

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVI • Septiembre-Octubre 1980 • Núm. 540

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:

«Desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil», por RAFAEL FLORES MICHEO	1037
«Naturaleza de la función registral», por JESÚS LÓPEZ MEDEL	1079

JURISPRUDENCIA:

I. Jurisprudencia comentada:

«Sobre la posibilidad de revisar en juicio declarativo ordinario los pronunciamientos de un laudo dictado en arbitraje de equi- dad», por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ	1127
--	------

II. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETE- RO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	1165
--	------

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA...	1209
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GON- ZÁLEZ SALINAS	1245

III. Resoluciones del Tribunal Económico-administrativo Central, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1267
--	------

LIBROS:

«Regime condominiale ed esigenze abitative», de MASSIMO BASILE, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	1305
«IX Congreso y Coloquio Europeo de Derecho Rural. Ordenación del territorio. Conservación de la Naturaleza. Propiedad y Empresa agraria», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1310
«La sucesión contractual aragonesa», de ANGEL CRISTÓBAL MONTES, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1314

REVISTAS:

I. Revistas comentadas	1319
II Noticia de Revistas	1323

ESTUDIOS

Desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil

SUMARIO: I. Introducción.—II. El dinero.—III. Deudas pecuniarias.—IV. El principio nominalista.—V. La desvalorización monetaria.—VI. Repercusiones jurídicas.—VII. Las deudas de valor.—VIII. Conclusión.

INTRODUCCION

a) Para estudiar las consecuencias jurídicas de la depreciación de la moneda es indispensable una idea clara, aunque elemental, del hecho económico de la desvalorización del dinero, y el darla pertenece al contenido del tema, porque economía y Derecho entroncan en la suprema realidad del hombre, para el que nacen y para el que existen; porque recuerdo la invitación de ALFRED MARSHALL a una estrecha colaboración de economistas y juristas, y porque parece recogerla el programa cuando pudiendo redactar el tema así: «Repercusiones jurídicas de la depreciación», con lo que el último lugar sería de ésta, lo presenta al revés: «La depreciación y sus repercusiones jurídicas», manera de expresarse a la que es lícito atribuir una cierta intención y un cierto significado.

b) La primera víctima de la depreciación es esa creación jurídica que es el dinero (cap. I); cuando éste enferma, enferman a su vez las deudas pecuniarias (cap. II) que lo tienen por objeto, y a duras penas soportan el principio nominalista (cap. III) que, por lo general, se aplica al pago o extinción de las mismas; pero lo pone en crisis el hecho económico de la desvalorización (cap. IV) contra el que reacciona el Derecho con remedios legislativos, contractuales, judiciales y técnicos (cap. V), el más relevante de los últimos la creación del concepto de las deudas de valor estricto como límite natural del principio nominalista (cap. VI), y siendo, en definitiva, inútil todo tratamiento jurídico de las

consecuencias de la depreciación si no se ataca a las raíces económicas de la depreciación misma (cap. VII).

Esta es, en sustancia, la línea expositiva que vamos a dar al tema.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DINERO

I. *Previa indicación terminológica*

Las expresiones «dinero» y «moneda» se usan como equivalentes no sólo en el lenguaje vulgar, sino en el técnico, pero en este último a la vez, por exigencias de mayor precisión, se da a la voz dinero una significación general y amplia que abarca todos los medios de pago que sirven a la circulación de los bienes, y a la voz moneda, un concepto más restringido que, si no se limita a las piezas metálicas acuñadas, tampoco llega más allá de lo que se entiende por moneda papel.

Como la moneda fue históricamente la primera realidad en torno a la cual se forjaron las teorías jurídicas y económicas del dinero, me referiré a ella en primer lugar, pero en conjunto se utilizarán indistintamente ambas expresiones, ya que el empleo de la una o de la otra bastará para dar idea de si se utilizan como equivalentes, o como género (dinero), o como especie (moneda), en ciertos casos.

II. *Naturaleza misteriosa del dinero*

Hace más de un siglo que FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY destacó «la naturaleza casi misteriosa de la moneda que la hace distinta de otras cosas», noción que aparece también en el moderno pensamiento anglo-norteamericano; pero, misterio o no, es una realidad que invade todos los ámbitos de la vida del hombre moderno y, desde luego, el instrumento más importantes de las transacciones jurídicas desde que el hombre superó la economía del trueque.

III. *Diversas acepciones de la expresión «valor del dinero»*

a) Valor nominal, facial, cartal, extrínseco o impuesto: es el que la ley atribuye a distintas especies monetarias y estampa en ellas.

b) Valor intrínseco o metálico, *bónitas intrínseca*, como dijeron los glosadores: es el del metal de las distintas especies.

c) Valor de cambio: es el poder adquisitivo del dinero con relación a las mercancías (valor de cambio interno) o a las monedas extranjeras (valor de cambio externo).

Aunque hay otras varias acepciones, estas tres son las que interesan, porque, como se verá, el dinero nace por su valor intrínseco, se desentendiendo luego de él para cargar el acento en el valor nominal, y es el valor en cambio el que, en definitiva, decide en todo tiempo.

IV. *Teoría metalista*

En principio, la moneda no es más que un determinado peso de un metal de escasa oscilación de valor que, por su aceptación general, puede servir de denominador común de los valores, y un eco de esto queda en algunas de las denominaciones actuales (la libra, el peso, etc.).

El sello o cuño certifica la autenticidad, esto es, la procedencia de quien soberanamente puede emitirla, y la sanidad, o sea, que contiene el peso de metal precioso que indica.

Como dice NUSSBAUM, el siglo XIX, feliz y confiado, había llegado en términos generales a esta simple y sencilla solución monetaria. En los países que iban a la cabeza del tráfico comercial, las monedas de oro y plata circulaban libremente, y resultó entonces natural que la teoría metalista definiera a la moneda como una determinada cantidad de metal precioso acuñada y garantizada.

V. *Teoría estatal*

Pero la realidad demostró que, en definitiva, el dinero se aceptaba no tanto en consideración a su materia como por un acto de autoridad del Estado, que le asignaba un múltiplo o submúltiplo de una unidad ideal de valor, y así surgió la teoría estatal que sostiene que es aquella cosa que el Estado califica así.

La respuesta es nuevamente demasiado sencilla. Jurídicamente se basa, en gran parte, en el hecho de que es el Estado el que reviste a la moneda de curso legal, es decir, de aceptación obligatoria para cancelar créditos y deudas, pero hay pruebas más que suficientes de que en numerosos países, si no en todos, circularon, sin tener curso legal, monedas que no por ello dejaban de serlo, las que se conocen con el nombre de «moneda de urgencia».

VI. *Teoría dualista*

Brota del conocimiento del hecho anterior y pretende sostener que hay un dinero económico (todo lo que se entrega y acepta como denominador común de los valores, aunque no tenga curso legal) y un dinero jurídico (lo que, mediante el curso legal, el Estado declara medio de pago jurídicamente reconocido para las deudas de valor).

VII. *Teoría unitaria*

Frente a lo anterior, los autores más prestigiosos sostienen que el dinero es siempre una creación del Ordenamiento jurídico, y su contenido se determina siempre por normas jurídicas; sólo son dinero aquellas cosas que la ley y la costumbre reconocen como tales, aun cuando no desempeñen las funciones económicas propias del dinero y aun cuando otras cosas sí las desempeñen. A la economía solo corresponde decir cuáles son las funciones económicas de la moneda o dinero.

Esta teoría tiene tres variantes:

a) Teoría del curso forzoso.—Sólo son dinero aquellas cosas que forzosamente tiene que aceptar en pago el acreedor a quien se debe el valor de un objeto (TUHR).

b) Teoría de la cartalidad.—La característica de la moneda o dinero está en su cartalidad, entendiéndose por tal la independencia creada por el Ordenamiento jurídico de su valor con respecto a la materia de las piezas (KNAPP).

c) Teoría de la unidad ideal.—La especialidad del dinero consiste en que no se determina por unidades corpóreas, sino que se da y recibe atendiendo solamente a su relación con una determinada unidad ideal de valor (peseta, marco, franco), es decir, como un equivalente múltiplo o submúltiplo de esta unidad.

NUSSBAUM, en su última obra (Buenos Aires, 1957), literalmente dice:

«¿En qué difiere la moneda de las otras cosas fungibles? Es evidente que se diferencia de otras cosas fungibles, como el trigo, el carbón, y el modelo de Ford T, en el hecho de que la materia de que está compuesta carece jurídicamente de importancia. La moneda podrá ser una pieza de oro, de plata, de cobre o un billete de papel o cualquier otra cosa. Sólo la relación de la cosa-moneda con una determinada unidad ideal (dólar, libra, franco, etc.) tiene significación, siempre que sea considerada y tratada como moneda y no como una simple pieza de metal o un pedazo de papel. La moneda (el objeto físico concreto) es, por consiguiente, una cosa que, independientemente de la materia de que está compuesta, es dada y recibida por el uso corriente como una fracción equivalente o múltiplo de una unidad ideal.»

Esta última teoría de la «unidad ideal» es la que se acepta.

VIII. *Funciones del dinero*

Hay una primaria, que se especifica en tres, y una secundaria.

Las tres fundamentales son: 1.º Servir de instrumento o medio común de los cambios. 2.º Ser el denominador común de los valores; y 3.º Ser el patrón de los pagos diferidos o aplazados.

Pero desde que existe una teoría sobre la moneda se ha reconocido, además, que ésta puede tener una función secundaria, a saber: ser com-

prada o cambiada, en cuyo caso, empleando el lenguaje de Santo Tomás, la moneda, de instrumento de medida (*mensura*, dice el Santo), pasa a ser objeto de medida (*mensuratum*); es decir, la atención económica y jurídica se centra sobre su valor intrínseco o de cambio, con olvido del valor nominal.

Tal ocurre de hecho en las alteraciones monetarias, situaciones especiales en que la moneda es tratada como mercancía, aunque en tesis general debe rechazarse la teoría de la «moneda mercancía».

IX. *La moneda-papel o papel moneda*

Cuando el Estado crea el papel moneda da la razón conjunta a tres teorías: la estatal del dinero, pues lo crea e impone su curso por un acto de autoridad; la de la cartalidad, pues le da un valor absolutamente independiente de la materia del billete, y de la unidad ideal, pues cifra su valor con relación a la unidad fundamental del sistema monetario.

Esto significa que todas las teorías que hemos expuesto encierran una parte de verdad y no se contradicen, pues califican la realidad desde distintos puntos de vista.

El papel moneda, que carece de valor intrínseco, puede ser convertible o inconvertible a metálico. En el primer caso los billetes decían: «El Banco tal pagará al portador cien unidades metálicas.»

En el segundo caso, la tendencia general del Derecho económico es que los billetes digan simplemente «tantas unidades de curso legal».

Algo falta en esta expresión: de curso legal, porque son de aceptación obligatoria para la extinción de los créditos y de las deudas; pero además de curso forzoso, porque son inconvertibles. Con lo que queda explicada la diferencia entre estas dos expresiones técnicas.

Apunta NUSSBAUM que, «a pesar de la cantidad sideral de tenedores de billetes que hay en todas partes, raramente han surgido disputas acerca de sus derechos».

X. *La creación de un sistema monetario*

Cuando se establece un sistema monetario, a la llamada «unidad ideal» se le da, aunque sólo sea por acto del Estado, si no es metálica, el valor de una determinada cantidad de oro fino y, según en el mercado del oro esta cantidad compre tanto o cuanto, así el valor adquisitivo de la unidad del sistema.

