Banco; criterio acogido y respaldado por la sentencia apelada, por las propias razones de la resolución recurrida y considerando, además, que en la genérica frase de «actos, contratos y operaciones» a que se refiere el precepto legal en cuestión caben los que el Banco efectúe en su calidad de sociedad anónima, pero no los aumentos de su capital, que constituyen modificación del elemento fundamental del tipo de sociedades, rango esencial que las caracteriza e imprime su naturaleza jurídica, en cuanto que la participación en el capital, según el número de acciones, confiere los derechos sociales de voto, con su representación en el régimen y fines sociales; y, por último, criterio que combate el Banco apelante, apoyándose en las disposiciones de los artículos 23 de la Ley General Tributaria y 3, I, del Código Civil, afirmando que aunque este último suprime toda idea de jerarquización, late en el mismo el principio de que desvelar la *ratio legis*, el espíritu y finalidad de la

norma, constituye no simplemente un criterio más de hermenéutica legal, sino el fin mismo del proceso de interpretación, y que el espíritu y finalidad del precepto objeto de interpretación, su *ratio legis*, fue evidentemente comprender a todos los actos, contratos y operaciones que el Banco realice con aportaciones o ingresos que procedan del Estado, en los que tiene cabida la ampliación de capital, cual lo respalda el hecho de que el artículo 66 del Texto Refundido considere como un «acto» el aumento de capital, al relacionarle entre los que disfrutan de reducción de hasta un 95 por 100 en la base imponible en determinados casos, habiéndose limitado el artículo 65, I, 53, del mismo cuerpo legal a dar una redacción más perfecta al anterior artículo reglamentario, que estaba desarrollado de modo técnico imperfecto.

Considerando que así establecida la discusión, no en la elección de criterios interpretativos distintos para la investigación de la *mens* o *ratio legis*, sino en la atribución de diversas finalidades perseguidas por el legislador con el nuevo texto literal de la norma legal, ha de decidirse ahora cuál de las dos conclusiones debe tenerse por acertada, estimando la Sala que lo es la razonada en el acto administrativo recurrido y confirmada en la sentencia apelada, porque si el texto del Reglamento del año 1959 mencionaba en primer término las ampliaciones de capital, separándolas de los «actos, contratos y operaciones que se realicen por la entidad (léase Banco Exterior de España) con las aportaciones o ingresos que procedan del Estado», y se remite expresamente a los artículos 20 y transitorio 5.º de los Estatutos del Banco aprobados por Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de diciembre de 1955, que se refieren, asimismo, por separado, el 20 al capital social del Banco y a sus ampliaciones, y el 5.º transitorio a los actos, documentos u operaciones que realice con las aportaciones o ingresos que procedan del Estado, así como a los contratos que por virtud de éstos se formalicen; no es lógico entender que la supresión en el texto legal de toda referencia a las ampliaciones de capital y la conservación, en cambio, del texto literal reglamentario relativo a los «actos, contratos y operaciones que se realicen por el Banco Exterior de España con las aportaciones e ingresos que procedan del Estado», así como también que la sustitución, en el precepto legal, de las citadas remisiones reglamentarias a los artículos 20 y transitorio 5.º de los Estatutos del Banco, por el condicionamiento del disfrute de la exención a que el Banco conserve su carácter de oficial, pueda interpretarse en el sentido de considerar incluidas aquellas ampliaciones de capital que la ley omite, en la mera repetición de la parte de la norma reglamentaria que la ley reproduce; siendo, por el contrario, más adecuado y congruente entender que lo que se propuso el legislador fue modificar el anterior estado de cosas, excluyendo de la exención las ampliaciones de capital, acto o negocio jurídico de orden o régimen interno de las sociedades anónimas, y manteniéndola solamente para los actos, contratos y operaciones constitutivas de las actividades del Banco, pues, como razona el Tribunal Económico-Administrativo Central, si el legislador hubiere querido lo contrario o deseado tan sólo simplificar gramaticalmente el artículo, no hubiera corrido el riesgo de la confusión que podía padecer el intérprete futuro de la nueva norma al suprimir la primera frase de la anterior, y como advierte la Administración apelada, cuando el legislador

ha querido establecer la exención para las ampliaciones de capital, lo ha dicho expresamente, como en los números 55 y 57 del propio artículo 65, I, del Texto Refundido del Impuesto; consideraciones que conducen a concluir que la supresión gramatical se propuso la correlativa supresión de la porción de la exención fiscal contenida en la expresión o concepto jurídico suprimido, y que considerarla subsistente para las ampliaciones de capital social, por estimar incluidas éstas en el concepto genérico de «acto», como la apelación sostiene, implica extender más allá de sus términos estrictos la exención, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 24, I, de la Ley General Tributaria, sin tener en cuenta incluso las especiales características que distinguen esta clase de actos de aquellos otros que, por constituir las actividades propias del Banco, son realmente los beneficiarios con la exención.

Considerando: Que por contrarse la Ley 13/1971, de 19 de junio, a regular el crédito oficial y limitarse su artículo 42, así como los artículos 38 a 41 inmediatos anteriores, a regular la intervención del Banco Exterior de España en las operaciones de crédito oficial y particularmente en las de créditos a la exportación, sus disposiciones no son aplicables a la cuestión debatida en este pleito, ni procede tomar en consideración cuanto la parte apelada alega basándose en aquel precepto.

Considerando: Que, por cuanto queda expuesto y razonado, procede desestimar el recurso de apelación; sin que, según el artículo 131 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, sea necesario un pronunciamiento especial sobre las costas causadas en la segunda instancia.

COMPROBACION DE VALORES.—LA VALORACION DEL NUM. 12 DEL ARTICULO 117, TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO, HA DE HACERSE POR FUNCIONARIO TECNICO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION CON TITULO ADECUADO A LA NATURALEZA DE LOS BIENES TRANSMITIDOS (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1980).

Hechos.—La cuestión aquí debatida estriba en determinar si ha sido realizada reglamentariamente la valoración de la finca en litigio, situada en el término municipal de Alpedrete—Madrid—, con una superficie superior a las siete hectáreas y 95 áreas, adquirida por el hoy apelante en escritura otorgada en los primeros meses del año 1974 y presentada a liquidación el 20 de abril del mismo año, no admitiendo la oficina gestora del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales el valor declarado en la escritura, que fue el de 110.000 ptas. por los 79.500 metros cuadrados de extensión, procediendo a iniciar el expediente de comprobación, en el cual y con fecha 11 de junio de 1974 fue valorada la finca por el Arquitecto Jefe del Catastro de Urbana de la Delegación de Hacienda a razón de 150 ptas. el metro cuadrado y un valor total de 11.925.000 ptas.

El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. José Luis Martín Herrero, estima el recurso interpuesto por el particular interesado, revocando en su totalidad la sentencia apelada, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando: Que la valoración de la finca realizada en el caso que ahora se debate, lo ha sido por aplicación del núm 12 del ar-

título 117 del Texto Refundido del Impuesto, que establece, como uno de los medios de comprobación de valores, «la valoración que a requerimiento del liquidador formule un funcionario técnico al servicio de la administración y con título adecuado a la naturaleza de los bienes transmitidos», con lo que ya se establece una primera norma de procedimiento, de inexcusable observancia, puesto que solamente será válida esa valoración cuando el funcionario que la realice tenga el título adecuado a la naturaleza de los bienes, y además, cuando razone suficientemente su valoración, de donde se deduce que no será válida ni la practicada por funcionario con título inadecuado, ni aquella en que dicho funcionario se limite a meras generalizaciones, dejando sin motivar un informe que ha de servir de base a una liquidación, para combatir la cual habrá que acudir a unos criterios fiscalizables que previamente deben ser expuestos; por ello, lo primero que debe examinarse es si la valoración realizada lo ha sido por un funcionario con título idóneo, y posteriormente, si el acuerdo de valoración está o no motivado, porque en caso contrario, y faltando este último requisito, como razona el propio Tribunal Económico-administrativo Central, no se podrá conocer con la necesaria certeza y exactitud el criterio técnico aplicado ni garantizará la justa actuación de los órganos administrativos de gestión llamados a tenerlo en consideración, resultando además absolutamente indispensables para que el evaluo pueda ser luego analizado y fiscalizado si llega el caso, por los órganos administrativos y jurisdiccionales.

Considerando: Que ya desde los primeros escritos dirigidos a la Administración la parte hoy apelante puso de manifiesto que la finca tenía la calificación de suelo rústico en el momento en que la adquirió estando incluida en el Padrón de Rústica y pagando por ello contribución rústica y no urbana; pero es que, además, el adquirente aportó al Tribunal Económico-administrativo Provincial unos planos de situación de la finca, así como los planos unidos a las normas de Planeamiento aprobadas para el término municipal de Alpedrete en el mes de julio de 1974, conforme a las cuales, y a los planos de referencia, la finca «Cercas de Avila», de la que forma parte la adquirida por él, estaba calificada en parte como suelo rústico y en parte como de reserva de urbano, por lo que, como se ve, lo primero que debió de examinarse por el órgano encargado de fiscalizar la gestión de la oficina liquidadora era si la valoración realizada a instancia de ésta había sido realizada por el técnico con titulación idónea, ya que, en otro caso, y como antes se dijo, carecía de eficacia alguna, por incumplimiento del requisito que preceptivamente exige el propio precepto que permite realizar esa valoración como uno de los medios de comprobación de valores.

Considerando: Que de la prueba realizada ante la Sala Territorial se deduce que en el momento de adquirir la finca el hoy apelante, el término de Alpedrete no tenía aplicado Plan de Ordenación Urbana, y los terrenos adquiridos, como antes se dijo, tenían el carácter de rústicos, apareciendo inscrita en el Padrón de Rústica, según certificaciones acompañadas de fechas 28 de marzo de 1974 y 29 de julio del mismo año, siendo la parcela 32 del polígono 3, que es división de la parcela 19 del mismo polígono; pero es que al propio Tribunal le fue presentado por el actor un escrito del antiguo propietario de los terrenos—de fecha 18 de abril

de 1972—, en el que solicitaban que la totalidad de la finca «Cercas de Avila», con una superficie de 246.000 metros cuadrados (de los que él adquirió 79.500), fuera incluida en el casco urbano de la ampliación proyectada, sin que hasta la fecha se tenga noticia de la resolución de esa petición (que el apelante manifiesta no haber sido resuelta), lo que estaba indicando que no era una simple alegación del adquirente de la finca el poner en duda la naturaleza de ésta, sino que existían una serie de pruebas documentales, con base a las cuales era necesario determinar su naturaleza, rústica o urbana, para poder determinar si la valoración se practicó por el titulado idóneo, como exige el núm. 12 del art 117 del Texto del Impuesto.

Considerando: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley del Suelo de 1956, en las localidades que no tuvieran aprobado Plan de Ordenación Urbana, el territorio se clasificaría en suelo rústico y urbano, y como ésta era la situación del término de Alpedrete en el momento de adquirir la finca el apelante, y de los datos y documentos aportados por él se deduce su naturaleza rústica, es indudable que hay que excluir de momento su naturaleza urbana, lo que produce como consecuencia la inidoneidad del Arquitecto que practicó la valoración y la idoneidad de un Ingeniero Agrónomo, según las competencias que para sus correspondientes títulos establecieron los Decretos de 4 de diciembre de 1871 y 22 de julio de 1874, respectivamente, así como las disposiciones que desarrollan tales preceptos, y sin que pueda admitirse la existencia de unas «expectativas urbanísticas» a las que alude la sentencia apelada, porque cuando se trata de calificar unos terrenos hay que incluirlos dentro de las clasificaciones de la Ley del Suelo, y en ésta no se admiten ni se definen tales «expectativas urbanísticas», que, además, y en lo que se refiere a un terreno rústico, pugnan con las limitaciones establecidas en el art. 69 de la citada Ley...

Considerando: Que además de lo expuesto, no puede admitirse como valoración «fundada» la realizada en el presente caso, ya que su fundamentación consiste en dos líneas impresas según las cuales «teniendo en cuenta los precios de mercado en la zona donde se halla enclavada la finca de referencia y las características de la parcela, los valores resultantes para la misma son los siguientes: metro cuadrado unitario, 150 ptas.; importe total, 11.925.000 ptas., «lo que no son sino meras generalidades» que nada concretan sobre la «zona» donde se halla situada la finca (es decir, si sus 79.500 metros cuadrados están situados en las inmediaciones del pueblo, si forman o no parte de su casco urbano, si son o no suelo rústico, urbano o de reserva de urbano), ni tampoco las «características» o la fuente de la que obtuvo los «precios de mercado», por lo que los precios a los que alude no pueden ser calificados como precios obtenidos de datos objetivos, que serían los únicos que podrían ser tenidos en cuenta, por ser también los únicos datos fiscalizables en una posterior impugnación tanto por vía económico-administrativa como por vía contenciosa, como razona el propio Tribunal Económico-administrativo Central.

Considerando: Que por lo razonado, procede declarar nulos, por ser contrarios al Ordenamiento Jurídico, los acuerdos dictados por la Jurisdicción Económico-Administrativa, la liquidación girada, la valoración gi-

rada por el Arquitecto Jefe del Catastro de Urbana de la Delegación de Hacienda de Madrid, por no ser idóneo el título de dicho funcionario, dada la naturaleza de los terrenos y la falta de fundamentación de esa valoración, debiendo revocarse la sentencia apelada, en cuanto declara ajustados a derecho tales actos administrativos, lo que produce como consecuencia la estimación del recurso de apelación interpuesto contra dicha sentencia.