La creación de piezas monetarias o de papel que representen la unidad, múltiplos o submúltiplos de la misma, se acomoda a la estructura de los mercados y es tarea menor, aunque no exenta de importancia: sin «moneda divisionaria o fiduciaria», de curso legal o absoluto, no se podría vivir, por ejemplo.

Pero lo más importante es determinar la suma total de unidades ideales que deben salir al mercado según el volumen medio de bienes y transacciones en las que han de actuar como medios de pago.

Entre medios de pago, de una parte, y volumen de las transacciones, de otra, hay una proporción ideal y óptima que si se rompe produce las

XI. *Alteraciones de un sistema monetario*

VAZ SERRA las divide en internas o propias y externas o impropias.

a) Las internas son: la depreciación y la devaluación.

NUSSBAUM aclara que no son dos cosas iguales, aunque de hecho se usan como expresiones de idéntico contenido.

Depreciación es la pérdida económica del valor del signo monetario a causa de una inflación en los medios de pago circulantes.

Desvalorización o devaluación es el acto jurídico del legislador por el que, oficial y solemnemente, reduce el valor metálico de la unidad ideal, casi siempre para acomodarlo a su valor adquisitivo.

Hay también devaluaciones tácitas en las que no puedo entrar si quiero salir, alguna vez, de este continente inacabable que es el tema.

b) El sistema monetario se altera por causas externas cuando se le cambia por otro nuevo, lo que va siempre acompañado de una llamada ley de reducción, que establece la proporción de valor entre la unidad básica antigua y la nueva y da las líneas generales de cómo convertir las deudas de dinero de antes en deudas de dinero de ahora.

XII. *El dinero y el patrimonio*

Terminaremos esta sección recordando que, según SAVIGNY, el dinero es «el elemento necesario para la construcción de un concepto abstracto del patrimonio; representa el valor de todos sus elementos, y da al propietario un poder patrimonial general independiente de todas sus necesidades individuales. Así resulta del reconocimiento general del valor del dinero derivado, a su vez, de la convicción que normalmente tiene el que lo adquiere de que podrá entregarlo a los otros con el mismo valor».

CAPÍTULO II

DEUDAS PECUNIARIAS

I. *Concepto amplio*

En un sentido muy general suelen comprenderse bajo esta denominación obligaciones de diferente naturaleza jurídica que conviene delimitar con exactitud, pues de otro modo se desdibujan las ideas y los términos que las expresan.

Para clasificarlas recordaremos que las piezas metálicas o el papel adquieren la significación de dinero cuando se dan o se reciben como representación de una unidad de valor ideal, y con independencia de sus cualidades corpóreas e individuales que pasan a un plano completamente secundario.

Pues bien, si la moneda entra en la obligación por sus cualidades corpóreas, tenemos una deuda específica o genérica de moneda; si el objeto esencial de la obligación es el valor, tenemos una deuda pecuniaria, que puede ser de suma, si en ella el dinero cumple más función de medio de pago que de medida de valor (deuda de suma), o puede ser deuda de valor estricto, si sucede lo contrario.

II. *Clasificación*

Tenemos pues:

- a) Deuda específica de moneda.
- b) Deuda genérica de moneda.
- c) Deuda pecuniaria estricta o de suma.
- d) Deuda de valor.

III. *Deuda específica de moneda*

En ella se prometen una o varias monedas individual y concretamente determinadas. Se trata de una obligación de cosa específica de tipo ordinario que se rige por las reglas generales de las de su clase.

IV. *Deuda genérica de moneda*

El deudor se obliga en este caso a entregar una determinada cantidad de piezas de cierta clase monetaria, de tal suerte que esta clase tenga carácter esencial. Se trata de una obligación genérica delimitada que se extingue cuando se extinga la especie de moneda en cuestión.

Esta clase de deudas puede y no debe ser confundida con un tipo muy frecuente de obligaciones en las que el deudor promete entregar una suma, pero con el convenio accesorio de pagarla en una moneda de oro o plata determinada. Se trata entonces de una deuda de suma que, a través de un convenio accesorio de pago, se quiere estabilizar por las partes en cuanto a su valor inicial.

Abandonamos las deudas específica y genérica de moneda y pasamos a las deudas pecuniarias propias, en las que el valor pasa a primer plano y las cualidades corpóreas de las piezas pierden toda importancia. La deuda pecuniaria no se dirige a las prestaciones de determinadas monedas, ni siquiera a la prestación de una cierta especie monetaria, sino al valor de la cantidad debida.

El principio nominalista supone, por lo tanto, que las obligaciones pecuniarias responden siempre de la misma suma numérica expresada en el contrato, y que el deudor no está obligado a entregar más que aquella suma en la especie en curso al tiempo del pago.

III. *Fundamentos del principio nominalista*

a) La rapidez de circulación del dinero, que no podría alcanzarse de otro modo.

b) El tráfico normal sería imposible si cada oscilación de la moneda hiciera necesario un nuevo cálculo de las deudas pecuniarias para reducirlas o elevarlas, según que hubiera aumentado o descendido el poder de compra del dinero.

c) Si este cálculo se encomendase a los jueces, el pueblo tendría que soportar diez mil legisladores desprovistos de material instructorio y de formación económica adecuada, por lo que producirían cien mil criterios.

LEHMANN, con razón, se pregunta: «¿Dónde iríamos a parar con un sistema monetario en que a cada momentouviésemos que recurrir al *Boletín de Cotizaciones* para saber cuál era la cantidad de moneda que hace falta para extinguir una obligación de pago?»

Puede, en resumen, afirmarse que en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia del mundo entero está hoy generalmente aceptado el principio nominalista.

Pero puede afirmarse, también, que las mismas legislación, doctrina y jurisprudencia comienzan a rectificar las exageraciones de su importancia y a encontrar que tiene límites internos o naturales.

IV. *Límites del principio nominalista*

Actualmente, a la vista de estudios tan sobresalientes y autorizados, a la par que penetrantes, como los de KEYNES, TRASBOT, CARNELUTTI y NICOLÒ, y más específicamente los de D'ANTONIO, MOSCO, FERRARI y DUDEN, se observa la tendencia a restringir la rigurosidad del principio nominalista y a acercar la disciplina primera de las relaciones patrimoniales a la realidad económica.

a) El valor nominal no es un verdadero valor. Al menos en el sentido que las ciencias económicas y jurídicas dan a esta expresión.

Para Mosco, el valor nominal nace por una exigencia fundamental del comercio, y que se puede decir que sea esta misma exigencia la que determina la creación del dinero. En cuanto el dinero sirve de intermediario en los cambios entre bienes variadísimos, el valor nominal supone

el criterio mejor y más simple para realizarlos, pero no un juicio comparativo de utilidad, por lo que le falta la esencia del valor.

b) El principio nominalista está pensado para una época de normalidad financiera (BONET CORREA), por lo que cede en caso de una extraordinaria desvalorización de la moneda (GARRIGUES).

c) El principio nominalista tiene una naturaleza derogable y no es de orden público (Mosco).

d) Para ASCARELLI, las investigaciones de estos últimos años, además de precisar su alcance, han esclarecido la diferencia entre el principio nominalista y aquel otro más amplio con el que a veces fue confundido y que postula que las variaciones del poder adquisitivo son, por regla general, jurídicamente irrelevantes (*Estudio jurídico sobre la moneda*, Milán, 1952).

e) No se aplica a las deudas de valor estricto por impedirlo la propia naturaleza de tales relaciones obligatorias (VAZ SERRA).

V. *El nominalismo en España*



La aceptación del principio nominalista por nuestro Ordenamiento positivo tuvo como vehículo fundamentalmente el Código de Napoleón, que a su vez recogió la doctrina tradicional europea, cuyo antecedente inmediato estaba, según ASCARELLI, en la formulación que en Francia se había desarrollado en los siglos XVI y XVII.

El criterio nominalista, aunque se pretende encarnar en los artículos 1.170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, más que una consecuencia irremediable de ellos, está en todos los principios de nuestro Derecho positivo.

Lo prudente parece no considerarlo como un principio de orden público inderogable, ni tampoco como una norma que se pueda abandonar alegremente y sin mucha cautela, so pena de gravísimos peligros.

BONET CORREA pide que se le analice para comprobar «hasta qué límite se extiende, cuál es la función que cumple, cuándo se vulnera y cuándo no».

ALVAREZ DE SOTOMAYOR dice que el incipiente principio nominalista del artículo 1.170 se ha querido elevar a disposición de orden público, cuando no tiene la validez absoluta que se pretende y de él no puede inferirse sea, ni por analogía de ley ni por analogía de Derecho, el imperativo de un principio nominalista absoluto.

Refiriéndose al préstamo mutuo, causa la más frecuente de las obligaciones dinerarias, hace notar que los artículos 1.740 y 1.753 del Código Civil sólo obligan a devolver «otro tanto de la misma especie y calidad»,

sin que sea posible extraer de aquí un principio nominalista, máxime teniendo en cuenta que tales preceptos son de derecho dispositivo.

Por último, advierte que en Italia han abierto brecha en el principio a pesar de la mayor dificultad del artículo 1.277 del Código vigente, que determina que «los débitos pecuniarios se extinguen con moneda que tenga curso legal en el Estado en el momento del pago y por su valor nominal», y que nosotros tenemos que abrirla asimismo en España.

VAZ SERRA apunta que la jurisprudencia italiana se ha servido del artículo 1.281, que declara aplicable el 1.277 «en cuanto no contraríe las normas derivadas de las leyes especiales», para excluir del principio nominalista las deudas de valor.

VI. *Jurisprudencia española*

El Tribunal Supremo se mantiene fiel al principio nominalista (sentencia de 27 de octubre de 1868, 29 de octubre de 1895, 23 de abril de 1929, 2 de marzo de 1942, 23 de noviembre de 1946, 22 de marzo de 1947, 25 de enero de 1948 y 9 de enero de 1950, entre otras), pero en ningún caso excluye que «ceda en épocas anormales y trances graves», como se dice en la sentencia de 4 de julio de 1944.

Ya antes, la de 18 de marzo de 1929 había declarado que en buenos principios de moral y estricta justicia no puede reputarse legalmente cumplido un contrato cuando la cantidad de que se trate deba pagarse en moneda o signo representativo de ella que, por su depreciación, carece en absoluto de valor.

CAPÍTULO IV

LA DESVALORIZACION MONETARIA

I. *Recuerdo de los capítulos anteriores*

Acabamos de exponer un conjunto de mecanismos de alto valor técnico y de cultura integrantes de un sistema coherente, lógico y bien construido a la vez, y probado por la experiencia.

Salvo dificultades transitorias, además, pequeñas siempre frente a la magnitud y solidez del conjunto, que las asimilaba en definitiva, toda la máquina del dinero y del crédito servía eficaz y humildemente a nuestra economía capitalista; pero casi de cien años a esta parte la máquina dineraria parece rebelarse contra el hombre y

II. *Surge la inflación*

La pequeña nube de las alteraciones del dinero acaba por cubrir casi todo el horizonte mundial y por hacerse casi permanente.

El dinero termina por no ser estable más que en depreciarse, y el profesor IRVIG FISHER escribe un libro muy americano y muy interesante sobre *La ilusión de una moneda estable*, idea que sobrepasa la de KLEIN-WACHTER sobre «la depreciación secular», porque el dinero hoy se encanija a veces en un día o en unas horas, y el *Financial Times*, hace poco, ha publicado una desoladora lista de la vida media de las monedas, en la que ninguna necesita el tiempo de vida media del hombre para reducir su valor adquisitivo casi en la totalidad.

III. *Reconocimiento de la inflación*

Hubo un tiempo en que, como daba vergüenza confesar la tuberculosis, daba también vergüenza publicar la depreciación monetaria; pero hoy día de la inflación se habla en las leyes, en las sentencias y en los periódicos.

Ocuparía tanto como el tema íntegro exponer ordenadamente la serie de disposiciones que en sus preámbulos y en sus textos reconocen pura y simplemente la realidad.

En cuanto a sentencias, la de 15 de diciembre de 1950 admitía que en los doce años anteriores a su fecha se había producido «una manifiesta depreciación en el valor del dinero». No podía prever, como es lógico, el saldo que se iba a dar hasta 1957 y está recogido en sentencias posteriores.

La inflación es, además, algo que sentimos de manera directa sobre nuestras espaldas; pero esta amarga experiencia gana si se la intenta explicar de modo técnico y gana, además, el tema porque no se tendrá una idea clara de las consecuencias jurídicas de la depreciación de la moneda si no se tiene una idea clara de este hecho en sí.

NUSSBAUM asegura que alguna información sobre la inflación es necesaria para conocer mejor ciertos conceptos jurídicos o específicamente legislativos que se vinculan al proceso inflacionista (*Derecho monetario nacional e internacional*, Buenos Aires, 1954).

Aficionado, desde hace años, a seguir el consejo de MARSHALL, voy a intentar dos esquemas sobre la naturaleza de la inflación y sobre sus causas.

IV. *Concepto de la inflación*

La inflación puede ser descrita, en términos amplios, como una abundancia general de dinero en circulación, que tiene como efecto un continuo y gran aumento de los precios. La expresión, si bien de raíz latina, es de origen inglés y recibió su significado monetario actual en los Estados Unidos después de la guerra civil. Desde entonces se ha difundido por todo el mundo.

V. *Teoría estática de la inflación*

a) De la división del trabajo a la circulación de los bienes y de ésta al dinero como medio de realizarla.

La razón y la experiencia enseñan que, en vez de que cada uno produzca de todo, es mejor que cada uno se especialice en un punto concreto de la producción, el que más cuadre a sus aptitudes y circunstancias, y así surge lo que se llama la división del trabajo.

Si cada persona produjese todo lo que necesita, podría constituir una economía individual cerrada, esto es, sin relación con las demás; pero cuando por la división del trabajo fabrica, por ejemplo, bastantes más zapatos de los que exige su necesidad de calzado, pero con los que no puede llenar sus muchas otras y diversas necesidades, se ve impulsado a cambiar el excedente de su producción especializada por variadísimas porciones de los excedentes que tienen otros especialistas dedicados a satisfacer las necesidades de transporte, habitación, alimentación y vestido.

Surge así la circulación de los bienes, en principio, por el cauce natural y primitivo de la permuta, y luego por el expediente, más civilizado, de una mercancía que sirva de intermediario general en los cambios, por ser un denominador común de todos los valores, es decir, el dinero.

El dinero, en principio, eran piezas de un determinado peso de metal precioso (para que en poco volumen encerrasen mucho valor) y de general aceptación (para que pudieran servir de instrumento general de cambio); pero más tarde el valor de las piezas dinerarias se independiza del valor de la materia de que están hechas y resulta de un acto de autoridad del Estado, que obliga a admitirlas en pago. Nace entonces la posibilidad y la realidad del papel moneda.

En una tercera etapa, para dar más velocidad a la circulación, se inventa, en vez del cobro y el pago físico, el cobro y el pago contable, y la compensación contable entre recíprocos acreedores y deudores.

Por último, de la tradicional representación de un producto ya obtenido, por su valor expresado en dinero, se pasa a crear el dinero, representativo del valor del producto futuro, que es el dinero crédito.

Este conjunto de dinero metálico, papel moneda, dinero contable y dinero crédito o saldos de los depósitos en cuentas corrientes y cajas de ahorro, se denomina conjunto de los medios de pago de una economía dada o «disponibilidades».

b) Sentido instrumental y subordinado de los medios de pago.

Fácilmente se comprende que los medios de pago tienen una razón de ser subordinada e instrumental con respecto a los bienes y servicios reales. Nacen para que éstos, circulando más y mejor, aumenten la virtualidad que tienen de satisfacer las necesidades humanas, de donde se sigue que los medios de pago no tienen razón de ser sino en cuanto sirven a su fin y que su cuantía está rigurosamente limitada por esta finalidad instrumental que tienen: no pueden o no deben exceder de lo que exija el volumen de bienes reales, de los que son puros criados y representantes.

c) Diferencia entre producir y crear.

Ahora bien, los bienes y servicios se *producen*, mientras que los medios de pago se *crean*, y en la profunda diferencia de estos dos verbos está la razón del desequilibrio y de la tragedia.

Producir es sacar algo de una realidad preexistente que, al ser como es y no como quisiéramos nosotros, pone un límite a nuestra voluntad y no digamos a nuestro delirio de grandezas.

La nación puede tener voluntad de producir una gran cantidad de bienes y servicios, pero este proyecto se condiciona por una realidad antecedente que es peligrosísimo olvidar (calidad del suelo cultivable, clima, lluvias, etc.), el capital básico (instalaciones, maquinaria, fábricas de abono, etc.), el factor hombre (abundancia o escasez de brazos, etc.); y de este modo la realidad, con su ley conocida del factor mínimo, limita inexorablemente la producción.

Pero los medios de pago no se producen, no se sacan de algo preexistente que, si no los contiene en potencia, no los dará; se crean, esto es, según significa el verbo, se sacan de la nada, pues basta un acto de voluntad del Estado para que de la nada, de un trozo de papel que en sí no vale un céntimo, se saque un billete de 1.000 pesetas con curso legal y forzoso.

d) El peligro que nace de ella.

Y aquí está el gran peligro. Como de potencia absoluta la voluntad del Estado no encuentra límite en la creación indefinida de medios de pago, mientras la producción está siempre limitada por la realidad, por motivos diferentísimos, imposibles de enumerar ahora, se crean muchos más medios de pago de los que, según la ecuación inicial, corresponden

a los bienes y servicios producidos, se aumenta progresivamente esta diferencia en favor de los primeros; los medios de pago, instrumento al servicio de los bienes, se revelan contra sus señores y se produce la inflación, que no es, según comenzamos, sino un gran exceso de disponibilidad frente a los bienes y servicios reales.

e) La ecuación de equilibrio entre el sector financiero de los medios de pago y el sector real de los bienes producidos.

En cualquier caso, el conjunto de disponibilidades dividido por el volumen de las transacciones (que puede ser algo más o algo menos que el volumen de los bienes y servicios producidos) da el precio medio de las mercancías, de donde se explica las insistentes apelaciones a producir más en el sector de los bienes reales, lo que si se consigue y a la vez se mantiene la creación de medios financieros en sus justos límites, no sólo al aumentar el divisor (bienes) se disminuye el cociente (precios), sino también se eleva el nivel de vida, que es más alto mientras haya más bienes y servicios utilizables.

La correlación entre las cosas y el dinero circulante, de la que el precio es el último resultado, aparece representada en la fórmula de FISHER:

$$\frac{DM \times v_1 + DC \times v_2}{VT} = PM$$

Es decir, dinero metálico multiplicado por su velocidad de circulación, más dinero crédito multiplicado por su velocidad de circulación, dividido por el volumen de las transacciones, igual a precio de las mercancías.

En la expresión «dinero metálico» se comprenden, convencionalmente en esta fórmula, el papel moneda y el dinero contable, o sea, los saldos de las cuentas corrientes de bancos y cajas de ahorro.

La frase «dinero crédito» contiene los medios de pago que se crean no como contrapartida de los bienes y servicios ya producidos, sino de los que se producirán, anticipando así, en su expresión monetaria, las rentas futuras. Esto, dentro de ciertos límites, no es sólo sano, sino uno de los grandes motores de nuestra actual economía, además de capitalista y dineraria, esencialmente crediticia.

Las dos masas reales de dinero se multiplican por sus velocidades propias de circulación para encontrar lo que se llaman las «masas virtuales», que son las que, en definitiva, pesan, pues si una peseta circula con velocidad suficiente para, en el día, servir de medio de pago en seis transacciones, pesa seis veces más de la que sólo acuda a una. En el

primer caso, la masa virtual es seis, como si hubiera seis pesetas; en el segundo, sigue habiendo siempre una simple unidad.

f) La depreciación de la moneda.

Cuando los medios de pago exceden con mucho a los que se necesitan según los bienes producidos, corresponde cada vez mayor número de pesetas a cada bien, aumentan los precios y la peseta cada vez compra menos.

La unidad monetaria pierde valor adquisitivo: estamos en la depreciación de la moneda, que no es más ni menos que la consecuencia ineludible de la inflación.

VI. *Dinámica de la inflación*

a) La fórmula de PEDERSEN.

Aclarada ya y concretada en la fórmula de FISHER la relación entre medios de pago y bienes y servicios, que determina los precios, toca intentar una idea clara de por qué se produce el desequilibrio entre el sector financiero de aquéllos y el económico de éstos.

Otro gran economista, PEDERSEN, nos dice que por un exceso de la inversión sobre el ahorro.

b) Distinción entre capital y producto.

En el estado actual de la economía hay que distinguir un conjunto básico de bienes e instalaciones que se dedican a la producción y otra cantidad de bienes y servicios que se obtienen a causa de aquéllos.

Al primero se le denomina «capital o equipo productivo»; al segundo, «producto o renta».

c) El ahorro.

El producto o renta puede consumirse íntegramente, pero puede también una parte de él sustraerse al consumo y esto es lo que se llama «ahorro».

Unas economías individuales consumirán todas sus rentas; otras, en mayor o menor parte, la detraerán del consumo, es decir, la ahorrarán. La suma de todos los ahorros particulares constituye la suma de ahorro total de la nación en un período económico determinado.

d) La inversión y su necesidad.

El capital o equipo productivo se arruina con el paso del tiempo, como todas las cosas, y exige, por lo tanto, primero, que se le restaure y, segundo, que se le conserve, cuando menos, en el nivel en que se encontraba. Pero como se necesita y se aspira a producir cada vez más, también se necesita cada vez más equipo productivo.

El empleo de bienes y servicios no en el consumo, sino en la reparación, primero; en la conservación, después, y en el aumento, por

último, del equipo de producción, es lo que, más propiamente en el caso tercero que en los otros, se llama «inversión» en sentido técnico, esto es, la dedicación a bienes de producción de aquella parte de la renta que se ahorró, es decir, se sustrajo al consumo.

e) El equilibrio entre la inversión y el ahorro.

Naturalmente, y en buenas normas, no se puede invertir sino lo que se ahorra.

En el orden singular de las economías individuales cabe que una de éstas invierta sin ahorro previo o más allá del que consiguió gracias a que, a través del banco como intermediario en la formación de capitales, **reciba a préstamo el ahorro de otros que sí ahorraron y no quieren invertir directamente**: se produce lo que se llama una verdadera «transferencia de ahorro»; pero en el conjunto de la economía nacional, y en principio, el valor de las inversiones no puede exceder del valor conjunto de los ahorros.