C. M. A.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central(*)

Por JOSÉ M. GARCÍA GARCÍA

LIQUIDACION DE ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA: AUNQUE EL HECHO IMPOSIBLE EXIGE LA PRACTICA DE LA ANOTACION, EL DEVENGO SURGE ANTES, POR LO QUE SE LIQUIDA EL MANDAMIENTO JUDICIAL, SIN PERJUICIO DE LA DEVOLUCION DEL IMPORTE, CASO DE NO PRACTICARSE LA ANOTACION EN EL REGISTRO. BASE LIQUIDABLE DE LA ANOTACION DE DEMANDA (RESOLUCIÓN DE 8 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—Con fecha 7 de marzo de 1972 fue presentado en la Oficina Liquidadora de Vera un mandamiento del Juzgado de Primera Instancia de dicha localidad, por el que, en cumplimiento del exhorto del Juzgado de igual clase de Valencia, se ordenaba al Registrador de la Propiedad la anotación de una demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, sobre declaración de existencia de sociedad civil, disolución de la misma, rendición de cuentas, daños y perjuicios y otros extremos, en la que figuraba como saldo acreedor a favor de los demandantes, la cantidad de 53.738.000 pesetas.

A la vista del citado mandamiento, la Oficina Liquidadora giró liquidación por el número 36 de la Tarifa, concepto Anotaciones, sobre la base de 53.738.000 ptas., que arrojó un total importe de 553.566,25 pesetas, al tipo del 1 por 100, entonces vigente.

Desestimado el recurso de reposición previo, se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Almería, el cual la desestimó.

Los interesados interponen recurso de alzada, en el que se argumentaba que el proveído o auto del Juzgado refleja la petición del actor, pero no cabe decir que la anotación preventiva queda hecha, porque ésta es

(*) *Nota importante* —Las resoluciones y el comentario que aparecen en esta Sección han sido escritas con anterioridad a la Ley 32/1980, de 21 de junio, del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y al Texto Refundido aprobado por Real Decreto 3050/1980, de 30 de diciembre, y por esa razón se alude a preceptos que han de entenderse sustituidos por los de la nueva legislación.

un acto hipotecario que practica el Registrador y no el Juzgado, por lo que el Impuesto aún no se había devengado al girar la liquidación impugnada; que resulta inadecuada la fijación de una base de 53.738.000 pesetas, ya que «siendo indeterminada la cuantía litigiosa según la propia fisonomía procesal del negocio, a los fines de liquidar el impuesto, tenía que seguirse la norma del número 1 del artículo 105, y en trance de evaluación, había de señalarse el valor de la finca, por lo que de ninguna forma podía resultar la cifra exigida.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central desestima el recurso de alzada por lo siguiente:

«Considerando que en el presente recurso de alzada se plantean las dos siguientes cuestiones fundamentales, relativas al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados: primera, ¿cuándo se entiende realizado el hecho imponible en el concepto anotaciones preventivas?, y segunda, ¿cuál ha de ser el criterio para fijar la base tributaria en el caso de la anotación preventiva de demanda?»

«Considerando que la primera de las cuestiones debatidas estriba sustancialmente en determinar la forma en que han de tributar las anotaciones preventivas que, conforme al artículo 100, apartado 1, letra f), del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Decreto 1018/1967, de 6 de abril, se encuentran sujetas al referido tributo, para lo cual se hace necesario distinguir entre el *hecho imponible* que no es otra cosa que el presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la Ley para configurar cada tributo, según establece el artículo 28 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, y el *devengo del impuesto*, momento en que se considera realizado dicho presupuesto jurídico o económico, con lo cual tiene lugar el nacimiento de la relación jurídico tributaria.»

«Considerando que, en el caso presente, es indiscutible que el artículo 100, apartado 1, letra f), del Texto Refundido anteriormente citado, cuando dice que 'estarán sujetas las anotaciones preventivas que se practiquen en los Registros públicos', está únicamente configurando el hecho imponible del gravamen, mientras que es, obviamente, en el artículo 106 del mismo texto legal, donde se alude al devengo del impuesto, estableciendo que éste se producirá «en el momento en que se formalice el acto sujeto a gravamen», por lo que la clave de la cuestión planteada estriba en la interpretación que deba darse al citado artículo 106, ya que hay que rechazar, por excesivamente superficial y simplificador, el criterio de que la expresión empleada por el igualmente citado artículo 100 del Texto Refundido vigente que acaba de transcribirse literalmente, ha venido a variar el sistema de tributación del artículo 2, apartados IV y XIII de la Ley del extinguido Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, Tetxo Refundido de 21 de marzo de 1958, que utilizaba la fórmula 'que hayan de practicarse en el Registro de la Propiedad'.»

«Considerando que aclarado lo anterior y partiendo de que, según el artículo 23 de la vigente Ley General Tributaria, las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los criterios admitidos en derecho y en

tanto no se definan por el ordenamiento tributario los términos empleados en ellas, se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, es necesario aplicar los diversos criterios interpretativos admitidos en nuestro ordenamiento jurídico para llegar a conocer el verdadero sentido de la expresión 'en el momento en que se formalice el acto sujeto a gravamen'.

«Considerando que careciendo el vocablo 'formalizar' de un específico valor técnico, habrá que acudir, a través de una interpretación gramatical, al sentido usual del mismo y, a tales efectos, ha de tenerse en cuenta que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, al definir la voz 'formalizada', presenta como primera acepción de la misma 'dar la última forma a una cosa' y como segunda acepción la de 'revestir una cosa de los requisitos legales'; cuyas acepciones vienen referidas al instante en que se formaliza el acto pero no a los ulteriores trámites o consecuencias que éste pueda experimentar en el tiempo, ni aun siquiera cuando éstas vengan forzosamente determinadas por la propia naturaleza de aquél, es decir, que, en el caso objeto de debate, la anotación preventiva de demanda queda formalizada al expedir el mandamiento que el Órgano jurisdiccional dirige al titular del Registro Público, prescindiendo de que por circunstancias que trascienden al acto mismo (cual pueda ser la peculiar situación registral de las fincas a que la anotación se refiere) y, como tales, ajenas al hecho imponible, el asiento no llegue a practicarse en definitiva.»

«Considerando que el criterio interpretativo de índole gramatical a que acaba de hacerse referencia, se ve reforzado por lo que cabe denominar una interpretación normativa del precepto aplicable, ya que, conforme a la Disposición Transitoria 6.ª del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, 'hasta que se publique el Reglamento para la aplicación de esta Ley continuarán en vigor los Reglamentos del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes de 15 de enero de 1959 y de Timbre del Estado de 22 de junio de 1956, en las materias que son objeto del presente texto y en cuanto no se opongan a los preceptos del mismo', por lo que, en materia de Actos Jurídicos Documentados, hay que acudir a lo previsto en el apartado 2, número 2, del artículo 4 del Reglamento de Timbre del Estado, anteriormente citado, conforme al cual se entiende formalizado un documento 'cuando por su naturaleza o función haya producido o *sea susceptible de producir cualquier efecto jurídico o económico*, con independencia de los defectos de fondo o de forma que puedan existir', circunstancias que concurren, evidentemente, en el mandamiento de anotación preventiva de demanda.»

«Considerando que una interpretación lógico-sistemática de la norma nos lleva a la misma conclusión, ya que de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, con excepción de los documentos que en dicho precepto se alude, entre los que no se encuentra comprendido el mandamiento en cuestión, no se admitirán ni surtirán efectos en las Oficinas y Tribunales de cualquier clase que sean, *ni podrán inscribirse en los Registros públicos*, los documentos en los que se haga constar acto alguno sujeto a los Impuestos regulados en esta Ley, sin que conste en tales documentos la nota firmada por el liquidador de haber satisfecho el Impuesto procedente, o la de no sujeción, exención o aplazamiento de liquidación en su caso, debiendo los Tribunales, Juz-

gados y Oficinas expresados devolver a los interesados los documentos que se presenten sin el mencionado requisito para que se subsane el defecto, por lo que, con arreglo a la tesis del recurrente, habría que presentar, previamente, ante la Oficina Liquidadora el mandamiento de anotación preventiva para que ésta declarara la no sujeción al Impuesto, una vez hecho lo cual se practicaría la anotación preventiva en el Registro, debiendo ser nuevamente presentado el citado documento ante la misma Oficina Liquidadora para su ulterior liquidación.»

«Considerando que, contemplado el problema desde un punto de vista general, no cabe duda de que tal manera de proceder puede dar lugar a resultados notoriamente anómalos y contrarios a los intereses de los particulares y a los de la propia Administración pública, por lo que, evidentemente, no ha podido ser querida por el legislador: resultado contrario para los intereses de los contribuyentes, que de esta forma se verían obligados a una doble presentación del documento, ante la misma Oficina Liquidadora, con los gastos y molestias consiguientes, y contrario también para los intereses públicos, ya que, una vez practicado el asiento registral, rara vez volvería a presentarse el documento de modo espontáneo ante la Oficina Liquidadora, lo que haría necesario montar un costoso y complicado sistema de investigación.»

«Considerando que de todo lo anterior se infiere que el devengo del impuesto se produce en el momento en que el Órgano Jurisdiccional expide el mandamiento ordenando la anotación preventiva de demanda, sin perjuicio del derecho que asiste a los sujetos pasivos del Impuesto para solicitar la devolución de lo satisfecho por Cuotas del Tesoro, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del vigente Texto Refundido de 6 de abril de 1967, circunstancia que, en el caso presente, no puede tener lugar, ya que, según consta acreditado en el expediente, la anotación preventiva fue efectivamente practicada en los términos que figuran en la nota del Registrador de la Propiedad de Vera de fecha 12 de abril de 1972.»

«Considerando que en cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, es decir, si la fijación de la base tributaria resulta correcta y ajustada a derecho, hay que tener en cuenta que, conforme al artículo 105, apartado 1, letra c), del repetidamente citado Texto Refundido de 6 de abril de 1967, en las anotaciones preventivas servirá de base el valor del derecho o interés que se garantice, publique o constituya y, en el caso presente, aparece en el propio escrito de demanda (hecho sexto folio 7), que la totalidad de los bienes inventariados, por importe de 50.650.000 ptas., ha de ser adjudicada a los hermanos Lampre, y además Inmofinancia ha de pagar a los mismos, en efectivo, la cantidad de 9.088.000 ptas., por lo que hay que llegar a la conclusión de que éste es el interés que se pretende garantizar con la anotación preventiva solicitada, cualquiera que sea el valor de las fincas a las que en definitiva afecte, y, en consecuencia, que la Oficina Liquidadora ha obrado conforme a derecho al girar la liquidación sobre la suma de ambas cantidades, es decir, 53.738.000 pesetas.»

Comentario.—Esta resolución se ocupa de dos cuestiones relativas a la liquidación de anotaciones preventivas, una de ellas es la del devengo

del impuesto en relación con el hecho imponible, y la otra, la de la base liquidable de las anotaciones de demanda.

1. *El hecho imponible y el devengo en la liquidación de anotaciones preventivas.*—Hace unos años señalábamos tres teorías a propósito de la delimitación del hecho imponible en materia de anotaciones preventivas, que denominábamos de la siguiente manera (1):

a) La teoría monista del elemento *título*, que prescinde del asiento registral y se centra sólo en el elemento título o documento en que se ordena o solicita una anotación preventiva.

b) La teoría monista del elemento *asiento registral*, que delimita el hecho imponible atendiendo exclusivamente al asiento de anotación preventiva, prescindiendo por completo del acto o título que sirve de base a la anotación preventiva.

c) Y la teoría dualista del hecho imponible, que es la que nosotros defendíamos, según la cual, la delimitación *positiva* del hecho imponible se hace a través del elemento asiento, es decir, de la anotación preventiva que se practica en el Registro (artículo 100, núm. 1, del Texto Refundido, que señala como supuesto de sujeción las anotaciones preventivas, en el apartado f), y la delimitación *negativa* del hecho imponible tiene lugar a través del acto jurídico que sirvió de título a la anotación practicada, para destacar que no está sujeta al impuesto toda anotación preventiva, sino sólo las que se refieran a actos que no estén sujetos a los Impuestos de Sucesiones y de Transmisiones Patrimoniales (argumento: artículo 100, número 2 y concordantes del Texto Refundido).

El Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de julio de 1978, ha confirmado nuestra tesis dualista, hasta el punto de que recoge prácticamente de modo literal la opinión que sustentamos. Para comprobarlo, basta citar aquí el «Considerando» tercero, que dice así: «Considerando que en la legislación vigente, la delimitación del hecho imponible puede realizarse a través de dos elementos: el 'título'—en el sentido material de acto jurídico—y el asiento registral», cada uno de cuyos elementos influye en la delimitación, pero con una función diferente, pues mientras la del asiento registral—formalización de un acto en un libro del Registro por medio de la anotación preventiva—es delimitar *positivamente* el hecho imponible—y así lo hace el Texto Refundido en el núm. 1 del citado artículo 100—, la del 'acto jurídico' que le sirve de base es únicamente dar a conocer 'la clase' en que consiste para así contribuir a la delimitación negativa del hecho imponible.»

Pues bien, ¿a cuál de esas tres teorías responde la presente resolución que comentamos? Entendemos que la postura de esta resolución es difícil de encasillar, pues mantiene una extraña posición ecléctica o intermedia (¿monstruum iuris?) entre la teoría monista del elemento título y la teoría dualista. Por un lado, reconoce que el hecho imponible exige la práctica en el Registro de la anotación preventiva, hasta el punto de que dice que cabe la devolución del impuesto si la anotación no llegara a practicarse, lo cual no se comprende desde una teoría monista del título. Pero, por otro lado, obsesionada por la necesidad de encontrar una solu-

(1) «Liquidación de anotaciones preventivas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 480 de 1970, págs. 1147 y sigs.

ción procedimental práctica, hace una extraña pirueta y sigue las consecuencias de la teoría monista del título a propósito del problema del devengo, haciendo una artificiosa separación entre los conceptos de hecho imponible y devengo, que están mucho más relacionados de lo que la resolución entiende.