Hemos dicho al principio porque, dentro de ciertos límites de tolerancia, cabe invertir algo más de lo ahorrado mediante el crédito que, como decíamos, anticipa el valor monetario de los ahorros reales futuros, y precisamente de la exageración de este procedimiento es de donde nace la inflación, como vamos a ver en seguida.

f) El exceso de inversión sobre el ahorro como causa de la inflación.

a') Si consideramos el conjunto de la nación como una sola economía, mientras que el importe de las inversiones sea igual al importe de lo ahorrado no hay que aumentar los medios de pago, pues el valor monetario de los que ahorraron se presta a los que no lo hicieron y quieren invertir, y aunque éstos, como individuos, inviertan más de lo que ahorren, en el conjunto no sucede así.

Ahora bien, si en bloque se proyecta una inversión total por encima de la cifra de ahorro total, el Estado no tiene más remedio que crear signos de pago por encima de lo que corresponde a los bienes y servicios realmente producidos en aquel momento, signos que, como se dijo, anticipan monetariamente los bienes que se espera rente la inversión proyectada. Hasta que ésta no se produce hay un exceso de dinero sobre los bienes, el del dinero creado en esperanza de los bienes futuros que han de ser su contrapartida real.

Si éstos llegan, se restablece el equilibrio; pero si no llegan porque la inversión fue improductiva, o llegan en menor medida de lo que se esperó porque la inversión fue de baja productividad, o tardan mucho en llegar porque la inversión fue de productividad muy diferida, en este último caso mientras tanto, y definitivamente, en mayor o menor medida, en los dos anteriores, queda un aumento de los medios de pago que, al encontrar tarde, o en poco, o nunca su contrapartida de bienes

reales, pesan sobre los anteriores existentes y elevan los precios, pues el dividendo del dinero se ha aumentado en la esperanza de un aumento del divisor (incremento de la producción) que tarde, nunca o en poco llegará y, por lo tanto, se ha aumentado el cociente.

b') El Estado moderno, sin distinción de lugar ni de régimen, en parte porque quiere sustituir a la Providencia Divina y en parte por delirio monomaniático de grandezas, acrecienta cada día sobre el ahorro disponible un exceso de inversiones que financia con el dinero empleado en esperanza de una renta de las mismas que o no llega o llega en menos o tarda mucho. Queda, en consecuencia, ese dinero sin que su valor real llegue a la cita, y los medios de pago, sin novia, se tienen que dedicar a la conquista de los bienes reales que ya existen, encareciéndolos, puesto que a cada uno lo solicitarán mayor número de unidades monetarias.

c') He aquí cómo el exceso de la inversión sobre el ahorro produce la inflación financiera y la depreciación del signo monetario.

CAPÍTULO V

REPERCUSIONES JURIDICAS DE LA DEPRECIACION MONETARIA

I. *La destrucción de la equivalencia de las prestaciones y del sentido de las indemnizaciones*

Apenas se llega a un estado permanente, grave y, por lo general, progresivo de desvalorización monetaria, como una de sus caras es el indecible encarecimiento de los bienes y servicios reales y la otra el correlativo envilecimiento del dinero en que todos aquellos resultan directa o indirectamente expresados, se produce el agobiante resultado de que el deudor de bienes y servicios se arruina a cambio de recibir unas monedas a las que queda un modesto residuo del poder de compra que tenían cuando, en contemplación de él, fueron cifradas, y, por su parte, el deudor de dinero se ampara en el principio nominal para cumplir, con una moneda depreciada, la deuda de suma que prometió cuando la unidad ideal del sistema tenía mucho más poder adquisitivo.

El contrato entonces fracasa en su misión de derecho natural de asegurar, nunca la igualdad rigurosa, nunca la exclusión de los normales riesgos de la vida económica, pero sí la equivalencia de las prestaciones como exigencia de la misma naturaleza de las cosas, sin la que el contrato no nacería, pues si, en el drama que significa, todas las ventajas

se dieran al protagonista, el antagonista no tendría interés en salir a escena y no podría darse la representación.

Las indemnizaciones, a su vez, pierden sentido y dejan de merecer tal nombre cuando el valor que tratan de compensar, restaurar o sustituir en lo posible, cifrado en la suma que correspondía según el poder adquisitivo del dinero el día en que nació la obligación, pretende entregarse por su valor nominal en la fecha del pago y está reducido gravemente en su capacidad de compra.

II. *Reacción del Derecho*

El derecho patrimonial, cuyo fin último es la regulación justa y equitativa de las relaciones patrimoniales, si en aras de la seguridad jurídica y por excepción puede consentir lo que antecede, se niega en absoluto a tolerarlo en cuanto los casos aislados se transforman en casos generales, permanentes y de importancia.

Reacciona contra tal estado de cosas a través de procedimientos y expedientes de muy diverso contenido, pero de idéntica finalidad: restablecer el equilibrio contractual (ya dijimos que no es la rigurosa igualdad ni la exclusión del riesgo) o conseguir que la palabra indemnización no pierda su verdadero y propio significado.

Unas veces reacciona la ley; otras, la previsión de los contratantes; otras, los jueces (que dicen que el derecho sirve a la justicia y no al contrario, y a la vez no olvidan que esta verdad evidente está preñada de peligros), y otras, los mismos técnicos.

III. *Reacción legislativa*

1. Principios generales: El legislador acude a restablecer, en lo posible, el equilibrio contractual perturbado (leyes *a posteriori*) o a prever e impedir que se perturbe en lo sucesivo (leyes *a priori*).

Como el fenómeno de la depreciación sólo puede ser visto cuando se le enfoca sobre el fondo fijo de la regla nominalista, y el nominalismo constituye en realidad un prerrequisito de la actualización de las prestaciones, cuando el legislador emplea su poder legislativo, lo dirige a corregir las desaforadas consecuencias del principio o a declarar que ciertas relaciones jurídicas escapan, por su naturaleza, a él.

Pero, en todo caso, lo hace con las grandes cautelas y temperamentos que impone la seguridad jurídica.

En las leyes *a priori* nunca introduce un principio de revalorización tan general como su contrario el nominalista, porque, como dice LEH-

MANN, no es posible establecer una norma general que asegure a las deudas de dinero un valor constante. Mira más bien a relaciones «genéricas delimitadas».

En las leyes *a posteriori* nunca establece una relación automática y directa de la unidad monetaria con el precio del oro, con los cambios extranjeros o con el poder adquisitivo interno de la moneda, sino que busca distribuir equitativamente entre el deudor y el acreedor las pérdidas originadas por la depreciación y reemplaza un valor nominal por otro (NUSSBAUM); de manera que, en alza y en baja, quedan unos coeficientes de tolerancia dentro de los cuales la norma no actúa.

A la vez invita a la jurisprudencia para que tenga en cuenta las singularidades de cada caso y el principio general de la buena fe.

2. Ejemplos extranjeros: La revalorización alemana que operó durante un período de diez años aproximado, a partir de 1923, constituye, según NUSSBAUM, «uno de los capítulos más dramáticos de la historia del Derecho privado, y plantea problemas fundamentales que proporcionarán material de estudio aun a las generaciones venideras». Desencadenada por una famosa sentencia judicial de 28 de septiembre de 1923, se concentró en la Ley de Valorización de 16 de julio de 1925 (*Anwertungs-gesetz*), centro de un amplio cuerpo de leyes basadas en la norma de reducción de 30 de agosto de 1924, que disponía, de acuerdo al nivel real de estabilización, que para cancelar un crédito, un billón de marcos antiguos equivalía a un reichsmark nuevo (paridad del dólar entonces, 4,2 billones de marcos).

En cuanto a lo futuro, y por exigencia de brevedad del tema, recordaremos que el Decreto 19.126 introdujo en el Código portugués la revalorización de las penas convencionales o indemnizatorias, el precio del contrato de empresa, las rentas vitalicias y los censos, la indemnización superficiaria, el valor de la colación y la indemnización del heredero preterido de buena fe en una partición; y que el Derecho italiano prevé expresamente el caso de alteración de la moneda producido durante la mora del deudor, la revisión del canon de la enfiteusis y la revisión de la renta vitalicia.

3. La reacción legislativa española: He aquí un ejemplo típico de la sustitución de un sistema monetario por otro: la peseta roja, afectada de una enorme inflación, por la peseta nacional, entonces sólida y sana.

Después de la legislación de bloqueo que evitó los riesgos inherentes a la fusión de ambas comunidades de pago surgió la ley reguladora del desbloqueo, dictada bajo estos dos principios: 1.º La revalorización de los créditos extinguidos, revisando los pagos hechos, pero con carácter excepcional para no provocar un frastorno en la economía y una inseguridad en el tráfico que ocasionara un mal mayor que el que se trataba

de evitar; y 2.º La desvalorización de los créditos vivos según el método objetivo de los coeficientes decrecientes, calculados de modo que siguieran la creciente inflación de la peseta roja.

A) La Ley de Desbloqueo fue en realidad una pieza del conjunto del «Derecho económico y monetario de guerra español», que en definitiva tuvo que enfrentarse con típicos problemas de deudas de dinero o de prestaciones a cambio de dinero, fuertemente alteradas por el cambio de las circunstancias, Derecho de guerra que está reclamando todavía un estudio a fondo y que tendía, según las interesantes declaraciones de sus preámbulos, a:

a) Resolver conflictos de interés bajo estímulos de justicia y de equidad (Decreto-Ley de 28 de mayo de 1937, sobre cobro de alquileres en zona liberada).

b) Hacer partícipes en los daños de la guerra a todos los interesados en la propiedad inmueble y, en especial, a los acreedores en dinero garantizado con hipoteca (Ley de 9 de septiembre de 1939).

c) Neutralizar enriquecimientos y empobrecimientos sin causa (Ley de Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939).

d) No consagrar aquella alteración de los contratos producida por acontecimientos que no estuvieron íntegramente presentes en la voluntad contractual, pues de haberlo estado los pactos no hubieran surgido (Ley de Bolsas de Comercio de 23 de febrero de 1940).

e) Normalizar, en general, las relaciones contractuales y colocar sobre ellas un derecho justo (Ley de 17 de mayo de 1940, para regularización de los contratos de seguro de vida).

f) Reparar injusticias harto notorias y distribuir equitativamente las pérdidas (Ley de 5 de noviembre de 1940, sobre contratación en zona roja y, en especial, revisión de los contratos de suministro y de obra).

B) A caballo en la divisoria del pasado y del futuro, porque miraba a aquél revalorizando las rentas convenidas y miraba a éste introduciendo para el porvenir un dinero de cálculo como expediente técnico de estabilización, se dictó la Ley de Arrendamientos Rústicos de 23 de julio de 1942.

C) Son luego numerosísimas las normas que aceptan paladinamente el curso ininterrumpido de la depreciación monetaria e intentan mantener el equilibrio de las prestaciones.

Aparte de la ya citada Ley de Arrendamientos Rústicos, mencionaremos:

a) La Ley de 17 de julio de 1945, sobre revisión de precios de contratos de obras públicas ejecutadas por subasta, suspendida hace tres años y restablecida en el pasado 1957.

b) La Ley de Régimen Local, texto definitivo de 24 de mayo de 1955, que, de acuerdo con una tradición legislativa que se remonta al estatuto municipal y hablaba de los precios del oro, autoriza al Gobierno para tener en cuenta las fluctuaciones del nivel general de precios en la formación de los índices básicos del arbitrio de plusvalía.

c) La Ley de 15 de julio de 1954, sobre viviendas de rentas limitadas, que dispone en su artículo 29 la revisión de los alquileres cada cinco años, teniendo en cuenta la variación de los índices ponderados que publique el Instituto Nacional de Estadística.

d) La Ley de 22 de diciembre de 1955, sobre arrendamientos urbanos, que en su disposición adicional sexta autoriza al Gobierno para que, dentro de los cinco años de su vigencia, eleven las rentas según las variaciones experimentadas en los índices del coste de la vida y en los sueldos y jornales.

e) El Decreto de 24 de enero de 1958, sobre viviendas subvencionadas, en cuyo artículo 9.º se dispone que el alquiler inicial será revisado anualmente para acomodarlo «a las variaciones del índice del coste de la vida».