Para comprobar el error en que incurre la resolución al separar el problema del devengo del del hecho imponible, no hay más que leer entero el núm. 1 del artículo 28 de la Ley General Tributaria, en lugar de haberse quedado a medias como la resolución. Esta sólo ha leído la primera parte de dicho número, al parecer, que es la que dice que «el hecho imponible es el presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la Ley para configurar cada tributo.» Pero la última parte bien claramente dice que su «realización origina el nacimiento de la obligación tributaria». O sea, que el devengo se produce cuando ha quedado realizado el hecho imponible y no en un momento anterior como imagina esta resolución.

A continuación, el Tribunal Central quita toda importancia al cambio de redacción que se produjo en la reforma de 1964, al sustituir la expresión «anotaciones que hayan de practicarse» por la de «anotaciones que se practiquen». Extraña que se dé tan poca importancia a este giro gramatical tan claro, cuando, como ahora veremos, la resolución se empeña en acudir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua para interpretar el vocablo «formalizar» Para nosotros el cambio de redacción responde a la lógica misma del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, y en todo caso, antes y ahora, si lo que el legislador tiene en cuenta es la «anotación preventiva», lo correcto es interpretar que se refiere a la anotación preventiva que se practique, pues la «no practicada» no es anotación preventiva.

Seguidamente, la resolución se encara con el artículo 106, núm 1, del Texto Refundido, que es el precepto clave en materia de devengo y que dice que «el impuesto se devengará en el momento en que se formalice el acto sujeto a gravamen». Aquí es donde el Tribunal Central prefiere acudir al concepto gramatical de «formalización», pero olvida que antes que el sentido gramatical interesa el «sentido jurídico, técnico o usual, según proceda», a lo que alude el artículo 23 de la Ley General Tributaria, y además, en este caso, se trata de un concepto que es de esencia al concepto mismo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, por lo que el sentido de «formalización» va unido a la misma delimitación del hecho imponible, hasta el punto de que la formalización o documentación es «definida por el ordenamiento tributario», a lo que también alude el citado artículo 23. O sea, que el concepto de formalización es uno de los elementos del hecho imponible del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y, en consecuencia, hay que relacionarlo con cada uno de los supuestos de sujeción del artículo 100 del Texto Refundido, de modo que cuando se trate de «escrituras notariales», a que se refiere el apartado g) del núm 1 del artículo 100, la formalización es la autorización misma de la escritura; cuando se trate de resoluciones judiciales, la formalización se produce en el momento en que se dicta la sentencia, providencia o auto; y cuando se trata de títulos susceptibles de anotación preventiva, la formalización, a efectos impositivos, es la anotación preventiva que se practica. En definitiva, la formalización judicial del acto sólo cons-

tituye hecho imponible y produce el devengo del Impuesto por el concepto del apartado a) del núm. 1 del artículo 100, dando lugar a la necesaria utilización de papel timbrado, pero no al devengo por el concepto de anotación preventiva a que se refiere el apartado f) de dicho precepto.

No contenta con los argumentos anteriores, la resolución acude a la consabida disposición transitoria 6.ª del Texto Refundido, donde pretende encontrar el filón histórico y actual para la solución del problema. Y, a través de esa disposición, nos dice que hay que atenerse al antiguo Reglamento de Timbre y centrarse en el documento con independencia de los defectos de fondo y forma que pudieran existir. Pero frente a esto, tenemos que decir lo siguiente: 1.º) Que el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados se ha formado por la reunión de conceptos impositivos de antiguos impuestos, y en el caso de la anotación preventiva, el hecho imponible nada tiene que ver con el Impuesto de Timbre, pues es un supuesto tomado del antiguo Impuesto de Derechos Reales, según resulta clarísimamente del examen del artículo 17 del Reglamento de este Impuesto, que es al que hay que acudir, según la citada disposición transitoria 6.ª, y ya hemos dicho que en este caso prevalece la redacción dada por el Texto Refundido («anotaciones que se practiquen») y no la del Reglamento («anotaciones que hayan de practicarse»), pues así lo dice la propia disposición transitoria 6.ª, aparte de que el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales se refiere a las anotaciones preventivas y no a los mandamientos judiciales que las ordenan; 2.º) Que, en cualquier caso, no le hubiera hecho ninguna falta a la resolución caer en este error anterior histórico, pues lo que dice el Reglamento del Impuesto de Timbre ya lo dice el núm. 1 del artículo 7 del vigente Texto Refundido, aplicable también al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, según el cual el impuesto se exige prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a la validez o eficacia del acto. Pero, aún así, no podríamos admitirlo, pues según dijimos en otra ocasión, aquí no se trata de un defecto que pueda afectar a la validez o eficacia del acto, sino de un requisito que afecta a la existencia o inexistencia del hecho imponible, lo cual es muy distinto, ya que sin anotación preventiva practicada no se da el supuesto que prevé el apartado f) del artículo 100, según la propia resolución reconoce al admitir la devolución de lo satisfecho si la anotación no llegara a practicarse. Recuérdese también la resolución del Tribunal Central de 22 de enero de 1976, que no consideró acto sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales la declaración unilateral de una de las partes, por no ser constitutiva de transmisión, afectando la falta de ese requisito a la existencia misma del hecho imponible.

El Tribunal Central continúa infatigable con sus argumentaciones. Ahora le toca el turno al artículo 114 del Texto Refundido, señalando que no se puede practicar la inscripción en el Registro sin constar en el documento la nota de la Oficina Liquidadora. En aquel trabajo sobre liquidación de anotaciones preventivas, ya comentamos este precepto en el sentido de que cabe la previa nota fiscal de no sujeción por el concepto de anotación preventiva, lo que permitiría la práctica del asiento en el Registro y seguidamente la liquidación del hecho imponible devengado. Pero a la resolución no le convence este rodeo por la complejidad de tramitación, que va en contra de los interesados y de la Hacienda Pública

y que obligaría a un costoso sistema de investigación del impuesto. En todo esto hay una parte de verdad, pero también una gran parte de sofisma, lo cual hay que diferenciar y matizar debidamente.

En primer lugar, las idas y venidas del documento de una Oficina a otra no se dan cuando la Oficina Liquidadora se encuentra en el mismo local del Registro de la Propiedad, que es lo que ocurre en la mayor parte de los casos, aunque queden todavía por resolver los problemas de Oficinas Liquidadoras en capitales de provincia y demás localidades en que no radican en los Registros de la Propiedad. Pero al menos el argumento de tramitación que emplea la resolución no vale ya de entrada en todos esos casos de Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario.

En segundo lugar, la resolución pone en un mismo plano el interés del contribuyente y el de la Hacienda Pública, imaginando que la solución que ofrece beneficia en todo caso a los contribuyentes. Pero ello sería así, si debidamente consultado prefiriese ingresar la liquidación antes de que surja el hecho imponible, porque si no lo prefiere y encima interpone reclamación, ya no se ve ese interés del contribuyente en que se anticipe el devengo del hecho imponible.

En tercer lugar, el problema que plantea la resolución es adjetivo o de trámite, por lo cual nunca puede servir para desvirtuar una interpretación relativa al hecho imponible y al devengo, ya que las normas adjetivas deben adaptarse a las sustantivas y no a la inversa. Es como si se dijera que como la liquidación de usufructos es muy complicada, debe prescindirse, en interés del contribuyente y de la Hacienda Pública, de toda la complejidad que implican los artículos 76 y concordantes del Texto Refundido y liquidarse el supuesto como si se tratara de adquisición de pleno dominio, anticipando el devengo del impuesto.

En cuarto lugar, desde la perspectiva de la tramitación ágil existen soluciones sin desvirtuar el hecho imponible y el momento del devengo, a través de las cuales se consigue una mayor simplicidad o economía procedimental. Así, por ejemplo, podría pensarse que estamos ante el supuesto del apartado c) del número 2 del artículo 13 del Texto Refundido, en que no es necesaria la presentación del documento en la Oficina Liquidadora, por tratarse de una resolución judicial extendida en efecto timbrado, que mientras no dé lugar al asiento registral de anotación preventiva no hace surgir el hecho imponible. La resolución presupone que no estamos ante este supuesto, pero lo dice sin argumentación alguna, mientras que nosotros hemos señalado el argumento de la solución contraria. Otra solución podría ser que el Juzgado no continuara la tramitación del documento, hasta que constara la nota de liquidación del impuesto una vez practicada la anotación preventiva. También cabría la presentación de duplicados en la Delegación de Hacienda, y la Oficina Liquidadora correspondiente notificaría la liquidación en proyecto, advirtiéndole que puede desvirtuarse acreditando que la anotación no se ha practicado en el Registro.

2. *La base liquidable de las anotaciones de demanda.*—Tampoco nos convence la solución adoptada por el Tribunal Central en relación con este segundo problema. Para la resolución nada cuenta el valor de la finca sobre la cual la anotación preventiva se practica, sino exclusivamente el valor que es objeto de reclamación. Pero con ello se vuelve a

olvidar que el hecho imponible es la anotación preventiva de demanda y no la demanda misma, de modo que si en una demanda se contiene varias peticiones, consistentes unas en la simple reclamación de cantidades y otras en aspectos que pueden afectar a la finca a modo de «ius ad rem», sólo han de tenerse en cuenta estas últimas peticiones y no aquéllas, lo mismo que si la demanda se refiere a bienes muebles, que nada tienen que ver con la anotación preventiva de demanda. Por tanto, esa cantidad de 8.088.000 ptas que se reclama como pago en efectivo, debería quedar en todo caso fuera de la base liquidable de la anotación preventiva de demanda, por no ser objeto directo de anotación, conforme al artículo 105, apartado 1, letra c), del Texto Refundido. Además, el propio Tribunal Central tiene declarado en resolución de 23 de marzo de 1972 con motivo de una anotación de solicitud de suspensión de pagos, que el valor de las fincas sobre las que se practica la anotación constituye un tope que no se puede sobrepasar a efectos de determinación de la base liquidable, lo cual está plenamente fundado por lo que acabamos de decir (núm. 492 de esta Revista, pág. 1185). Véase también resolución de 9 de noviembre de 1972 (núm. 497, pág. 1041).

Si a todo lo dicho se une que es más que discutible que, en la fase de iniciación del pleito, pueda valorarse el objeto como si hubiese recaído una solución favorable, según dijimos en otra ocasión, se comprenderá nuestro total desacuerdo con la posición mantenida por la presente resolución, pues sería mucho más equitativo aplicar el artículo 40 del Reglamento del Impuesto, en sus apartados 2.º y 3.º, en el sentido de aplazar la liquidación hasta que se conozca el resultado del pleito, tal como propusimos en el estudio antes citado, sin perjuicio de haber girado una liquidación provisional en la forma que señala dicho precepto.

ACUERDO DE DECLARACION DE COMPETENCIA DE JURADO TRIBUTARIO PARA DETERMINAR SI EXISTE O NO TRANSMISION LUCRATIVA DE DERECHOS (RESOLUCIÓN DE 8 DE ABRIL DE 1976) ().*

Hechos.—La Dirección General de lo Contencioso del Estado dictó acuerdo de fecha 1 de febrero de 1973 declarando la competencia del Jurado Central Tributario para que se pronuncie acerca de si procede declarar la existencia de una transmisión lucrativa afectuada por don Víctor Ch. A. en favor de sus siete hijos, correspondiente a la cesión de los derechos de suscripción de determinadas acciones.

Notificado dicho acuerdo, se interpuso ante el Tribunal Económico-Administrativo Central reclamación por los siete hijos, alegando que además de la declaración de competencia del Jurado, la Dirección de lo Contencioso decidía en sus Considerandos varios puntos de derecho que podían prejuzgar la exacción del Impuesto y que de no ser impugnados ahora podrían quedar firmes en su posterior aplicación en base a la doctrina jurídica de los actos propios, entendiéndose que el silencio de los interesados implica conformidad. Los citados puntos se referían a

(*) Actualmente está derogado el procedimiento de determinación de la base por Jurados Tributarios, cabiendo plantear únicamente el problema de si subsisten o no a efectos de situaciones transitorias.

problemas de prescripción del impuesto, de amnistía concedida por la ley de 26 de diciembre de 1957, de la posibilidad o no por parte de la Administración de comprobar Declaraciones de la antigua Contribución sobre la Renta, de fecha anterior a 1 de enero de 1958, presentadas en plazo reglamentario y el problema de fondo de si la cesión del cupón que lleva el derecho a suscribir nuevas acciones en la ampliación de capital de sociedades anónimas, realizada en forma verbal, puede dar lugar a la exigibilidad del impuesto de derechos reales por tal concepto de donación verbal.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central desestima la reclamación por lo siguiente:

«Considerando que a tenor de los artículos 149 de la Ley General Tributaria y 2.º del Decreto de 6 de mayo de 1965, será requisito esencial para la intervención de los Jurados—salvo en casos especiales distintos del ahora planteado—un acto administrativo previo de declaración de competencia, que en la esfera central corresponde dictar al Director General del Ramo correspondiente y en la esfera territorial a los Delegados de Hacienda, a solicitud de la Administración o de los contribuyentes interesados y previa audiencia de una u otros, según los casos, respecto a la procedencia o improcedencia de esa declaración; cuyo acto, que deberá ser motivado y notificado a las partes interesadas, será impugnable en la vía económico-administrativa, y sólo cuando el mismo haya adquirido firmeza se remitirán al Jurado el expediente, antecedentes e informes correspondientes.»

«Considerando que en el caso presente, tal y como reconocen los recurrentes, el acto previo de declaración de competencia ha tenido lugar por parte de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, al dar cumplimiento al fallo de este Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 2 de diciembre de 1971, que vino a declarar la nulidad del acuerdo del Jurado Tributario de 21 de febrero de 1969 y, en consecuencia, el fundamental problema que, en el presente recurso, se plantea consiste en decidir si tal declaración de competencia del Jurado Central Tributario resulta correcta y ajustada a derecho.»