IV. Reacción contractual

Con más eficacia, agilidad y menor daño, los interesados reaccionan contra la desvalorización del dinero mediante *pacta adjecta* en los contratos fundamentales o disposiciones accesorias en los actos de última voluntad.

1. Cláusulas de garantía monetaria: Según GRECO («Le clause monétaire», *Rev. Dir. Comm.*, 1935, II, pág. 533), son aquellos pactos contractuales o disposiciones testamentarias dirigidas a garantizar, en los débitos de dinero destinados a desarrollarse en el tiempo, la correspondencia de la moneda de pago a un valor comercial dado, o sea, a un poder de adquisición dado.

2. Su relación con el principio nominalista: Según MOSCO (*Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, 1948, pág. 54), la relación entre las cláusulas monetarias y el principio nominalista es la de un diverso grado de determinación del objeto de la obligación. Con la aplicación del principio nominalista, la determinación es plena en cuanto el deudor de una suma de dinero sabe que tiene que dar siempre tantos billetes cuantos sean necesarios para formar la suma estipulada, según la indicación de valor que los billetes llevan impresa. En las relaciones

en las cuales se ha estipulado una cláusula monetaria, el objeto de la obligación no está todavía plenamente determinado, pero es determinable a través de un cálculo que, si no puede dar resultados del todo exactos, da resultados de una aproximación que se considera suficiente por los contratantes, bastante para asegurar la validez del pacto.

3. Sus clases. Podemos distinguir:

De una parte, las llamadas propiamente «cláusulas de estabilización», entre las que se encuentran: la cláusula valor oro o plata, la de moneda extranjera, la de escala móvil, la de pago en especie y la de precio sin compromiso.

Y de otra parte, las «cláusulas de revisión».

4. La cláusula oro. Por vía de simplificación expositiva dejamos de mencionar la cláusula plata, porque todo lo que se diga de la primera es absolutamente aplicable a la segunda.

a) Sus clases.

Presenta dos formas: «moneda de oro» y «valor oro», que no raramente aparecen juntas.

En la primera, llamada por NUSSBAUM «cláusula curso oro», el deudor se obliga a pagar en moneda de este metal, quedando excluido en absoluto otro medio de pago. No se trata, sin embargo, de una obligación dineraria impropia de las llamadas «deudas genéricas de moneda», porque en éstas, como se sabe, la moneda se promete por razón de sus cualidades corpóreas, y en el convenio que nos ocupa, por causa de su valor intrínseco y estable con respecto a las oscilaciones del valor nominal.

En la segunda, el oro entra como «dinero de cálculo» (GOLDSCHMID), de tal modo que el pago puede realizarse en cualquier clase de moneda que tenga curso legal, incluso en billetes de banco, pero según la proporción que exista entre la moneda que se emplee para el pago y el oro según la paridad fijada en el contrato.

b) Poco valor práctico de la distinción.

Como dice PELAYO HORE, la diferencia entre estas dos cláusulas es más aparente que real, porque toda cláusula de moneda metálica lleva implícita una cláusula valor. Además, en las actuales circunstancias de la legislación española y extranjera, por cuanto el oro no circula ni puede emplearse como moneda, sino como módulo de la moneda papel, toda cláusula moneda oro se convierte en cláusula valor oro.

VAZ SERRA añade que en caso de duda hay que interpretar el pacto en el sentido valor oro, de acuerdo con el principio de la mayor reciprocidad de las prestaciones.

La cláusula oro intrínseco, dice, lleva a veces a consecuencias muy distintas de la cláusula «poder adquisitivo», medido por precios y otros parámetros semejantes. Por lo que se daría una gran ventaja al deudor

si se interpretase curso oro intrínseco, pues, salvo casos excepcionales, la moneda se desvaloriza más con respecto a las mercancías que al oro mismo.

Las cláusulas oro pueden ser establecidas en el mismo documento que contiene la obligación de pago o en otro aparte. En el caso de los títulos de un empréstito, por ejemplo, aunque se encuentre tan sólo en los prospectos que preceden o acompañan a la emisión o en la escritura, si la hay, debe entenderse, y así lo ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia internacional, que una cláusula oro de cumplimiento obligatorio ha sido creada por el acto de la emisión de las obligaciones.

c) Posición de los distintos ordenamientos extranjeros.

En la legislación de los distintos países se pueden advertir tres posturas:

1.^a Las que declaran la nulidad de las cláusulas oro (Estados Unidos, Canadá, Egipto, Brasil, Uruguay, Francia, Suecia y Dinamarca).

2.^a Las que las reconocen con limitaciones (Bélgica, Holanda y Alemania). El artículo 1.280 del Código Civil italiano significa, según VAZ SERRA, la admisión patente de la cláusula oro, que por lo general se niega, sin embargo, en base de que el 1.281 subordina su inmediatez anterior a leyes especiales de orden público. Frente a una jurisprudencia vacilante, la mayor parte de la doctrina se inclina por su validez (MOSSA, SCADUTO, ASCARELLI, PACHIONI, MOSCO, GRECO, etc.).

3.^a La admisión manifiesta de las cláusulas oro se produce en Suiza, Portugal, Inglaterra (Código griego de 1940).

d) Posición española.

a') La legislación: No ha mencionado ni la nulidad ni la validez de las cláusulas oro. Ocupa, pues, una categoría independiente de las anteriores, aunque del artículo 1.170 y del régimen de curso legal forzoso establecido por la Ley de 9 de noviembre de 1939, confirmada por la de Ordenación Bancaria y el Régimen de Bloqueo de Precios, pudiera deducirse, al igual que la jurisprudencia y doctrina francesa e italiana, una nulidad de las mismas; pero, a nuestro juicio, ni la sanción del régimen nominalista del artículo 1.170 ni la legislación especial bancaria, que lo confirma y mantiene, así como el régimen parcial de bloqueo de precios, se oponen directa ni indirectamente a tales cláusulas.

b') La doctrina: La mayor parte de la doctrina española (sin que no falten excepciones) aboga por su validez, del mismo modo que el criterio jurisprudencial es favorable.

Iniciado magistralmente el estudio de la cláusula oro en España por SANCHO SERAL y FONCILLAS, fue posteriormente analizado a través de

diversos campos jurídicos por el resto de la doctrina. Así, desde el aspecto internacional, lo hace QUINTANO RIPOLLÉS; el aspecto económico y político monetario lo tratan VELASCO ALONSO y SADA; el aspecto social es considerado por PELAYO HORE; el aspecto técnico-jurídico lo examinan DUALDE, ROCA SASTRE, MARTÍN BALLESTEROS, LUCES GIL y PUIG PEÑA, así como los aspectos arrendaticio urbano y del contrato de seguro son considerados, respectivamente, por CERRILLO QUÍLEZ y BENÍTEZ DE LUGO.

Para sostener la validez de la cláusula oro se aduce por la mayor parte de estos autores varias razones, según hace ver PUIG PEÑA así: a) La cláusula valor oro no afecta al orden público. b) La cláusula oro representa un exponente del principio de autonomía de la voluntad. c) La cláusula oro prestigia el crédito. d) La cláusula oro representa una evidente utilidad por la estabilización que envuelve. e) La cláusula oro está admitida por la legislación española.

c') La jurisprudencia: Dentro de la aceptación por la jurisprudencia de la validez de las «cláusulas oro» pueden distinguirse dos etapas: una, que se refiere a su admisión en los casos de pagos efectuados con moneda roja; otra, que sostiene el criterio de su validez con carácter general.

A la primera etapa pertenecen las sentencias de 2 de marzo de 1943, la de 4 de julio de 1944, la de 12 de marzo de 1946, 29 de abril y 16 de junio del mismo año, y las de 22 de marzo de 1947, 5 de abril de 1948 y 9 de enero de 1950.

La segunda etapa, que sostiene el criterio de la validez de las cláusulas oro con carácter general, viene señalada por la sentencia de 4 de enero de 1951, la cual dice: «... no puede apreciarse infracción de la Ley de 20 de enero de 1939 ni de la Ley de 9 de noviembre de 1939 en los pronunciamientos de la sentencia recurrida, conforme a los cuales el pago del precio debe hacerse en billetes del Banco de España de curso legal y forzoso, pero con equivalencia al valor oro o plata de la relación indicada, sino que, por el contrario, se acomoda el cumplimiento de lo convenido a lo preceptuado en dichas leyes».

La sentencia de 12 de mayo de 1951 admitió una escritura pública de 1934 en la que se establecía expresamente una cláusula moneda oro o curso oro intrínseco a la que iba subsidiariamente unida otra de valor oro típica.

El pacto decía así: «La deudora se obliga a devolver el préstamo en buena moneda de oro o plata, excluida toda clase de papel moneda y con abono, caso de declararse forzoso su curso y admisión, de la diferencia que resulte entre el valor de la moneda acuñada y el del papel moneda, al tipo de cotización oficial del día del pago.»

e) La cláusula oro y las hipotecas.

La jurisprudencia hipotecaria sobre cláusulas de estabilización o bien se refiere a obligaciones pactadas en moneda extranjera (resolución de 15 de febrero de 1926) o establecidas mediante el trigo como dinero de cálculo (resolución de 3 de marzo de 1952), por lo que las examinaremos en sus lugares respectivos; pero, desde luego, puede asegurarse que una hipoteca en garantía de una obligación con cláusula oro ni choca contra ningún precepto prohibitivo ni contra ningún principio institucional del sistema, siempre que, conforme a las exigencias de la situación, se construya, en vez de una hipoteca ordinaria, otra de *maximum* del tipo de las de seguridad.

Yo garanticé la devolución de varios millones de pesetas con hipoteca cláusula oro del tipo de *maximum*, sin que los quebraderos de cabeza se diesen en nada sustantivo: tan sólo en fijar con la mayor seguridad jurídica el tipo concreto de parámetro y el modo de acreditarlo auténticamente para la hora del ejecutivo, que no tuvo lugar porque el deudor reembolsó anticipadamente por el valor nominal, sin que el acreedor le aplicase el complicadísimo mecanismo que, a sus reiteradas instancias, se había creado.

5. La cláusula moneda extranjera.

a) Definición: Según PELAYO HORE, es un procedimiento de estabilización que consiste en sustituir la moneda nacional por una extranjera cuya estabilidad merezca mayor estimación a juicio de los contratantes.

b) Clases: VAZ SERRA, en sus *Obligaciones pecuniarias* (Lisboa, 1956), las distingue en: deuda valutaria propia, cuando el obligado ha de entregar al acreedor signos monetarios de un sistema extranjero; deuda valutaria impropia, cuando el obligado ha de entregar signos monetarios nacionales equivalentes, según el cambio de pago, a una cierta suma de moneda extranjera; deuda valutaria facultativa del acreedor, que supone más bien una cláusula de garantía de cambio, donde el acreedor puede escoger una suma fija de unidades de moneda nacional o una suma de unidades de moneda extraña, previamente fijada o a fijarse, según una relación determinada, y deuda valutaria facultativa del deudor, en la que a éste se reconoce la facultad de pagar en moneda nacional o extranjera.

c) Eficacia: La validez de las cláusulas en el orden internacional está admitida por casi todas las legislaciones, y aunque en el orden interno se dude de ella durante los períodos de curso legal forzoso, como PELAYO HORE advierte, el criterio más fundado es favorable a su admisión, con la salvedad de que, dada la legislación de delitos monetarios, funcionarán en todo caso como impropias; es decir, que el pacto de

pagar el precio en moneda extraña deberá interpretarse, de acuerdo con el principio de conservación del negocio jurídico, sólo como cláusula de valor y como índice de reducción.