«Considerando que, en este sentido, es preciso recordar lo dispuesto en los artículos 10, apartado g), y 147, apartado 1, de la vigente Ley General Tributaria, conforme a los cuales se encuentra afectada por el principio de reserva de Ley, '*la fijación de los supuestos de hecho que determinan la competencia de los Jurados Tributarios*', '*los órganos que tienen por misión general resolver con carácter subsidiario, en los casos en que se determine por Ley, las controversias que, sobre cuestiones de hecho, puedan plantearse entre la Administración y los contribuyentes, con ocasión de la aplicación de los tributos*'.»

«Considerando que, esto establecido, hay que reconocer que, en el presente supuesto, la intervención del Jurado Central Tributario aparece justificada en el artículo 23 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958, reproducido, en esencia, por el artículo 64 del Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Decreto 1018/67, de 6 de abril, cuyos preceptos remiten al correspondiente Jurado la resolución de la cuestión consistente en la existencia de una transmisión lucrativa,

cuando de los Registros fiscales resultare la disminución del patrimonio de una persona y sincrónicamente o con posterioridad, pero nunca después de dos años, el incremento patrimonial de los hijos.»

«Considerando que a la vista de lo anterior resulta clara la concurrencia de los supuestos de hecho, fijados por la ley, para que proceda la declaración de competencia del Jurado Central Tributario, sin que puedan prosperar las alegaciones de los recurrentes, ya que las cuestiones a que se refieren no son objeto del acuerdo impugnado ni tienen relación con el simple acto declarativo de competencia, único aspecto fiscalizable, en este momento, por la jurisdicción económico-administrativa y su mención en la parte expositiva de dicho acuerdo se debe únicamente al deseo de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de demostrar la impropiidad de las alegaciones deducidas por los interesados, sin que los criterios expuestos vengán a crear situaciones jurídicas individualizadas que afecten a los mismos y sean susceptibles de impugnación.»

«Considerando que tal criterio ya ha sido mantenido por este Tribunal Central en su Resolución de 2 de diciembre de 1971 al estimar el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Jurado Central Tributario de 21 de febrero de 1969, así como que, en el mismo fallo, quedó fijado el criterio desestimatorio de la alegación de prescripción de la acción administrativa para exigir el impuesto, por lo que la insistencia de los recurrentes en estos extremos, sólo puede interpretarse como carencia de argumentos que permitan poner en duda la legalidad de la declaración de competencia que es el único objeto procesal de la presente reclamación económico-administrativa.»

**LIQUIDACION DE USUFRUCTO EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES.
BASE LIQUIDABLE DEL USUFRUCTO. FORMA DE CALCULAR EL
COEFICIENTE QUE HA DE SERVIR PARA LA LIQUIDACION DEL
USUFRUCTO. CIRCULAR DE LA DIRECCION GENERAL DE LO
CONTENCIOSO 4/1965 (RESOLUCIÓN DE 8 DE ABRIL DE 1976).**

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Murcia escritura pública de aprobación y protocolización de partición hereditaria, como consecuencia de la cual la expresada Oficina giró, entre otras, liquidación a cargo de don Jesús S. Sánchez sobre una base imponible de 1.474.509 e importe a ingresar de 514.232 pesetas.

Notificada la liquidación y después de desestimación de un previo recurso de reposición, el propio interesado interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Murcia que desestimó igualmente la misma, confirmando en su totalidad la liquidación impugnada.

El interesado interpone recurso de alzada alegando lo siguiente: 1.º Infracción del artículo 24 del Texto Refundido del Impuesto de Sucesiones, por entender que la participación individual del causahabiente en este caso, en que el interesado es el único heredero, existiendo diversos legatarios, debe corresponderse con el valor comprobado de los bienes adjudicados a dicho heredero, cuyo importe asciende a 597.142 pesetas, en lugar de 1.474.509 pesetas fijadas por la Abogacía; 2.º Infracción de las disposiciones testamentarias y legales en la determinación de la base

imponible, y concretamente respecto a la deducción de un legado de cantidad, de otro legado de cosa cierta y del usufructo legitimario viudal, pues la resolución impugnada, en el sentir del recurrente, no plantea bien aquellas deducciones, ni deduce de la base correspondiente al heredero el valor del usufructo, sino que aplica un coeficiente reductor de la cuota determinado con arreglo a la Circular 4/65 de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, criterio que no es legalmente procedente; 3.º Infracción por inaplicación de los artículos 37, 70-10 del Texto Refundido y 66 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, puesto que al practicarse la liquidación siguiendo las orientaciones de dicha Circular, se calcula la cuota de modo diferente a como resulta de las normas sustantivas infringidas. Como consecuencia de todo lo anterior, entiende el recurrente que la cantidad que le corresponde ingresar en 222.808 pesetas, por lo que debe devolverse la cantidad de 617.078 pesetas.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central estima el recurso de alzada declarando la nulidad de la liquidación, que debe ser sustituida por otra en la que se aplique el coeficiente proporcional reductor de la cuota, procediendo igualmente la rectificación de la correspondiente liquidación caucional por desmembración del dominio. Todo ello por lo siguiente:

«Considerando que por lo que respecta al complejo problema que plantea la mecánica liquidatoria de la sucesión referida al fallecimiento de don Pedro Sánchez Sánchez, hay que estimar correcta la interpretación que el Tribunal de Primera Instancia hace del artículo 66, apartado 3, del Reglamento de 15 de enero de 1959 para los supuestos de desmembración del dominio en los que, por un mismo título, una sola persona adquiere bienes en pleno dominio y nuda propiedad, siendo igualmente ajustado a derecho el contenido y sistema de liquidación a que se refiere la Circular de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, número 4, de 1965, por lo que hay que llegar a la conclusión de que el único punto de discrepancia planteado por el recurrente, como el mismo reconoce al final de su escrito impugnatorio de segunda instancia, consiste en la forma de calcular el coeficiente que debe figurar en el espacio 37 de la hoja técnica de liquidación.»

«Considerando que, en este sentido, es evidente que dicho coeficiente, utilizando la fórmula matemática a que se refiere la citada Circular de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, no puede ser calculado atendiendo, en unos supuestos, al resultado de la partición tal y como ha sido hecha por el contador-partidor designado por el causante y, en otros, a la estricta aplicación del testamento otorgado por éste, pues, tal y como razona el recurrente, ello equivale a aplicar criterios distintos en la tributación de una misma sucesión y además introduce un evidente desequilibrio en la aplicación de la aludida fórmula matemática, alterando, igualmente, la correspondiente liquidación caucional que habrá de hacerse efectiva en el momento en que se produzca la consolidación del dominio.»

«Considerando que, en el caso presente, la Oficina Liquidadora, al calcular el mencionado coeficiente, ha utilizado como numerador de la fracción, a través de la cual se expresa la citada fórmula matemática, el valor del usufructo de las tres fincas adjudicadas en nuda propiedad

al recurrente, por el contador-partidor, cuando lo correcto, con arreglo al criterio anteriormente enunciado, hubiera sido aplicar las reglas de valoración de usufructos, contenidas en el artículo 66 del Reglamento de 15 de enero de 1959, a los dos tercios del valor comprobado de la herencia sobre los que recae el usufructo del cónyuge sobreviviente, según el artículo 838 del vigente Código Civil, dando con ello cumplimiento, además, a lo dispuesto en el artículo 31 del vigente Texto Refundido de 6 de abril de 1967, conforme al cual 'en las sucesiones hereditarias, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará, para los efectos del Impuesto, como si se hubieran hecho con estricta igualdad'.

«Considerando que este criterio es el que debe presidir la práctica de la liquidación impugnada que, por lo expuesto, no resulta ajustada a derecho, como tampoco la correspondiente liquidación caucional girada como consecuencia de la desmembración del dominio que habrá de adaptarse al mismo criterio.»

ADJUDICACION EN SUBASTA JUDICIAL DE UNA FABRICA DE CONSERVAS, SIN DISTINGUIR LA CLASE DE BIENES, MUEBLES E INMUEBLES, QUE LA INTEGRAN. APLICACION, EN TAL CASO, DEL TIPO IMPOSITIVO CORRESPONDIENTE A LOS INMUEBLES. DETERMINACION DE LA BASE ATENDIENDO AL VALOR DE LA SUBASTA JUDICIAL (RESOLUCIÓN DE 29 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—En la Oficina Liquidadora de Coria se presentó un mandamiento del Juzgado, por virtud del cual, aparte de ordenar la cancelación de determinada hipoteca, interesaba la inscripción a favor de tres personas a quienes se les había adjudicado una fábrica de conservas en trámites de subasta judicial derivada de autos de juicio ejecutivo, constando en el citado documento la siguiente descripción: «Fábrica de Conservas vegetales, con todos los derechos industriales de la Sociedad..., solares, edificios, maquinaria, instalaciones eléctricas y de agua y aequipos diversos, estando compuesto el edificio o fábrica de tres naves destinadas a la elaboración de pepinillos, conservas vegetales y almacenamiento de productos destinados a determinadas funciones y siendo la totalidad de la superficie construida de 3.400 metros cuadrados. Tasado todo ello pericialmente en la cantidad total de 14.892.102 pesetas.» Al haberse declarado desierta la primera subasta, fue adjudicada dicha fábrica a los tres interesados por las dos terceras partes del avalúo.

La Oficina Liquidadora, aparte de girar liquidación por el concepto de cancelación de hipoteca (que no ha sido impugnada), giró liquidación sobre una base igual a la de la adjudicación judicial (dos tercios del avalúo), de 9.928.894 pesetas, con una deuda tributaria de 738.412 pesetas, como consecuencia de aplicar el tipo impositivo del 7,40 por 100, entonces vigente para los bienes inmuebles.

Notificada la anterior liquidación, los contribuyentes interpusieron recurso de reposición, alegando que, dentro del valor de lo adjudicado, no sólo había bienes inmuebles, sino maquinaria y otros útiles que eran bienes muebles, motivo por el cual todos éstos deberían haber sido gravados al tipo del 4 por 100, entonces vigente para tales bienes. Desestima-

do el recurso, se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Cáceres, que igualmente la desestimó.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto por los contribuyentes recurso de alzada, el Tribunal Central lo desestima por lo siguiente:

«Considerando que el problema que se debate en el presente expediente se reduce a revisar si la liquidación controvertida, practicada por la Oficina Liquidadora del Registro de la Propiedad de Coria, como consecuencia de la adjudicación judicial de un inmueble, con sus accesorios, equipos, enseres, útiles, instalaciones, derechos industriales, vehículos, etcétera, a los reclamantes, es conforme a Derecho por haberse tomado como tipo impositivo el correspondiente a los bienes inmuebles en el Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, por no hacerse distinción entre las diversas categorías de bienes ni en el título de adjudicación ni en la valoración pericial; o si, como afirman los interesados, debió separarse en su caso del valor del inmueble básico el de dichos accesorios, equipos, enseres, etc., para ser sujetos a liquidación por el tipo impositivo correspondiente a los bienes muebles en dicho Impuesto.»

«Considerando que por lo que respecta a la base impositiva tomada en consideración y fijada por la tantas veces mencionada Oficina gestora, en la liquidación controvertida (9.928.894 pesetas), ha de tenerse por adecuada y correctamente adoptada—incluso con ratificación por parte de los contribuyentes—por tratarse de una cifra igual a las dos terceras partes del avalúo llevado a cabo, dentro del procedimiento, por el perito designado al efecto y ser, por tanto, el valor exacto por el que los bienes fueron adjudicados por el Juzgado, que es la regla que había de tener en cuenta la Oficina Liquidadora, conforme al reformado artículo 70-2 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967. Efectivamente, este artículo suprimió el concepto de 'valor declarado' que el Reglamento de Derechos Reales de 1959 atribuía a los valores de tasación que figurasen en los expedientes de subasta, señalando, que en lo sucesivo en las transmisiones realizadas mediante subasta pública, notarial, judicial o administrativa, servirá de base imponible el 'valor de la adquisición', salvo que el derivado de la comprobación fuese superior, razón por la cual, en el presente supuesto (y puesto que la Oficina Liquidadora no ha optado por ejercitar sus facultades de comprobación de valores y los interesados no han intentado tampoco controvertir dicho valor global, admitiéndolo como exacto en su universalidad), ha de concluirse que la cifra tomada como base impositiva, al ser la de adjudicación—o sea, al ser el valor de la adquisición—, ha de tenerse por legítima.»

«Considerando que a los efectos de resolver la segunda cuestión, o sea, si el tipo impositivo aplicado a dicha base impositiva y los conceptos tributarios por los que se practicó la liquidación son conformes a Derecho, es preciso recordar la forma ambigua, vaga, indeterminada y genérica con que los bienes (embargados, primero, por los adjudicatarios y rematados o adjudicados a su favor, después, por el Juzgado) fueron valorados y subastados, ya que, de acuerdo con el auto resolutorio de tal adjudicación (que naturalmente será transcripción literal y exacta del anuncio de subasta y aún de la diligencia de embargo) lo que se transmitió a los recurrentes fue 'una fábrica de conservas vegetales en Moraleja (Cáceres), denominada Exaconsa, con todos los derechos industriales de dicha So-

ciudad, solares, edificios, maquinaria, instalaciones eléctricas y de agua y equipos diversos..., compuesto de tres naves. ., tasado *todo ello (sic)* pericialmente en la cantidad total de 14.892.102 pesetas', lo que comporta considerar (teniendo en cuenta que, además, en sus alegatos, los requirientes han afirmado que, por si fuera poco, dentro de dicho complejo o universalidad se adjudicaron diversos vehículos que tampoco se han concretado) que así como no se distinguió ni se discriminó en la convocatoria de subasta entre bienes muebles e inmuebles, ni tampoco se hizo así en la valoración pericial ni en el título o resolución de adjudicación judicial, tampoco es posible hacerlo en la liquidación tributaria derivada de esta última, por radical impertinencia, ya que ni siquiera existe una relación individualizada, detallada y fehaciente, de esos diversos bienes, maquinaria, vehículos, equipos industriales, instalaciones, etc., que, según los contribuyentes deben desglosarse dentro del complejo industrial que se adjudicaron bajo la rúbrica genérica de 'Fábrica de Conservas vegetales'.

«Considerando que, además, y en otro orden de ideas, se hace preciso recordar, que precisamente para estos supuestos existe una regla fiscal en el artículo 12 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, al señalar: 'Cuando un mismo acto o contrato comprenda bienes muebles e inmuebles, sin especificación de la parte de valor que a cada uno de ellos corresponda, se aplicará al tipo de gravamen de los inmuebles', precepto que, por sí solo—como destacó perfectamente el Tribunal Provincial—, resuelve el caso aquí debatido, puesto que precisamente ni en la convocatoria de subasta, ni en la resolución de adjudicación, ni en la valoración del perito dentro de los autos, se ha distinguido nunca, con enumeración precisa, cuáles fueron los distintos bienes que se subastaban, con su distinta calificación jurídica y su autónoma valoración, siendo tardío y extemporáneo (aparte de carecer de fehaciencia) el intento de hacerlo ahora en la presente instancia a través de un informe pericial oficioso incapaz de surtir efecto y que, en su caso, debió hacerse valer ante el Juzgado en el momento oportuno dentro de la fase de apremio del procedimiento ejecutivo o en la escritura de constitución de hipoteca, para evitar justamente la ambigüedad y vaguedad de la adjudicación de la que se deriva la aplicación de la regla tan correctamente tomada por la Oficina gestora.»

J. M. G. G.

LIBROS

Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Ministerio de Hacienda, 1977.

Siguiendo la línea marcada por la primera publicación de la serie en el año 1973, la que ahora traemos a recensión es el exponente de una labor realizada por el Cuerpo de Abogados del Estado al servicio de la Administración. Corresponde al año 1977 y en ella se recogen los diversos aspectos que abarcan la serie de dictámenes emitidos. Predomina la materia del Derecho Administrativo, haciéndose rama especial el Financiero y Tributario y recogiendo en el Derecho Civil y Mercantil varios supuestos. En cola, con un sólo dictamen, aparece representado el Derecho Penal.

Creo que ya es ésta la segunda vez que hago una reseña crítica de la publicación, pero sigo pensando que estas publicaciones, aparte de servir de estudio al que trate de profundizar en una materia, son el testimonio viviente de una fecunda labor realizada por un Cuerpo. En España somos muy dados a encasillar a los diversos Cuerpos y atribuir a los mismos unas críticas que no responden a realidades y la mejor manera de convencer a los incrédulos es aportando el testimonio encuadrado de una labor. En nuestro Cuerpo, desde que allá por el año 1969, descentralizamos los seminarios de Derecho Hipotecario se realiza una constante labor de estudio, consulta y ciclos de charlas y conferencias, pero eso queda entre nosotros, haciendo falta que alguien se decida a dar el empujón para publicar una fecunda labor silenciosa.

La publicación que ahora se nos ofrece resulta de difícil recensión, pues aun estando agrupados por materias los casos que se aportan, son tantos y tan variados que habría que ir uno por uno estudiando cada supuesto y citando a su autor, pues la publicación, aunque atribuye genéricamente la labor a un Cuerpo, cita, como es lógico, a pie de página a los diferentes Abogados del Estado que son autores de los dictámenes. De ahí que me voy a sujetar a la estructura de la publicación y en cada caso haré unos breves comentarios.

A) Derecho Administrativo

Como he dicho, esta materia es la más numerosa y se recoge en ella la mayor parte de los dictámenes. En un libro de seiscientas y pico páginas, esta materia abarca las quinientas pasadas. Aunque las materias van agrupadas en veintidós apartados, sin guardar orden alfabético, a mí se me antoja pensar que el «ordenador» de todo esto se ha sujetado a lo que podríamos llamar «parte general» del Derecho Administrativo y «parte

especial» del mismo. Digo esto, ya que los diez apartados primeros tocan temas todos ellos muy genéricos, como son la Administración periférica, la local, la responsabilidad extracontractual, los contratos administrativos, los funcionarios públicos, el derecho público de cosas, las concesiones administrativas, la expropiación forzosa, la revisión de los actos administrativos y la organización y procedimiento administrativo.

Por el contrario, en lo que yo denomino parte especial, se tocan temas concretos sobre propiedad intelectual, fundaciones, actividades molestas, insalubres, educación y ciencia, trabajo y seguridad social, agricultura, urbanismo, aguas, minas, comercio y economía.

Sería muy difícil destacar aquellos temas que cobran actualidad a través de las inquietudes jurídicas del momento, pues todos son «actualidad» al haberse planteado y resuelto en un año conflictivo como era el de su emisión. De todas formas, creo que habría temas capaces de llamar atenciones preferentes dentro de esa actualidad, como son los que tratan de resolver los problemas de la Administración periférica, la actuación municipal en materias de competencia, servicios y licencias municipales, la temática de los funcionarios públicos, la gran trascendencia que sigue cobrando el dominio público en sus innumerables proyecciones del patrimonio estatal, usurpaciones, derechos reales, reversiones, etc. Igualmente podría añadir el candente tema de la expropiación y la revisión de los actos administrativos.

Por lo que se refiere a la segunda parte de especialidades, no cabe duda que inicia la materia un punto crucial que bordea límites legislativos, cual es el de la propiedad intelectual a través de la obra cinematográfica, la legislación sobre materia tan delicada cual es la agricultura, la proyección que el urbanismo tiene en la propiedad con el otorgamiento de licencias, la suspensión de obras, el silencio administrativo, la ficha urbanística, etc. En igual sentido podría predicarse la importancia de los dictámenes en orden a la materia de aguas, con un código en el dintel de la aprobación, y los temas delicados de la economía de las empresas y sociedades.

El palmarés de los estudios lo soportan con dignidad y prestigio los Abogados del Estado Manuel González Pérez, José María Sas Plaudaró, Francisco José Vázquez Garrido, Antonio del Pozo González, Manuel Goded Miranda, Emilio Recoder de Casso, José María Torres Coll, Vicente Díaz del Corral, Fernando Bertrán Mendizábal, Fernando Díaz Moreno, Jaime Montero y García de Valdivia, Emilio Pujalte Clariana, Alfonso López Jiménez, Manuel Martínez y Pérez-Lurbe, Eduardo Trillo Torres, Raimundo de Miguel López, Jesús Valero Bermejo, Juan Serrada Hierro, Carlos Pinilla Turiño, Alfonso Vázquez Sedano, Angel Sánchez González, José Luis de Castro Autrán, Armando de las Alas Pumariño, Antonio Martínez Lafuente, Emilio Benelli García-Morente, Juan Emilio Luque Díaz, Jaime Montero y Casado de Amezuá, Francisco Javier Aquilé Ortiz, Antonio Claudio Obejo Vacas, Felipe Pastor Olmedo, Francisco Rodríguez Boti, Manuel Breva Ferrer, Francisco José Vázquez Garrido, José Antonio Piqueras Bautista y Antonio de Hoyos González. Creo que cito a todos, pero advierto que algunos habría que citarlos dos o tres veces, pues contribuyen en esa forma. Si alguno se me pasa es mera omisión y no ocultación intencionada.

B) *Derecho Financiero y Tributario*

Quizá en este país, con denominación de España y propicio a divisiones territoriales con diversas denominaciones, lo que de verdad ha cobrado trascendencia es el instrumento fiscal, que ha proyectado sus tremendas incidencias sobre el patrimonio de todos los españoles, con o sin autonomía. Sigo creyendo que esto del tributo cuanto más se nutriese de fórmulas, orientaciones, principios y naturalezas del Derecho Privado más justo, humano y ponderado sería, pero hasta que ello se logre vamos a aceptar esta «necesidad recaudatoria» a la vista de la multiplicación de funcionarios, cargos estatales y secuelas inevitables a que nos van a conducir el fenómeno ya irreversible de las autonomías. Y es que hay tanta gente necesitada de mando que hay que proporcionarla oportunidades, aunque luego la cosa se reduzca a despacho, secretaria, coche y sitios preferenciales, además del sueldo. Si el trasvase del Tajo constituye un gran problema, pienso que el de los funcionarios va a constituir un dilema.

En los estudios que esta parte nos ofrece surge vivo el Derecho Financiero y Tributario y en ellos hay temas de singular trascendencia como la materia de presupuestos, las clases pasivas, las contribuciones, los impuestos sobre rendimientos de trabajo personal, sobre rentas de capital, de personas físicas, sociedades, sucesiones, transmisiones patrimoniales, actos jurídicos documentados y tráfico de empresas, aparte de los impuestos municipales sobre radicación, circulación de vehículos y determinadas situaciones fiscales.

Contribuyen a la aportación de los dictámenes los Abogados del Estado don José Antonio Santías Viada, José María Pérez Prat, Fernando Castromil Sánchez, Manuel Goded Sánchez, José Antonio García Tledo, José Manuel Echevarría Hernández, José Dufol Abad, Angel Sánchez González, Armando de las Alas Pumariño, Antonio Martínez Lafuente, Carlos Martínez González, Alvaro Muñoz López, José María Tejera Victory, Antonio Martínez Lafuente, Vicente Sierra Ponce de León, Luis Peralta España, Juan Serrada Hierro, Francisco Ruiz Risueño, Eduardo Cosmen y Metesán, Juan Díaz-Ambrona Bardaji.

C) *Derecho Civil y Mercantil*

Los temas que se agrupan en esta sección de los Derechos Civil y Mercantil tienen una triple dirección, ya que unos cuantos están destinados a la problemática de la propiedad, su reivindicación, su negación, etc., mientras que otros se centran en problemas concretos de arrendamientos y suministros. Quizá, por la novedad que ofrece, merezca la pena poner en primer término, y así lo hace la publicación, la temática de la separación del matrimonio en el Documento Nacional de Identidad.

Los Abogados del Estado autores de los correspondientes dictámenes son Alvaro de Lapuerta Quintero, Manuel Alvarez-Valdés y Valdés, Luis Reija Guedea, Luis Ruiz-Salinas Martínez, Raimundo de Miguel López, José Antonio Santías Viada, Jesús Valero Bermejo y Alfonso López Jiménez.

D) *Derecho Penal*

El único tema que se recoge en la publicación es el de la posible existencia del delito de injurias y calumnias que firma el Abogado del Estado del Ministerio de Agricultura Alfonso López Jiménez.

La obra, para su manejo, tiene, aparte del índice sumarial, otro analítico de conceptos que se ajusta a un esquema alfabético.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

BALBINO FILHO, Nicolau: *Registro de imóveis. Doutrina, Prática, Jurisprudência*, 3.^a ed., Atlas, São Paulo, Brasil, 1976, 412 y LX págs.

La obra es una puesta al día de la Ley brasileña número 6.015, de 1973, según fue objeto de comentario por el autor en la primera edición. La actualización está determinada por las modificaciones introducidas por las Leyes números 6.140 y 6.216, de 1974 y 1975, respectivamente. En cuanto actualización que es, el texto sigue la pauta marcada en la primera y segunda ediciones, es decir, comentarios y notas que se insertan aprovechando la sistemática indicada por la propia norma jurídica. El autor aprovecha los acápites legales, aportando en cada uno los comentarios pertinentes, en los cuales se vuelcan, cuando es procedente, opiniones de la doctrina; inmediatamente se acompañan, bajo el epígrafe de «práctica», algunos modelos correspondientes al capítulo, que se cierra en cada caso con un abundamiento jurisprudencial. En todo caso en que resulta procedente, se inserta una nota de referencia a los preceptos legales vigentes.

El método autoriza al autor a insertar una generosa cantidad de modelos, en exceso de 120, con lo cual la imagen del lector se completa en todos los aspectos: se le centra en el tema objeto de estudio, se le enriquece con los criterios doctrinales y jurisprudenciales pertinentes, para culminar con el modelo, permitiendo así una exacta apreciación normativa.

Un índice temático sumamente completo, que facilita el manejo del libro, y un apéndice con el texto de la Ley número 6.015, de 1973, y las enmiendas sufridas, aparte de una amplia bibliografía brasileña, cuadran el esfuerzo de BALBINO FILHO.

Puede, pues, comprenderse fácilmente la intención del autor: proveer al lector de un instrumento bien pensado para facilitar el trabajo cotidiano sobre aspectos del tema objeto de estudio; finalidad que se logra completamente, a lo que coadyuva la experiencia del autor, titular de Oficios de Justicia y miembro del *Instituto de Registro Imobiliário* del Brasil.

La impresión es cómoda para el lector, y la encuadernación, aunque en rústica, soporta bien el destino para el que está pensado el libro: ser usado de modo reiterado.

E. VÁZQUEZ BOTE

BALBINO FILHO, Nicolau: *Registro de Títulos e Documentos. Doutrina, Legislação, Prática*, XXX, 1.^a ed., Atlas, São Paulo, Brasil, 1977, 310 páginas.

Como el título expresa meridianamente, en esta ocasión, el compañero BALBINO completa el esfuerzo iniciado con la obra inmediatamente antes reseñada, afrontando el estudio de la registración de contratos. A tales efectos, luego de un bosquejo acerca de la prueba documental, entra de pleno en el marco expositivo del documento, señalando sus características generales, su fuerza probatoria, derivable del artículo 135 y concordantes del Código Civil de Brasil, y el efecto de la registración de aquél en el momento de su protocolización; ello permite al autor analizar la responsabilidad que se asume por el oficial del registro en el desempeño de su cargo, antes de pasar a analizar detalladamente diversas modalidades de contratos documentados.

Un método uniforme, el enfoque bipolar doctrina-práctica, sumamente claro en su sistemática interna, hace que el jurista BALBINO FILHO nos ilustre acerca de las figuras de prenda, garantías de títulos de crédito, aparcería agrícola, fianza, arrendamiento, prestación de servicios, compraventa con pacto de reserva, compraventa condicional, finalizando con la tramitación de la registración, así como con el valor de las certificaciones registrales.