La sentencia de 9 de noviembre de 1957 las reconoce expresamente, pues dispone que: «Establecida la obligación de devolver 5.300 dólares, ha de regir, en primer lugar, la devolución en especie, y de no ser ello posible, en moneda de curso legal, según la cotización que el dólar tenga en el momento del pago.»

d) La cláusula moneda extranjera y las hipotecas: Estoy en terminante desacuerdo con la glosa de RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL al artículo 219 del vigente Reglamento Hipotecario, pues en ella, de un contenido normativo que claramente se ciñe al plano específico del Registro, se pretende deducir, sin base, consecuencias sustantivas que no están en el precepto.

El artículo 219 se limita a ordenar, por exigencias del principio de especialidad y recogiendo la doctrina de la resolución de 15 de febrero de 1926, que «el importe de la obligación asegurada», en la hipoteca ordinaria, o «la cantidad máxima de que responda la finca», en la de seguridad, tienen que fijarse en moneda nacional o en moneda extranjera, pero con indicación en este caso de una equivalencia a nacional rígida e inderogable para todo el futuro desenvolvimiento del contrato.

6. La cláusula de escala móvil.

a) Definición: Dice PELAYO HORE que este sistema de estabilización es también de gran fondo de justicia, y consiste en señalar no un precio uniforme y constantemente determinado de dinero, sino un precio alterable y que se va fijando en proporción a ciertos índices econométricos.

b) Antecedentes: El primer ejemplo legislativo del recurso a los índices lo constituye probablemente un Decreto-Ley dictado en Alemania el 13 de mayo de 1924, según asegura NUSSBAUM, pero la verdad es que, para entonces, también nuestro Estatuto Municipal de CALVO SOTELLO los ligaba a la determinación del incremento del valor de los terrenos, aunque puede asegurarse que este precepto no ha llegado a tener aplicación ninguna práctica.

c) La situación actual: Hoy día, tanto en España como en el extranjero, las aplicaciones son numerosas, unas efectivas y otras de las que no se sabe si llegarán a insertarse en la realidad.

a') La Ley de Arrendamientos Rústicos: Es el caso más claro y experimentado en la legislación española sobre el juego de una cláusula de escala móvil ligada a las rentas de las fincas rústicas.

Dado el peso de la agricultura en el producto nacional y sobre todo, como dice TORRES MARTÍNEZ, el decano de la Facultad de Ciencias Económicas, lo que el sector agrario pesa en el mercado de consumo, la

cláusula valor trigo que nos ocupa es popularísima, aunque no tiene tanta simpatía popular como pudiera pensarse.

Sintetizaremos:

1.º No es nulo el arrendamiento que se pacte en metálico. Sólo habrá que convertirlo forzosamente en trigo.

2.º Para las rentas fijadas en especie subsiste la obligación de entrega en naturaleza, si ello es posible, dentro del llamado cupo libre.

3.º La cláusula valor trigo no impide la revisión de renta, cuyo resultado se concretará en más o menos valor trigo.

4.º El índice «trigo de renta» es una creación puramente artificial del Estado y por completo independiente de la realidad de la coyuntura agraria, a la que sigue con timidez y a respetuosa distancia.

b') La cláusula valor pan en el arrendamiento urbano: Pactada durante la vigencia del Decreto de 21 de enero de 1936, que no concedía, como las leyes actuales, una amplia libertad de renuncia a los arrendatarios de local de negocio, el Tribunal Supremo la declaró nula en la famosísima sentencia de 25 de enero de 1955, que motivó un excelente comentario de JOSÉ BONET CORREA.

Sin embargo, es indudablemente eficaz en los arrendamientos de local de negocio concertados desde la entrada en vigor de la Ley de 1946, y a partir del 11 de mayo de 1956, en que entró en vigor la Ley actual de 22 de diciembre de 1955, también será eficaz en los inquilinatos de lujo que determina el número 2 del artículo 6.º

d) La cláusula valor trigo y las hipotecas: Cuando se pretende sacar de la resolución de 3 de marzo de 1952 una oposición rotunda a esta cláusula, se incurre en el defectuoso modo de citar la jurisprudencia que, además de otros autores, ha analizado y censurado JOSÉ PUIG BRUTAU en unos estudios interesantísimos, y el mismo Tribunal Supremo reprueba en la sentencia de 22 de septiembre de 1955.

En toda resolución judicial o administrativa hay que distinguir entre los fundamentos que son base necesaria del fallo (*ratio decidendi*) y las demás consideraciones de carácter doctrinal que el autor de la resolución formula al redactarla (*obiter dictum*).

Pues bien, en la resolución de 3 de marzo de 1952 la única y exclusiva razón de decidir contra la inscripción de la hipoteca fue que atentaba contra el principio de especialidad al no ser de las de *maximum*, y el resto de los considerandos desfavorables a la cláusula es un puro e intrascendente *obiter dictum*.

7. La cláusula de pago en especie.

Es ésta una de las fórmulas más justas para eliminar las consecuencias de las alteraciones monetarias. Puesto que la moneda, sobre todo la

fiduciaria, no tiene valor intrínseco, basta sustituirla por cosas aptas por sí mismas para satisfacer directamente una necesidad y que, por consiguiente, tengan un valor que, aunque puede fluctuar, se mueve siempre dentro de límites prudenciales.

Este tipo de cláusula es de tan antigua aplicación que en realidad constituye una forma de pago anterior a la invención de la moneda.

Sin embargo, la circunstancia de que se estipule como contraprestación una prestación en mercancías puede no alterar el tipo del contrato, dice MOSCO, si tal prestación mira sólo a evitar la depreciación monetaria, es decir, tiene una finalidad semejante a la cláusula de moneda extranjera.

Ahora bien, conviene hacer notar finalmente que, cuando se afirma que estas cláusulas van en contra del principio nominalista, sería preciso declarar también fuera de la ley al contrato de permuta.

Un ejemplo antiquísimo y frecuente son las igualas en trigo o en aceite que por su servicio reciben los médicos rurales.

8. La cláusula de precio sin compromiso.

VAZ SERRA apunta que otra cláusula que busca una defensa contra la depreciación de la moneda es la de precio sin compromiso. Si se estampa en una oferta de contrato, significa una invitación dirigida a la otra parte para que ofrezca un precio; si en los contratos de prestaciones sucesivas o a plazos, permite al deudor de ellas no realizarlas por el precio convenido si entre tanto se produjo una depreciación monetaria.

Pero se discute si el comprador puede pretender la entrega de la mercancía o el vendedor el cumplimiento del contrato, pagando o exigiendo el precio más elevado, o sólo tienen un derecho de resolución. Lo primero es lo más razonable.

9. La cláusula de revisión.

Es posible y no infrecuente que en los contratos de prestaciones sucesivas y largo tracto se pacte que, en caso de una alteración económica de cierta permanencia y por fuera de un límite que se fija de tolerancia, los precios puedan ser corregidos con arreglo a ciertas bases, según lo que decida un tercero que frecuentemente es una corporación profesional o según lo que resuelvan, en arbitraje, los árbitros.

V. Reacción judicial

Por vía judicial la estabilización del contrato puede operarse a través de la lesión, de riesgo imprevisible, de la *exceptio doli generalis* y, sobre todo, de la cláusula *rebus sic stantibus*, procedimientos todos que pertenecen a otro tema del programa, y también mediante los juicios de

revisión de rentas previstos en las Leyes de Arrendamientos Rústicos y Urbanos.

Las sentencias de 2 de marzo de 1943, 13 de junio de 1944, 5 de junio de 1945, 29 de abril y 23 de noviembre de 1946, 25 de julio de 1948, 9 de enero de 1950 y 21 de abril de 1954, entre otras muchas, se hacen eco de todas estas teorías que, como hemos dicho, corresponden a otro tema del programa.

Terminaremos recordando el fundamental principio de prudencia que CANDIL señala: hay un margen dentro del cual por ninguna vía, ni legislativa, ni judicial, ni contractual, debe ser revisado el contrato. De otra forma, añade el autor citado, la seguridad de las relaciones jurídicas sería un mito, pues a la más pequeña tensión de las bases esenciales del negocio todos los acreedores se verían asediados con amenazas de resolución.

VI. *Reacción técnica*

La doctrina jurídica, al enfrentarse con los problemas que plantea la desvalorización monetaria, no se ha limitado a asegurar a los contratantes el uso de las cláusulas de estabilización y a los jueces el buen empleo de los principios de revisión ofreciéndoles para ello un acabado análisis, ya de los mecanismos estabilizadores, ya de las doctrinas que, como la cláusula *rebus*, la equivalencia, la base del negocio y demás permiten restablecer el equilibrio contractual que no dispuso de cláusula que lo conservara. Ha ido más allá.

Ha ido al centro mismo del principio nominalista y, examinándolo con todo detenimiento, ha podido concluir:

- a) Que no es inderogable.
- b) Que se distingue del principio de irrelevancia jurídica de las variaciones del poder adquisitivo.
- c) Que tiene límites intrínsecos derivados de su propia naturaleza, por lo que resulta inaplicable a ciertas deudas de especial estructura que, en principio, estaban confundidas con las pecuniarias y que luego se segregaron de éstas, y hoy se distinguen con individualidad propia bajo la denominación técnica de «deudas de valor».

CAPÍTULO VI

LAS DEUDAS DE VALOR

I. *Concepto*

«Son aquellas cuyo objeto no es directamente una suma de dinero, sino una prestación distinta, de manera que el dinero aparece tan sólo como medio de expresar la cuantía de la prestación» (VAZ SERRA).

El dinero entra en ellas, más que como medida de pago, en función de medida de valor, porque en ellas el objeto de la deuda es un valor o ha de determinarse con relación a un valor, *debitum valorem respiciens*, según la terminología del Derecho intermedio.

Según Mosco, son las deudas que no teniendo por objeto el dinero cuando nacen, pues su finalidad es hacer entrar en el patrimonio del acreedor una determinada cantidad de bienes reales (que antes estaba allí o que nunca estuvo, pero debe entrar), son convertibles en dinero. Como se pretende, sin embargo, que el acreedor obtenga los bienes reales para satisfacción de determinadas finalidades, la conversión en dinero debe hacerse según el valor que tales bienes tengan en el momento en que se lleve a cabo.

II. *Su independencia del nominalismo*

La finalidad de estas deudas mira a asegurar al acreedor un valor concreto y la suma de moneda que lo exprese podrá ser diversa, según se considere el momento del nacimiento, el de la demanda, el de la sentencia o el de la ejecución.

La misma finalidad, a la vez que el objeto de la deuda, excluye, a diferencia de lo que acontece con las deudas de dinero, el principio nominalista e impone que la liquidación asegure al acreedor el valor debido, evitando así pérdidas y lucros monetarios que estarían en contraste con la naturaleza de la deuda.

ASCARELLI (*Estudios jurídicos sobre la moneda*, Milán, 1952) explica abiertamente:

«La propia naturaleza de la relación jurídica impide que pueda ser invocado» (pág. 81).

«No es que se derogue el principio nominalista, sino que, por el contrario, a la misma naturaleza de la deuda resulta inaplicable (págs. 93 y 94).

Y, además, añade:

«Las deudas de valor nacen, por lo general, de la Ley y de aquí la inaplicabilidad del principio nominalista, que descansa en la circunstancia de que el acreedor, al estipular un contrato y conceder un término, asume el riesgo de las oscilaciones de la moneda en el tiempo que media entre la constitución de la deuda y su vencimiento.

Por el contrario, tratándose de obligaciones legales con vencimiento inmediato, sería injusto que el acreedor pudiera lucrarse o perjudicarse por las oscilaciones de valor de la moneda durante el tiempo inevitablemente necesario para la valoración y liquidación de la deuda.»

III. *Examen de casos particulares*

1. Alimentos.

a) Concepto fundamental: El crédito alimenticio depende de las necesidades del acreedor y de las posibilidades del deudor. Su montante puede, por lo tanto, variar con las alteraciones del valor de la moneda que se traduce en una modificación del poder de compra, aunque esté inicialmente fijado por convenio o por sentencia (NUSSBAUM, MOSCO, SCADUTO).

b) Cesión de un capital por causa de alimentos: Si en vez de la prestación periódica de alimentos se cede un capital, opínase que no se puede exigir aumento por depreciación, a no ser que se trate de una deuda irrenunciable de alimentos (VAZ SERRA).

c) Transacción: Hay tres teorías: la de la revisión en cualquier caso, la que la admite sólo cuando se fijó una pensión alimenticia y no cuando se hizo una atribución de capital, y la que la recusa siempre.

Sin embargo, SCADUTO opina que en cualquier hipótesis desaparece la naturaleza de la prestación alimenticia y queda un crédito patrimonial ordinario.

d) Legado de alimentos: Es también revisable por depreciación (VAZ SERRA), «siempre que no resulte en notable desproporción con la cuantía de la herencia».

e) Derecho español: PUIG PEÑA entiende que pueden revisarse por depreciación al amparo de la cláusula *rebus* y de la regla fundamental del artículo 146 del Código Civil, y que la cuantía que el juez señale no es definitiva y puede aumentarse o disminuirse según las circunstancias.

En este sentido, habla el artículo 147 del Código del aumento o disminución que exijan las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlas.

Por consiguiente, si una gran devalorización de la moneda multiplica

el valor de las fincas rústicas del obligado y el de sus productos, a la vez que aniquila la suma de dinero que recibe el alimentista, la revalorización de esta suma se impone por la propia naturaleza de la deuda, a la que es inaplicable el principio nominalista.

2. Reembolso de gastos.

a) Opiniones: La obligación de reembolsar gastos puede darse en diversas hipótesis, como, por ejemplo, en la posesión, mandato y depósito.

PESTALOZZA («Valor y valuta», en *Riv. Dir. Comm.*) y VON TUHR (*Parte General*) entienden que se puede revalorizar en caso de depreciación.

ASCARELLI (*Saggi Giuridici*) cree que sí.

Para MOSCO, hay que dividir estas obligaciones en dos grupos:

El que originan las sumas destinadas generalmente al fin de conservación de una cosa, que después volverá a la propiedad del deudor del reembolso (dueño, mandante o depositante, obligados a abonar los gastos que el poseedor de buena fe, mandatario o depositario hicieron para la conservación), y el que forman los gastos que se destinan a aumentar el valor de la cosa (mejoras del poseedor, del usufructuario, del comprador con pacto de retro, del arrendatario).

En el primer grupo (expensas propiamente dichas), la ley regula los reembolsos sin referencia al valor presente o pasado de la cosa y como verdaderas deudas de suma.

En el segundo (mejoras propiamente dichas), la ley establece una correlación íntima entre el montante de gastos y el aumento de valor de la cosa, de modo que no existe, en principio, una obligación de dinero. Surge luego, cuando se determina el aumento de valor obtenido en virtud de los gastos, de manera que el que los hace tiene, en realidad, un derecho a la parte del valor de la cosa derivado de los gastos mismos, valor que retirará en forma de crédito dinerario. Por lo tanto, sentirá tan poco la depreciación como el que haya invertido en bienes reales.

b) Derecho español: Nuestro Código Civil construye como puras deudas de suma el abono de gastos necesarios en la posesión (art. 453), de los anticipos del mandatario (art. 1.728) y de los gastos del depositario (art. 1.779).

En la mejora del poseedor de buena fe concede al dueño (art. 453, 2) la facultad de considerarla deuda de suma («importe de los gastos») o deuda de valor («el aumento de valor»).

La obligación del dueño frente al usufructuario por razón de las reparaciones extraordinarias indispensables que éste haga es también deuda de valor, según el párrafo segundo del artículo 502.

Por el contrario, es deuda de suma, según el artículo 1.518, la del vendedor que retroadquiere la finca en virtud de pacto.

Las mejoras útiles del arrendatario en lo rústico vinculan al arrendador con una deuda de suma, en los restringidos términos del artículo 22 de la Ley de 15 de marzo de 1935.

3. Resarcimiento de daños.

a) Culpa extracontractual: SCADUTO, después de intentar demostrar que la indemnización se concreta siempre en dinero, mostrándose contrario a la reparación en forma específica, advierte que el problema se centra en la determinación del momento a que debe atenderse para fijar el valor pecuniario de la prestación incumplida o del objeto perdido o deteriorado.

VAZ SERRA dice que, a salvo el problema de un convenio especial que obligue a indemnizar tan sólo el valor de origen, la reparación mira siempre al valor del tiempo del hecho ilícito para que el acreedor quede como si éste no se hubiese realizado.

Pero se preguntan: si hay depreciación entre el momento de la violación y el de la indemnización, ¿correrá a cargo del acreedor o del deudor?

MOSES, GRUNEBaum y DESSAUER consideran decisivo el momento de la efectiva prestación de indemnización, contando tanto la depreciación entre la violación y la sentencia como la posible entre la sentencia y el pago.

RATSENHOFER, GEILER y OERTMAN, más moderados, tienen como decisivo el día de la sentencia de primera instancia. Otros, el día de la interposición de la acción. SCADUTO dice que ninguna de estas tesis es aceptable en el Derecho italiano, pues, nacido el crédito de reparación en el momento de la violación, se concreta en un valor pecuniario y el acreedor pecha con el principio nominativo.

VAZ SERRA coloca la depreciación a cargo del deudor y referida al tiempo del pago, pues si la indemnización de dinero es la precisa para la actual reparación o reconstitución de la cosa no se conseguiría de otro modo.

En la hipótesis de resarcimiento en forma específica la solución es idéntica, puesto que, si hubo depreciación monetaria, el deudor tendrá que gastar más para conseguirlo.

Son favorables, además de MOSCO: CARNELUTTI, en «Devaluación monetaria y proceso», *Rev. Dcho. Procesal*, 1947; NICOLÒ, en «Efectos de la devaluación de la moneda en las relaciones obligatorias», *Foro Italiano*, 1946; MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, 7.^a edición, III, 297; GRECO, «Débito pecuniario», *Rev. Dcho. Comm.*, 1947.

Contrario: PESTALOZZA, en *Jurisprudencia italiana*, 1946, 1, 2.

MOSCO hace la excepción de que el crédito del perjudicado tenga por objeto una suma de dinero (le fue sustraída, dejó de percibirla o la

gastó en reparar el daño). Para este autor rige entonces el principio nominalista y el acreedor sólo puede pedir la revalorización en caso de mora del obligado.

En la hipótesis de una renta vitalicia entregada en reparación de un perjuicio, parece razonable su actualización. Una ley francesa de 24 de mayo de 1951, reformada en 9 de abril de 1953, recoge este criterio.

b) Culpa contractual:

a') Mora: Según Mosco, el deudor debe indemnizar los daños que se causen por su mora, entre ellos los de la depreciación.

Pero en aquellos derechos en que la mora de las obligaciones pecuniarias consiste tan sólo en los intereses legales es dudoso que pueda admitirse otra indemnización distinta de ellos. NUSSBAUM asegura que este extremo —aplicación del principio nominalista— se explica no sólo por razones de política judicial, sino también de política monetaria.

Cuando, como en el Código italiano (art. 1.224), se admite la reparación del exceso de daño sobre los intereses legales, la doctrina dominante permite al acreedor exigir la reparación del daño resultante de la depreciación de la moneda, pero no en abstracto, sino en concreto (según las circunstancias del caso).

b') Incumplimiento definitivo: NICOLÒ GIANNATTASIO («Tiempo de estimación para los daños de incumplimiento», en *Rev. Dcho. Com.*) y DE CUPIS (*El daño*) entienden que si el daño consiste en la pérdida o no adquisición de un bien diferente del dinero debe atenderse para la estimación al tiempo del incumplimiento, ya que habiéndose extinguido la obligación primaria, la obligación de indemnización que le sustituye tiene la función de reintegrar la pérdida, que es consecuencia de la no realización definitiva de la prestación específica.

Otros autores, como MOSCO y GRECO, escogen el tiempo del pago.

4. Rentas vitalicias.

En cuanto a las constituidas por compañías dedicadas a ello, escribe NUSSBAUM que no son expresión de un cierto *quantum* de poder adquisitivo, sino que su cuantía depende del desembolso del interesado, de la edad del pensionista y de otras circunstancias que las matemáticas del seguro tienen en cuenta. Se pronuncia por la no actualización, ya que la depreciación afectará también a los fondos de reserva.

En Italia, sin embargo, el Decreto de 24 de febrero de 1953 ha permitido la revalorización de las rentas vitalicias, con ciertas excepciones, siguiendo así la dirección que marcó la Ley de 19 de julio de 1952, que permitió la revisión del canon enfiteútico.

5. Honorarios profesionales.

Los que afirman la actualización se fundan en que los honorarios se calculan contando con su pago inmediato. Otros exceptúan el caso de

los honorarios fijados convencionalmente. Parece admisible la suma de estos dos criterios: cuando no se fijan previamente, es razonable que puedan ser aumentados en consecuencia de la depreciación entre el día en que se prestaron los servicios y el que se cobran (RATSENHOFER y ROSSENFEIDER).

La opinión contraria, en todo caso, es de SCADUTO.

6. Seguros.

a) De daños: La depreciación del dinero y correlativo aumento del valor de la cosa plantea dos problemas: 1.º El de la regla proporcional, porque, habiendo quedado la póliza por bajo del valor monetario del objeto siniestrado, sólo en la misma proporción resarcirá el daño. 2.º El del posible cambio de valor, en descenso, entre las fechas del siniestro, de la sentencia y del pago.

Mosco, a pesar de lo que dice el artículo 1.908 del Código italiano, entiende que el asegurador está obligado a pagar el valor que la cosa tenía en la fecha de la sentencia.

SCADUTO advierte que, salvo en el caso de estimación inicial vinculante, para determinar si el seguro es completo o no, ha de estimarse como valor asegurable el de la fecha del siniestro, y que la regla proporcional se aplica tanto en la descubertura intencional como en la accidental.

Habiendo estimación inicial vinculante (la simple declaración de valor en la póliza no tiene este sentido), el asegurado puede perjudicarse al recibirla en moneda depreciada. En términos generales, el autor le concede un derecho de resolución por alteración de las circunstancias.