Con inserción sistemática en la página correspondiente al tema que se trata, incluye el autor una enorme variedad de modelos relativos a los títulos objeto de estudio. El esfuerzo se culmina con la inserción de la legislación, abundante y variada, vigente en Brasil al respecto. También en esta ocasión, el autor nos ofrece un excelente índice sistemático y conceptual, que facilita enormemente el manejo de la obra.

Apoyándose en citas doctrinales de los autores de su país, manifiesta el profesor BALBINO un excelente dominio de la materia y gran facilidad de expresión, al tiempo que rigor técnico jurídico.

E. VÁZQUEZ BOTE

DE CARVAHLO, Afranio: *Registro de imóveis*. Ed. Forense, Río de Janeiro, 1977, 2.^a ed., 574 págs.

El profesor DE CARVAHLO, Catedrático de la Universidad Federal de Río de Janeiro, es persona vinculada, desde antaño, al Derecho inmobiliario registral, siendo autor de varios estudios y diversos proyectos de ley sobre la materia (proyecto de ley agraria, de 1974; anteproyecto para la reorganización del Registro Inmobiliario, de 1969, etc.). Una de sus preocupaciones fundamentales—que da la medida del calibre del autor y del acierto de sus enfoques—ha sido la coordinación catastro-registro, sin la cual, seamos sinceros, la eficacia de la publicidad registral no es completa, incluso falla. De ahí la razón de ser del libro que ahora comento brevemente: salir al paso de la desorientación que se encierra en la Ley

número 6.015 (31 de diciembre de 1973), modificada por la Ley número 6.216 (30 de junio de 1975), que «soçobra em meio a uma urdidura de desacertos, que vão ao ponto de extraviar o registro do rumo sistematico que vinha seguindo». Al parecer, ese *despiste* legislativo puede atribuirse al desconocimiento respecto de qué es y qué exige un sistema registral, destacadamente si se pretende insertarlo en los de carácter técnico. Informar sobre este aspecto es la finalidad del volumen del doctor DE CARVAHALLO, tomando como eje la reforma legal brasileña.

La obra se divide en veinte capítulos, un apéndice (contentivo de la Ley número 6.015 y del anteproyecto de 1969, al que se le unen los modelos de libros propuestos y el dictamen del Servicio de Fotometría del Ministerio de Minas) y un índice temático y de materias.

Los dos primeros capítulos tratan, como es clásico, de los antecedentes brasileños y de los diversos sistemas de publicidad. La evolución inicial de la constatación de títulos fue, en Brasil, muy similar a tantos otros lugares: la ausencia de un registro orgánico facilitaba una documentación desordenada, provocando incertidumbre en la titulación y, como secuela, que ésta fuese oculta, problema grave en materia de garantías inmobiliarias. Situación, pues, parecida a la nuestra de 1861. También en Brasil, la reforma se inicia mediado el siglo pasado, en 1843, con la publicidad hipotecaria, si bien con menor eficacia que entre nosotros, al no darse entrada a la especialidad, ni adjudicarse a la hipoteca, en cuanto gravamen real, carácter constitutivo (meras, pues, contadurías de hipotecas, de carácter incompleto). Algo de orden vino a poner el Código Civil de 1916, que introduciría la inscripción, al decir de DE CARVAHALLO, como modo de adquirir. El Decreto número 4827, de 1924, reorganizador de los registros públicos, según las pautas del Código Civil, al dar amplia y generosa entrada a la inscripción preventiva (declarativa), inicia un refuerzo del sistema. En la década posterior, al darse entrada a las lotificaciones del suelo, se mantiene un sistema híbrido, que combina inscripción y transcripción, documento público y privado, instituciones de carácter real junto a otras meramente obligacionales, llegándose con ello a la reforma reglamentaria de 1947 y su actualización en 1969, cuyos defectos y omisiones intentaría afrontar la citada Ley de 1973 y su reforma de 1975. El problema que presenta la reforma es, sin embargo, grave: más preocupada por la ligereza del trámite registral interno, que del tráfico de los títulos, confunde aspectos relevantes con circunstancias de simple trámite, impone una llevanza registral que facilita el riesgo, y crea una serie de problemas al intérprete que reducen el impacto de la mejora legislativa a un mínimo, frente a las magnitudes posibles para esa fecha.

Los capítulos 3, 4 y 5 recogen los bienes y derechos registrales, así como la terminología impuesta, y su problemática, por el nuevo texto legal. Los subsiguientes capítulos, hasta el doce incluido, recogen los principios inmobiliarios (inscripción, legitimación y fe pública, prioridad, especialidad, legalidad, tracto y rogación registral). Trata el autor de dar una exposición general, enfocando la recepción legislativa de dichos principios, bajo una técnica (realmente superada como pudo afirmar TIRSO CARRETERO) que ofrece lo que la ley permite y las posibilidades que hubieran podido conseguirse. Los restantes capítulos de la obra se destinan al estudio de los libros registrales y catastro, el registro del sistema To-

rens (arts. 277 y sigs. de la ley comentada) y el reglamento correspondiente. Se cierra el libro con un capítulo 20, de retrospectiva y conclusiones. Es, obviamente, el de mayor interés, pues pone de manifiesto el pensamiento del autor en una síntesis que recoge lo expuesto a lo largo de las páginas precedentes: el sistema registral resultante no se adapta a las exigencias de celeridad del momento, facilita la inseguridad porque facilita las falsificaciones y deviene, incluso, en contradictorio.

Escrita con gran soltura, la obra de DE CARVAHLO le acredita como buen conocedor de la materia. Una sola cosa me llama la atención en el libro: la ausencia de bibliografía española. Y no es un defecto de la obra, sino, me parece, de nosotros los españoles. En alguna ocasión escribí, que, si en doctrina jurídica España tenía figuras de relieve, era precisamente en esta rama del Derecho. Las peculiaridades de nuestra Ley de 1861 y subsiguientes, únicas en el mundo, nos crearon problemas tan únicos, que nuestros juristas hubieron de afinar enormemente. Al parecer, sin embargo, no hemos difundido adecuadamente sus esfuerzos, no para airear *nuestros* problemas y *nuestras* soluciones, sino los problemas y las soluciones que ofrecen el Derecho inmobiliario. Es lástima, porque puede significar que hemos dedicado la atención, otra vez, a las cosas de dentro, con omisión de las cuestiones universales.

E. VÁZQUEZ BOTE

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Las licencias de urbanismo*. Publicaciones Abeila, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 1978.

Hace ya tiempo que no recensionaba obras de GONZÁLEZ PÉREZ, pues al dejar de tener la dirección de la sección bibliográfica de cierta revista, resulta difícil poder *pedir la vez* en esta Crítica de Derecho Inmobiliario para traer a sus páginas alguna de las múltiples publicaciones del autor. Y la razón es bien sencilla: GONZÁLEZ PÉREZ escribe muy claro, con una gran sistemática y se ocupa de problemas de actualidad en el campo administrativo. Ello hace que los que se ocupan, o nos ocupamos, de las recensiones queramos hacer la nuestra en esta *Revista* para así enterarnos y estar al día en materia tan importante. No es de extrañar, por ello, que siempre se me adelanten los asiduos en la materia, pero en esta ocasión se me adjudica la recensión porque aquel que tenía que hacerla no pudo iniciarla. Quizá eso justifique el retraso.

Hablar de licencias es presentar prohibiciones o faltas de libertad. Quizá, por ello, en la legislación civil la antigua licencia marital y la licencia *uxoris* se han convertido en exigencias de consentimiento o han desaparecido. Lo que sucede es que a la hora de aplicar la sanción por la falta del requisito exigido—licencia o consentimiento—el ordenamiento jurídico se resiente, pues en vez de hablar de nulidades se habla de posibles anulabilidades y nosotros siempre creímos—y así todavía lo atestigua hoy el 1.414 del Código Civil—que cuando la ley exige un consentimiento si éste no se presta el acto cae indefectiblemente en nulidad. Quizá por haber heredado el Derecho Administrativo la idea de la licencia y el trato menos riguroso que se daba a la falta de la misma, es por lo

que la legislación urbanística no se haya pronunciado con la sanción de nulidad y siga planteando el viejo tema de las inscripciones y forma de hacerlas, si es que pueden hacerse.

Recuerdo haber leído en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre Reforma de la del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 5 de diciembre de 1972 unas tremendas frases que calificaban a la licencia como «el título jurídico que autoriza la actuación del particular» o «el título jurídico declarativo de derechos», como si de una sentencia judicial se tratase. En igual sentido, aunque sin tanto énfasis, se sigue hablando en la Exposición de Motivos de la Ley de 5 de mayo de 1975 sobre la licencia. Contrasta esta terminología con la que en la actualidad utiliza el «Protocolo» firmado en Cataluña en el año 1980, donde en su primer criterio se considera a la licencia «como una manifestación de la actividad de policía administrativa sobre el uso del suelo». El supuesto no es sólo cambio de denominación, sino de contenido jurídico y así, avanzando en dicho protocolo, se aprecia el razonable criterio que se adopta frente a las inscripciones a practicar: si la licencia no existe o es insuficiente, la inscripción puede practicarse, pero al margen de la misma se pone una nota con un término de validez de cuatro años, pudiendo el Registrador, a petición del Ayuntamiento, expedir nota simple informativa de las inscripciones que estén en esos supuestos.

La monografía o estudio del apasionante tema de las licencias la divide el autor en tres grandes partes: una introducción, una parte general y una especial. Todo ello viene completado por una clave de abreviaturas, un índice analítico y un apéndice legislativo. Respetando todo ello, vamos a sintetizar su contenido.

A) *Introducción*

El arranque de la obra es una constante reflexión del autor sobre la falta de libertad y la constante intervención en los actos privados por parte de la Administración. Hace unas citas de autores y trabajos muy oportunos, como, por ejemplo, la de GASCÓN HERNÁNDEZ, la del libro de J. ROBERT (*Las violaciones de la libertad individual cometidas por la Administración*), las frases de UNAMUNO en su libro *Visiones y comentarios* y la que recoge de JORDANA DE POZAS, al decir que realmente es triste tener que llegar a tal conclusión; tener que llegar a reconocer que, salvo la conciencia y el hogar, nada escapa a la despiadada intervención de la Administración moderna.

Examina los principios informantes de la intervención administrativa (los de legalidad, igualdad, subsidiariedad y la buena fe), para luego centrar el tema y señalar las maneras o modalidades de la intervención administrativa: las órdenes de hacer, las prohibiciones y la sujeción a licencia. Termina esta parte con dos temas importantes: los actos sujetos a licencia urbanística y el concepto y naturaleza de las licencias. Para el autor se trata de un acto reglado que no crea derechos subjetivos, sino que los condiciona en su ejercicio. Termina con los temas del fundamento y regulación.

B) *Parte general*

Sucesivamente, en esta segunda parte de la obra va desarrollando los requisitos que deben contener las licencias, el procedimiento para su obtención y expedición, los efectos, licencias ilegales, extinción de las licencias y la responsabilidad patrimonial. Expuesto el esquema a que se ajusta esta parte, y con la habilidad que caracteriza al autor, va sistematizando cada uno de estos puntos. En los requisitos distingue los subjetivos, los objetivos y los que hacen referencia a la actividad (lugar, tiempo y forma). En el procedimiento también lo sistematiza distinguiendo la iniciación, el desarrollo del mismo y la terminación normal y anormal del mismo, abordando el problema del silencio administrativo aplicado al caso. En materia de efectos se acude a la distinción entre los límites en que se mueve la licencia y las repercusiones que puede tener la inexistencia de la licencia respecto a los actos de edificación y a las obras realizadas. Capítulo especial merece el problema de las licencias en relación con el Registro de la Propiedad, donde el autor recoge las opiniones más caracterizadas, incluida, por supuesto, la mía, pero por razones de fecha no alcanza a examinar esa solución que antes apuntamos y que el Protocolo de la Generalidad de Cataluña da como viable a una situación creada por falta de visión urbanística en querer utilizar una institución, sin pensar que las consecuencias que se apliquen a la misma son fundamentales para su coordinación.

Dentro del tema de las consecuencias de las licencias ilegales, el autor toca los temas de la nulidad, la anulabilidad, la suspensión de licencias, la rectificación de errores, etc. Igualmente se tocan los tres grandes problemas de la extinción de las licencias: la anulación, la revocación y la caducidad. En la última parte la problemática de la responsabilidad se examina no sólo en orden al administrado, sino en relación con la Administración por otorgamiento de licencias o por denegación de las mismas.

C) *Parte especial*

Como su mismo nombre indica, esta parte está destinada a una serie de supuestos que ofrecen singularidades frente a la norma general. Fundamentalmente se estudian las licencias para actividades urbanísticas del Estado y Entidades de Derecho Público, para usos y obras provisionales, para suelo no urbanizable y urbanizable no programado, de ciertas obras de órganos del Estado, de ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

En el Apéndice Legislativo se recoge la legislación del año en que la obra se publica y que comprende el Reglamento de Disciplina Urbanística (R. D. 23 junio 1978), la suspensión de vigencia de alguno de sus artículos (R. D. 14 octubre 1978) y los Reales Decretos de traspaso de competencias a Cataluña y País Vasco (RR. DD. 23 junio, 15 julio, 26 julio y 25 agosto 1978).

La obra, aparte de su aspecto didáctico, fácil por su manejo y fértil en consecuencias de conocimiento, tiene la garra de la experiencia profesional del autor que vive, estudia y moldea diariamente los grandes problemas del urbanismo español.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ROTONDI, Mario: *L'abus de droit*. Número 7 de la Colección «Inchieste di Diritto Comparato», Ed. CEDAM, Padova, 1979.

Con un emocionante recuerdo a su maestro, BAGASSI, y a su tesis doctoral de 1922 sobre este tema, para él obsesivo, MARIO ROTONDI nos ofrece veintidós estudios de especialistas de otros tantos países sobre el abuso de derecho que, pese a su consagración *expressis verbis* por varias legislaciones en el curso del siglo presente y descripciones características del mismo en otras, continúa siendo materia no completamente pacífica.

Cierto que «abuso» y «derecho» son una aparente contradicción *in terminis*, pero también está consagrado que *non omne quod licet honestum est*, sobre todo al considerar que siendo el derecho subjetivo un interés jurídicamente sancionado no es posible aprobar su ejercicio sin real interés, y más cuando se realiza con simple *animus nocendi* o, cuando aún sin tal propósito, existe notoria desproporción entre el interés del titular y otros contrapuestos, la suficiente para originar el rechazo de la conciencia social que muestra indiscutible preferencia por el «Gemeinnutz» frente al «Eigennutz». La disociación entre opinión y norma puede ser de consecuencias graves: la estricta aplicación de la última puede envilecer, más que honrar, al Magistrado.

Pero apenas iniciada la ruta, el horizonte se dilata y dificulta con múltiples encrucijadas. Aparecen los llamados «conceptos-válvula», nociones indeterminadas, casi fugitivas, con muy diversas cristalizaciones o aún en estado gaseoso, con las que se procura adaptar la ley, su espíritu, a la justicia que reclaman circunstancias concretas, en especial las que reflejan la evolución de la conciencia social. Todas ellas posibilitan una valoración correctiva judicial y de ahí la dificultad de diferenciar el abuso del derecho del fraude a la ley, con su amplio polimorfismo, y cuyo terreno, más que con evidencias, se recorre con las sutilezas de un jardín oriental; de la buena fe, la equidad o las buenas costumbres con todos sus vastísimos, casi inasequibles, límites; y es imposible dejar de hacer referencia a los principios generales del Derecho, al carácter jurígeno de la jurisprudencia, materias de profundas raíces y riquísimo follaje, aparte particularismos como el de las presunciones, el enriquecimiento sin causa, los efectos creativos o abrogativos de la costumbre y muchos otros con los que podría formarse una relación casi ilimitada.

Pero todo, en el fondo, nos dirige al campo filosófico que con sus principios impregna los ejes fundamentales de un sistema jurídico, principios muy distanciados de la doctrina legal con la que comúnmente se les confunde. La interpretación de tales elementos filosóficos es materia que afecta a todas las normas del sistema; su encuadre en la Parte General de los Códigos Civiles es un asunto de mera tradición. La interpretación del derecho en vigor realizado desde tal perspectiva es la que permite la medición justa, la corrección de normas en casos concretos y aun suplir ausencias o lagunas, las internas por vía interpretativa, las externas en méritos del carácter supletorio de tales principios generales. La técnica jurídica enuncia procedimientos pero, en muchas ocasiones, nuestros juristas carecen de la indispensable formación filosófica y hasta teológica que las Universidades apenas facilitan. Jurisprudencia es mucho más que juristécnica o jurisciencia. La navegación es un arte que

no sólo requiere conocimiento de maquinaria o instrumental, sino de rutas y, fundamentalmente, de destino.

Al hablar del abuso del derecho salen, pues, a la luz temas accesorios pero no intrascendentes: no es sólo la autonomía conceptual del instituto, sino el problema de la inmanencia o trascendencia del derecho, si el mismo es producto de la voluntad del Estado, o el pueblo, o el Juez, o algo objetivo que las fuentes se limitan a exteriorizar y concretan los magistrados. El problema de cuáles sean las fuentes del derecho, la potencia creadora de las resoluciones judiciales. El abuso de derecho—como otros institutos aludidos anteriormente—pone en manos de los juzgadores un conjunto de «normas en blanco» que pueden suponer un peligro para la certeza de la ley, derecho que es fundamental para los a ella sometidos. Los codificadores clamaron contra tal posibilidad, degradando los jueces a meros exégetas y hasta los afrancesados de nuestras Cortes de Cádiz manifestaban que en los gobiernos despóticos imperan los hombres y en los moderados las leyes: se debe impedir, a toda costa, que los magistrados puedan ser superiores a ellas. La doctrina que configuró la reciente reforma de nuestro Código en su Título Preliminar aludió al abuso como esperanza y peligro y más tarde se ha hablado del temor al «abuso del abuso» sobre todo en momentos en que la Magistratura refleja la profunda división ideológica en materias esenciales que, más que las mermas territoriales, hace peligrar la unidad nacional. La determinación de límites morales, sociales o filosóficos puede y debe ser muy distinta en elementos formados en la dogmática marxista, liberal o cristiana, como ha resaltado STARCK. El asunto excede del campo estrictamente jurídico e invade el de la filosofía política. En la obra que recensiamos aparecen citas de resoluciones en las que se considera, más que un abuso una extorsión el exigir de un arrendatario aumento de canon por la autorización de mejoras en la vivienda. No parece distante la hipótesis de considerar otro abuso la reclamación de deuda por el acreedor acomodado al indigente deudor, «o, en el supuesto inverso, el pago al modesto acreedor en moneda desvalorizada». La interpretación y subsiguiente decisión parecen libradas al campo de los conflictos ideológicos.

Pero estas consideraciones someras no deben desviarnos del objetivo concreto: la recensión de la obra epigrafiada.

Empecemos por el ámbito clásico. El abuso de derecho, nombre que parece se debe a LAURENT, se inicia en Francia a fines del pasado siglo con varias sentencias relativas a «l'intention malveillante» y provocan un sinfín de estudios doctrinales en las que aparecen nombres tan destacados como los polemistas JOSSEMAN y RIPERT, PLANIOL y hasta DUGUIT, que con sus derechos-función llega a inspirar la legislación soviética. Las repercusiones son muy amplias, y PIROVANO, de la Universidad de Niza, las detalla cuidadosamente tanto en el aspecto dogmático como en el jurisprudencial, resaltando que el combate por la autonomía conceptual del instituto parece haber quedado en sordina y que las resoluciones judiciales que la admiten, más que convincentes se consideran comprometidas, discutibles. Por otra parte, la legislación no se ha alterado, pese a que en un estudiado proyecto de Código de Obligaciones franco-italiano se describía el abuso de derecho; pero ello ni influyó en el posterior Código Civil italiano de 1942, ni provocó alteración alguna en el de Francia.

RANIERI, del Max Planck, se refiere a Alemania, cuyo BGB de 1900, en su parágrafo 226, proclamó la ineffectividad del ejercicio de un derecho cuando su simple propósito era el de dañar a terceros; y en el 826 se obliga a la procedente indemnización a quien actuando contra las buenas costumbres produce daño a otro. Parecía la consagración de los aspectos subjetivo y objetivo del abuso de derecho y una parte de la doctrina germana y mucha extranjera resaltó el acontecimiento. Pero otra parte, y muy importante, del dogmatismo alemán entendió tales normas como expresiones concretas del principio de la buena fe. ENDEMANN calificó el parágrafo 226 de disposición nacida muerta y aunque los Tribunales aluden al instituto en muchos «obiter dictum», sus resoluciones parecen continuar la tradición de la «exceptio doli generalis». El «Rechtsmissbrauch» no parece haber conseguido el reconocimiento autonómico conceptual. Las exigencias de responsabilidad se han ajustado a las bases de la buena fe, las buenas costumbres y las exigencias de la equidad. La cobertura se ha mostrado suficiente.

Italia parece vivir un creciente estado de insatisfacción, de inquietud, ante una presunta parálisis de la ciencia jurídica al comparar su técnica con los progresos de otras ciencias humanas. El complejo de inferioridad conduce a los juristas a jugar al «anything goes», todo va, y lo que pueda suponer cualquier salida a la incertidumbre diagnosticada, pasa a constituir una bandera de vanguardia. Y en nuestra materia concreta, salvando aquellos derechos tan exquisitamente individuales que casi merecían destacarse como «super derechos subjetivos», la superposición de los intereses colectivos a los individuales no sólo se analiza y debate, sino se exalta como axiomática. ANDREA DI FRANCA escribe unas maravillosas páginas sobre el abuso, señalando, como ROTONDI estima, que los cambios sociales pueden conducir a que ejercicios normales pasen a ser clasificados como abusivos, mientras RESCIGNO realiza un enfoque ideológico en el que concluye que para un católico el abuso es una infracción moral y que para el socialista las normas constitucionales son verdaderas normas morales. SCIALOJA, BARASSI o SANTI ROMANO niegan una posibilidad de construir una teoría general del abuso, sin perjuicio de admitir un dilatado repertorio de casos concretos, a la vez que SANTORO PASSARELLI, que muestra su preferencia por la expresión «exceso de derecho», coincide con FERRARA en las amplias repercusiones del tema en el campo societario: desde los que figuran como Administradores sin serlo realmente, hasta los aumentos y reducciones de capital sin otra finalidad que eliminar o reducir la potencia de socios molestos.

Tampoco faltan en Italia alusiones a los peligros de la excesiva discrecionalidad judicial, pero se coincide en que la jurisprudencia ha sido cauta en extremo y, casos de actos de emulación aparte, en el ámbito de los negocios privados se ha procurado reconducir el enfoque a la difícil doctrina de los motivos y causas. Tal vez pueda hablarse actualmente de un «desinterés» doctrinal, pero DI FRANCA estima que señalada la solidaridad social como principio por la Constitución, el ejercicio de cualquier derecho subjetivo con trascendencia económica o social debe acoplarse a tal directriz.

TERCIER, de Friburgo, comenta el Código Suizo, en cuyo art. 2 se habla por vez primera del abuso de derecho, cuya desprotección se proclama, a la vez que se consigna la obligación de ejercer los derechos con buena

fe, que imperará también en el cumplimiento de las obligaciones. La doctrina considera tales normas de índole preventiva, principios de corrección e interpretación y medidas de carácter especial y general, respectivamente. Los Tribunales han hecho uso de ellas en contadísimas ocasiones.

En Bélgica los Tribunales aceptan claramente el abuso del derecho desde 1971, pero como la legislación y la doctrina, según explica MEINERTZ-HAGEN, de Bruselas, las orientaciones francesas predominan. Lo propio ocurre en la provincia canadiense de Québec, a tenor de la exposición de BAUDOIN de Montreal. En Austria la modificación del Código de 1907 y en Grecia el nuevo Código civil de 1946 han aproximado la legislación al BGB alemán. MAYER y BOHM, de la Universidad de Salzburgo, y DELOUKAS, de la de Atenas, ofrecen interesantes aportaciones sobre ello. Acaso también pueda englobarse en este grupo el estudio de ZONDERLAND, de Rotterdam, centrado en el art. 8 del proyecto de Título introductivo del Código civil, en el que parece sustituirse la expresión «derecho subjetivo» por la de «competencia», prohibiéndose el abuso de tales competencias y describiendo cuando el mismo tiene lugar ZONDERLAND no cree que ello constituya un termómetro jurídico mediante el que pueda dictaminarse en pocos instantes si ha habido uso o abuso y comenta jugosamente la jurisprudencia más reciente. Es originalísimo el gráfico en el que plasma su esquema de método de interpretación.

Japón, obligado a modificar su Constitución en 1946, altera el Código civil el siguiente año y en su artículo 1, después de ordenar que el ejercicio de los derechos de los particulares debe acomodarse al bien público y realizarse con buena fe, prohíbe el abuso de derecho. Los profesores NODA y NOMURA, de Gakushuin, creen que antes de tal proclamación la jurisprudencia había llegado a conclusiones idénticas y que la lacónica reforma sólo ha suscitado dudas interpretativas respecto a su alcance subjetivo u objetivo. Expresan también sus temores de la extensión del concepto «abuso» a otros campos, con imprevisibles consecuencias. La ecología, como derecho de las masas, no deja de ser un indicio.

CUNHA DE SA, de Lisboa, nos ofrece un excelente trabajo sobre la reforma del Código portugués realizada en 1966 y en la que bajo el epígrafe «Abuso do Direito» se declara ilegítimo el ejercicio de un derecho que exceda los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres o su finalidad económico-social. Más que de la jurisprudencia, la modificación ha sido realizada por presión de la doctrina, ansiosa de novedades. Ahora, configurado como instituto autónomo, aparecen problemas relativos a lo que sea «evidencia» y las apreciaciones simplemente sociológicas o las filosófico-religiosas sobre las «buenas costumbres». De hecho sobre ambos temas no hay todavía experiencia jurisprudencial.

Sólo unas breves líneas a un excelente, aunque esquemático, estudio del profesor FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO en relación con el problema y la reciente reforma del Título Preliminar del Código civil español, en la que se facilitan precedentes, doctrinales y jurisprudenciales, breves comentarios y una casi exhaustiva bibliografía, aunque limitada estrictamente a los estudios que versan directamente sobre el abuso. No incluye otros sobre temas próximos como el fraude a la ley o la buena fe, que los hay destacados y abundantes y con amplias convergencias con el caso específico del abuso. De entre los relativos a la buena fe, centrado

en el marco hipotecario en el que se desenvuelven nuestras actividades, se recuerdan y estiman los de uno de nuestros más distinguidos compañeros, AMORÓS GUARDIOLA.

En el mundo socialista el abuso de derecho sólo es concebible en período transitorio, interín se produce la plena construcción de la sociedad conforme a la estructura marxista, ocurrido lo cual, como la relación jurídica se convierte en relación social, el derecho subjetivo no tiene razón de ser.

Se señala que el derecho ilimitado es producto del capitalismo, que rompió la situación feudal en la que derechos y deberes estaban integrados en una unidad sistemática, pero que la transición al socialismo y comunismo es un proceso lento y difícil aunque en muchos países se ha dado ya el gran paso de transferir al pueblo, es decir, al Estado, los medios de producción. No obstante en este período intermedio, y en forma más o menos amplia, subsisten todavía propiedades particulares y aun negocios privados, no sociales, en los que cabe el abuso y su desprotección o sanción, instrumentos de coexistencia de propietarios burgueses, titulares de derechos subjetivos.

Por ello varios Códigos de factura moderna de los países socialistas de Europa recogen expresamente la institución, y en la recopilación de ROTONDI figuran las aportaciones de CIGOR, relativa a Yugoslavia; la de GYULA, excelente, detallando la situación húngara; IONASCO la analiza en Rumania, KUNZ en Checoslovaquia y OCHANOWICZ en Polonia. Si no de factura uniforme, las nuevas normas coinciden no sólo en la prohibición expresa, sino en el detallismo del acontecimiento, detallismo muy relativo: incompatibilidad con la función social de los derechos, daños a la economía nacional, perjuicio o vejaciones a otros ciudadanos, simple deseo de obtener ventajas o falta de concordancia con sus finalidades económicas o socialistas.

Penetramos seguidamente en lo que en términos muy laxos puede considerarse ámbito del «common law». NAPIER, profesor de Cambridge, resalta que en Inglaterra no hay enunciación legal relativa a limitaciones de derechos y, en consecuencia, que pueda referirse a abusos, a diferencia de Escocia, cuya normativa, de espíritu romanista, proscribía expresamente los actos de emulación. Aunque en Inglaterra en el pasado siglo Cámaras y Tribunales consideraban normal el ejercicio de un derecho aun con notorios propósitos nocivos, se ha producido una evidente evolución jurisprudencial; son frecuentes las referencias a la equidad y al juego «con manos limpias» y normalmente se llega a conclusiones no muy distantes de las continentales.

Los países europeos clasificados como «nórdicos» no poseen calificaciones civiles totales. JORGENSEN, de la Universidad de Aarhus, explica que en el derecho danés-noruego del siglo XVI ya no se consideraban vinculantes los contratos contrarios a la ley o a la modestia, expresión ésta que unos asimilaban a la latina «contra bonos mores» y otros a la germana «Treu und Glauben». La Ley Común de 1917 tampoco hace referencia al abuso, pero en Dinamarca una de 1971 establece cierta cláusula general que indirectamente conduce a los propios efectos. El Estatuto noruego de 1961 contiene, en lo relativo a la propiedad, una «general rule of spitefulness». La jurisprudencia ofrece normalmente una protec-

ción similar a la europea en casos de abuso de derecho en las diversas esferas contractual, de derechos reales, procesal, societaria, etc.

FORKOSCH, de Brooklyn, adopta para su estudio sobre los Estados Unidos una perspectiva aparentemente amplia con exceso. Acaso, a tenor de nuestra visión continental, hasta demagógica. Considera el abuso de poder como la deliberada actuación de la autoridad, la prostitución de posiciones y el uso de reprobables procedimientos, tanto por los particulares como por funcionarios o autoridades, para alcanzar fines que no constituyen externas intracciones legales. Por ello, abarcando áreas de derecho público y privado, aparecen como acusados el Presidente del Estado, el Congreso, el Tribunal Supremo y toda suerte de autoridades y funcionarios. Vietnam, Nurember, Watergate y su «syndrome», y todo tipo de «lobing», así como las discriminaciones raciales, religiosas, de sexo y hasta las gratificaciones más o menos configurables como sobornos o comisiones forman lo que el propio autor considera una relación de horrores.

En el derecho israelí, de difícil encuadre y sobre el que informa ZELTNER, de Tel-Aviv, no aparece una Parte General o Título Preliminar de las normas civiles comparable a las continentales europeas. No obstante en las diversas compilaciones legales relativas a contratos, procedimientos, propiedad y aún en determinadas zonas de derecho público se nota la influencia de la «Mejelle» otomana, no rechazada expresamente, y cuyos primeros cien artículos podían considerarse una singular y curiosa parte general o conjunto de disposiciones fundamentales. Por ello en la jurisprudencia, ciertamente citada con profusión, es evidente una tendencia a aceptar el cocepto de abuso de derecho, si bien como uno de los elementos básicos del principio de buena fe.

La cultura jurídica argentina posec un nivel no sólo «europeo», sino de singular categoría. SPOTA, uno de sus más conspicuos representantes, desarrolla la ponencia en la legislación que denomina «latinoamericana». El panorama es extenso, por lo que no se le posibilitan excesivas consideraciones doctrinales, aunque sí exhibir la profunda influencia que en él ejercen las dogmáticas francesa e italiana. Clasifica las legislaciones estudiadas en el grupo de las que admiten expresamente el abuso, Argentina, Brasil, Perú, Venezuela y Bolivia, y el de las que lo aceptan implícitamente; después de destacar los criterios restrictivos de Costa Rica y Puerto Rico, concluye con un especial análisis de la singular postura mejicana Su resumen: «las legislaciones latinoamericanas han aceptado el principio del abuso de derecho consagrado por todos los Códigos del mundo civilizado.»

Desde el enciclopedismo está comprobado notoriamente que Iberoamérica constituye una fácil zona recepticia de toda clase de innovaciones filosóficas, políticas y jurídicas, mitificándose rápidamente como auríferas novedades que, en ocasiones, resultan sólo plantas estacionales. PASCAL ya observaba que «le monde se paic des paroles et peu aprofondissent les choses». Acaso por las ansias de disponer de normativas «au dernier cri», aquella amplia zona geográfica continúa constituyendo un mar congelado en plena tempestad. Parece como si el desorden fuera la institución permanente. Tal vez con un exceso de legislación quiera suplirse la obra

difícil y lenta del tiempo que se vertebra en tradición y medida adecuada. Acaso en este constante laboratorio de ensayos de novedades importadas sean más procedentes capitanes de larga vida e íntegra humanidad que normas abstractas oropeladas con vocabularios e instituciones, sino vacuos, escasamente experimentados. Es el dilema entre el buen rey y la buena ley.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

REVISTAS

2000

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DERECHO CIVIL

Julio-septiembre de 1980

Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses, por José A. Doral y Marina Martínez Pardo, págs. 523 a 569.

El sistema matrimonial según la Constitución y los acuerdos de la Santa Sede, por Manuel Peña Bernaldo de Quirós, págs. 571 a 583.

El alcance protector de las acciones edilicias, por Antonio Morales Moreno, págs. 585 a 686.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 112, julio-septiembre 1980

Estructura de la población agraria mundial, por José Javier Rodríguez Alcaide, págs. 9 a 20.

El desarrollo agrícola, por Marcel Cazalis, págs. 21 a 38.

Repercusiones de la crisis energética en el sector agrícola, por J. P. Hrabouzky, págs. 39 a 56.

Las Cámaras Agrarias, por Antonio Julve Benedicto, págs. 57 a 99.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 206, abril-junio 1980

La ordenación del territorio y el nuevo marco institucional, por

Ramón Martín Mateo, págs. 209 a 220.

Presupuestos y modalidades de ejecución de la actividad urbanizadora, por José A. López Pellicer, páginas 221 a 256.

La desviación de poder en la Administración Local, por Jaime Sánchez Isac, págs. 257 a 276.

Las Asociaciones Sindicales de Funcionarios en la Administración Local, por Angel Sánchez Blanco, páginas 277 a 310.

Núm. 207, julio septiembre 1980

Administración Local y medio ambiente. Funciones, medios y problemas, por Juan Miguel de la Cuétara Martínez, págs. 409 a 454.

«Status» histórico, actual y futuro de los Secretarios de Administración Local, por Juan Luis de Simón Tobalina, págs. 455 a 486.

Sobre la naturaleza de bandos como disposiciones de carácter general, por José Ramón Rodríguez Sabugo Fernández, págs. 487 a 503.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO

Núm. 149, septiembre-octubre 1980

Notas sobre la interpretación jurídica de la renta, por Leopoldo Stampa, págs. 1121 a 1158.

Análisis de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 44/1978 del Impuesto sobre la Renta de las

- Personas Físicas. Su inconstitucionalidad*, por Francisco Martín Sesma, págs. 1159 a 1252.
- Tributación de las personas físicas y jurídicas no residentes en España por los rendimientos derivados de las actividades de transportes y seguros*, por Paloma Sánchez Muñoz, págs. 1253 a 1274.
- Notas relativas a la aplicación del Impuesto sobre incremento del valor de los terrenos a las personas jurídicas*, por J. Turpín Vargas, págs. 1275 a 1292.
- Reforma de la gestión fiscal*, por Alejandro Arráez, págs. 1293 a 1308.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 433-434, octubre-noviembre de 1980

Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar (conclusión), por Jaime Vidal Martínez, págs. 1162 a 1188.

Núm. 435, diciembre de 1980

Solidaridad y Derecho penal (Una lectura de Durkheim), por Javier de Lucas Martín, págs. 1370 a 1382.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Abril 1980

- La protección de los niños difíciles y anormales en España (Consideraciones criminológicas)*, por Antonio Beristáin, págs. 337 a 356.
- El proceso sumario de nulidad matrimonial*, por Antonio Pérez Ramos, págs. 357 a 387.
- La propiedad agraria en el Derecho indiano*, por José Luis de los Mozos, págs. 379 a 403.

Mayo 1980

- Introducción al Derecho existencial*, por José María Oliveira Aldamiz, páginas 453 a 494.
- Derecho público y Derecho privado*, por Matteo Marrone, págs. 495 a 501.

Junio 1980

- El sistema de penas en el Proyecto de Código Penal de 1980*, por Francisco Bueno Arus, págs. 555 a 586.
- Consideraciones sobre la embriaguez*, por José María Lorenzo Salgado, páginas 587 a 618.

Julio 1980

- Los delitos de abusos deshonestos en la doctrina del Tribunal Supremo*, por Concha Carmona Salgado, págs. 5 a 44.
- La formación del jurista*, por Carlos Oñecha Santamaría, págs. 45 a 55.

Agosto 1980

- El ejercicio antisocial del Derecho*, por Jaime Lluís y Navas, páginas 115 a 160.

Septiembre 1980

- Renuncia y repudiación de la herencia*, por Carlos Rogel Vide, páginas 221 a 261.
- Notas sobre el enriquecimiento sin causa*, por Luis Moisset de Españés, págs. 263 a 285.

Octubre 1980

- Renuncia y repudiación de la herencia (Conclusión)*, por Carlos Rogel Vide, págs. 323 a 354.
- El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (Algunas consideraciones sobre la parte general)*, por Enrique Ruiz Vadillo, páginas 355 a 383.

Noviembre 1980

La igualdad jurídica de la mujer en España (1975-1980), por José María Morenilla Rodríguez, páginas 443 a 458.

El Poder jurisdiccional frente a los valores jurídicos de seguridad y justicia, por Delia Martínez Ferrerira Rubio, págs. 459 a 498.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Núm. 108, abril-junio 1980

Formas jurídicas de la empresa social, por Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, Luis Rojas Montes y la colaboración de Juan Romero-Girón, págs. 7 a 125.

Línea evolutiva de la actividad notarial, por Angel Martínez Sarrion, págs. 127 a 150.

El artículo segundo del Decreto-ley promulgador del texto del Título Preliminar del Código Civil y su relación con los derechos forales, por Javier Nagore Yarnoz, páginas 151 a 184.

La función notarial y la constitución de las Cooperativas (A propósito del Proyecto de 1980), por Antonio Rodríguez Adrados, páginas 185 a 215.

La seguridad jurídica de los negocios dispositivos de bienes inmuebles, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 217 a 239.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Octubre 1980

Concepto de obligación, por José Luis de los Mozos, págs. 979 a 995.

Licitud del convenio concursal prejudicial (comúnmente denominado amistoso extrajudicial), por Eduardo Montull Lavilla, páginas 996 a 1021.

Necesidad de fomentar el interés del sector público y del sector privado en el Derecho monetario, por E. Hirschberg, págs. 1022 a 1024.

Noviembre 1980

El artículo 869 del Código Civil, por Manuel Albaladejo, págs. 1075 a 1100.

La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública, y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado, por Silvia Díaz Alabart, páginas 1101 a 1123.

Religión y política en el Estado romano, por Juan Salcedo Menor, páginas 1124 a 1131.

Diciembre 1980

Nemo auditur propiam tupiditinem allegans, por Miguel Cerdá Olmedo, págs. 1187 a 1208.

El matrimonio civil en inminente peligro de muerte en el Código Civil y en el proyecto de reforma, por José Manuel González Porras, páginas 1209 a 1237.

Enero 1981

Aparición histórica y evolución jurídica de los privilegios del crédito salarial, por Manuel Pérez Pérez, págs. 3 a 34.

En torno a la simulación del matrimonio civil, por Salvador Carrión, páginas 35 a 64.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Núm. 4, año 1980

Legitimación y amparo constitucional, por José Almagro Nosete, páginas 615 a 648.

Las cuestiones prejudiciales en el

- proceso penal de propiedad industrial*, por Francisco Fuentes Car-
si, págs. 649 a 677.
- El procedimiento contra reos au-
sentes, hoy, 1980*, por E. Jiménez
Asenjo, págs. 679 a 694.
- Las diligencias para mejor proveer
en el proceso laboral*, por José de
los Santos Martín Ostos, pági-
nas 695 a 722.
- El juicio de incapacitación de las
personas físicas*, por Alfonso Pé-
rez Gordo, págs. 723 a 766.
- La prueba de confesión judicial en
el proceso laboral*, por Federico
Sanz Tomé, págs. 767 a 802.
- El Derecho judicial como fuente de
Derecho intraestatal*, por Heinrich
Wilhelm Krusc, págs. 803 a 818.
- REVISTA DE DERECHO
URBANISTICO**
- Julio-agosto-septiembre 1980
- Competencia de las regiones en ma-
teria urbanística*, por Aurelio
Guaita, págs. 11 a 26.
- Apuntes sobre los problemas de la
edificación en suelo no urbaniza-
ble*, por José Martín-Crespo Díaz,
páginas 27 a 47.
- Un urbanismo negativo (tres erro-
res)*, por José L. González Beren-
guer y Urrutia, págs. 49 a 53.