En España, desde luego, la obligación del asegurador de daños es una deuda de valor, pero sujeta al tope de la suma asegurada y de la regla proporcional.

b) De vida: La depreciación de la moneda puede tener consecuencias importantes. Es deseable una intervención legislativa en el campo de los seguros de vida si, como observa SCADUTO, hoy no hay duda de que el asegurador cumple su obligación pagando con arreglo a la tesis nominalista.

La Ley alemana de 16 de julio de 1925, sobre revalorización, admitió un sistema especial para los créditos resultantes del seguro de vida. Sin embargo, el principio puro y simple de la revalorización del seguro podía no ser equitativo por varias circunstancias, y sobre todo porque no todas las reservas de las compañías de seguros escaparán a la depreciación.

El problema de la depreciación y los seguros de vida preocupa hoy en el ámbito internacional. Ya el X Congreso Internacional de Actuarios, celebrado en mayo de 1934 en Roma, se ocupó extensamente de él, y lo

mismo el Congreso Internacional del Seguro, que tuvo lugar en París hace dos años.

7. Estimación del *instrumentum fundi*, vivo o muerto, o tasación del ganado en los contratos de aparcería pecuaria.

La jurisprudencia alemana, así como los Tribunales de Francia e Italia, tienen resuelto que un mismo coeficiente de valor adquisitivo debe emplearse en las tasaciones inicial y final.

En España, el usufructo de cosa consumibles supone para el usufructuario una deuda de suma, si las recibió estimadas, y una deuda de valor en el supuesto contrario (art. 482).

Mencionaré ahora un problema del que supe por mera curiosidad de espectador y cuyas referencias archivo como «El caso del usufructuario ahorcado», título que me ha querido comprar Agatha Christie.

En 1921, por documento notarial, unos nudopropietarios de una importante cantidad de cereales y de ganado pactaron: que el usufructuario podía, en vida, atraer a sí el dominio pleno, entregando a los nudopropietarios el justiprecio de los bienes, que fue la suma de 21.989,50 pesetas, y si no usaba de este derecho, los herederos del usufructuario, dentro del mes de su muerte, habrían de devolver los bienes mismos a sus dueños.

El 20 de julio de 1951, el usufructuario requiere al notario de Alburquerque para que notifique a los nudopropietarios su acuerdo de devolver 21.989,50 pesetas, en vez de la enorme cantidad de cereales y ganado que había recibido en usufructo el año 1921 y que valía, treinta años después, treinta veces más que entonces.

Al siguiente día 21 el usufructuario se ahorca, colgándose de una viga de su granero, y esto sucede antes de que el notario traslade a los interesados la decisión que constaba en el acta del día 20 y que no notificó hasta el 24.

Los nudopropietarios rechazaron la pretensión de entrega de una cantidad metálica en vez de entrega de los bienes, alegando que se les notificaba cuando ya se había extinguido el usufructo.

Lástima que la brevedad del tema no me permita exponer, aunque de forma somera, todos los interesantísimos problemas jurídicos que se plantearon.

8. Legado o donación modal.

Según el Derecho romano y las legislaciones modernas, el legatario o donatario no están obligados a cumplir el modo por encima de los límites de la cosa que reciben.

Resulta de aquí, dice Mosco, que si el legado o la donación son de metálico y el modo es una cosa con valor intrínseco, la depreciación de

la moneda puede conducir a que el valor del encargo suba e incluso supere la cuantía legada o donada.

Los autores concluyen que el modo debe valorarse según el tiempo en que sea exigible.

9. Devolución del precio de los parafernales vendidos.

El artículo 1.391 de nuestro Código se remite al 1.367 y al 1.381, relativos a la devolución de la dote inestimada.

El 1.367 dice que los parafernales se entregarán en el estado en que se hallaren, «y si hubiesen sido enajenados se entregará el precio de la venta».

Una vieja sentencia de 16 de julio de 1897, respecto a los dotales, precisa que debe devolverse el precio de venta y no el valor que se diere a los bienes al constituirse la dote.

En la realidad no caben dudas: la venta de un bien parafernial produce una suma de dinero naturalmente parafernial, y si no se demuestra que esta suma se empleó en beneficio exclusivo de la mujer, se presume que se aplicó a las cargas del matrimonio. Como la mujer está obligada a contribuir a esas cargas con los frutos de los parafernales, pero no con su sustancia convertida en metálico, se presume que la ha prestado a la comunidad conyugal, quien en su día tiene que devolvérsela.

Las sumas de dinero no plantean problemas de valoración, ya que el dinero es, en sí mismo, signo de valor, y los préstamos de suma se rigen siempre por el principio nominalista, en virtud del cual la estimación legal de la moneda (una peseta igual a una peseta) se impone siempre al acreedor, no obstante las fluctuaciones del poder de compra.

Pero tampoco cabe duda de que, en estos tiempos de depreciación, tal mecanismo conduce a situaciones injustas, aun sin llegar al caso, que tampoco falta, de la mujer amorosamente negligente y confiada y el marido hábil en ir trocando parafernales por gananciales.

10. Balances.

La depreciación es el gran enemigo de la veracidad de los balances y, en consecuencia, hoy día, el mandato de claridad y exactitud que recogen los artículos 103 de la Ley de Anónimas y 26 de la de Limitadas es una pura utopía en cuanto al segundo término por lo menos.

Podemos resumir:

a) La depreciación hace falso el balance, a no ser que se presente deflacionado.

b) Al calcularse las amortizaciones en función de los valores contables de adquisición y no los reales de reposición, se atenta contra la sustancia del capital.

Ya la Ley de 20 de diciembre de 1952 intentó levantar las gravísimas

barreras tributarias que se oponen a la solución de este problema, pero no llegó a insertarse en la realidad, y la Ley de Reforma Tributaria de 20 de diciembre de 1957 ha tenido que replantearlo bajo nuevas bases, de las que tampoco se espera mucho.

c) La depreciación permite repartir sustancia de capital en forma de falsos dividendos.

d) La depreciación permite cobrar impuestos sobre utilidades nominales o monetarias, pero no reales.

11. Expropiación forzosa:

La Sala Quinta del Tribunal Supremo, con motivo de los numerosos recursos de revisión planteados por el cauce de la Ley de 27 de abril de 1946 en expropiación de fincas de interés social, y en los que en un 80 por 100 elevó el precio hasta incrementos del 80 por 100 (según puede verse en un famoso artículo de LAMO DE ESPINOSA), ha reconocido frecuentísimamente que la deuda de expropiación es, en su nacimiento, deuda de valor estricto, en la cual el dinero entra sólo como medio de determinación de la cuantía necesaria para sustituir el bien expropiado por otro análogo.

Prueba de ello son, entre otras, las afirmaciones fundamentales de las siguientes sentencias:

Sentencia de 18 de octubre de 1951:

«... tanto más cuanto, desde la fecha de adquisición de la finca por el recurrente (27 de noviembre de 1946) al de su tasación dos años más tarde para ser expropiada, es notorio que ha sufrido un aumento de valor la propiedad rústica debido en parte a la depreciación de nuestra moneda.»

Sentencia de 17 de abril de 1953:

«... figura entre ellos, en primer lugar, la obligada sustitución de una forma de propiedad arraigada y establecida por una cantidad de dinero ("el pago se realizará en metálico", dice el artículo 17 de la Ley de 1879; "en dinero de curso legal", dice el artículo 1.º de la Ley de 1946; "el pago se verificará precisamente en dinero", dice el artículo 48 de la Ley de 16 de diciembre de 1954), con la que debe ponerse al expropiado en condiciones de adquirir otro predio análogo.»

Sentencia de 13 de diciembre de 1954:

«Suficiente para que los recurrentes puedan adquirir otras fincas análogas con las que sustituir las expropiadas, si así conviene a sus intereses.»

Sentencia de 12 de marzo de 1956:

«La posibilidad económica para el expropiado de adquirir otra análoga.»

Sentencia de 17 de abril de 1956:

«Ya que lo que pretende la Ley es que el propietario sea justamente indemnizado a efectos de que pueda adquirir otro predio análogo.»

Sentencia de 2 de julio de 1956:

«A fin de que si los propietarios se ven desposeídos de ellas por imperio de la Ley, queden compensados económicamente mediante la indemnización que proceda, dándoles así ocasión para adquirir con su importe otra finca de análogas o parecidas características a las expropiadas.»

El reconocimiento asimismo de que la deuda expropiatoria sigue siendo «de valor» en su desenvolvimiento aparece en un dictamen que el Consejo de Estado dio en 1947 sobre la aplicación de la cláusula *rebus* en un supuesto de expropiación forzosa, aconsejando una nueva valoración de una finca que entonces se pretendía expropiar al precio tasado en 1935.

La importante sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1953 lo recogió íntegramente.

Y, a su vez, la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 consagra legalmente este criterio de la necesidad de proceder a nuevas tasaciones en caso de depreciación monetaria, al disponer en su artículo 58 que si pasan dos años del justiprecio sin entregarlo se proceda a una nueva tasación por caducidad de la anterior, y en su artículo 70 que cada cinco años caduquen los mínimos y máximos de las grandes zonas, los que, además, son revisables en cualquier momento en caso de extraordinaria alteración del valor de la moneda.

CONCLUSION

Es preciso combatir las causas de la depreciación monetaria, y si no se hace persistirán efectos. El problema del saneamiento monetario es fundamentalmente económico y no jurídico. No es una ley la que puede estabilizar la vida económica y el valor del dinero, sino la propia vida económica (LEHMANN).

RAFAEL FLORES MICHEO
Registrador de la Propiedad
Notario

Naturaleza de la función registral^(*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. *Explicación personal: una teoría, una experiencia.* Mi tesis doctoral. Un recuerdo a ALONSO FERNÁNDEZ y DE LA RICA ARENAL. Estudios en Austria sobre el sistema inmobiliario, con ALVAREZ ROMERO.— 2. LA INSTITUCIÓN REGISTRAL COMO PROCESO Y COMO RESULTADO: 2.1. *Proceso histórico-filosófico* (doctrinas formalistas, logicistas, institucionales, doctrina de «la naturaleza de la cosa»).—2.2. *Proceso histórico-político* (historia de las Constituciones e historia de un sistema registral).—2.3. *Proceso jurídico-administrativo* (de la privatización del Derecho público al Estado funcional, arbitral; nuevas orientaciones sobre «servicio público», función y cometidos sociales delegados).—2.4. *Proceso histórico codificador* (de las leyes hipotecarias a las leyes sustantivas civiles, mercantiles y procesales: su conexión e interdependencia).—3. RELACIÓN Y DELIMITACIÓN ENTRE INSTITUCIÓN Y FUNCIÓN REGISTRAL: 3.1. *Institución registral y principios hipotecarios.*—3.2. *Verificación funcional.*—3.3. *Conexión interdisciplinaria.*—3.4. *Otras esferas funcionales:* 3.4.1. *La esfera de la Administración* en sentido estricto (jerarquía, procedimiento, burocracia, poder, decisión).—3.4.2. *La esfera judicial* o jurisdiccional estricta (soberana independencia, posición enjuiciadora de conflictos de intereses, interpretación legal-jurisprudencial creadora, aplicación, efectividad).—3.4.3. *Esfera registral:* tipicidad o autonomía funcional.—4. NATURALEZA DE LA FUNCIÓN REGISTRAL: *Antecedentes doctrinales y «repriminación» del tema.*—4.1. *Calificación y homologación autonómica* (independencia y responsabilidad, sin «poder judicial». Limitación de «oficiosidad». El «acto registral» y el «acto

(*) Este trabajo es la versión escrita del guión de la Ponencia sobre este tema que, redactado en agosto de 1978, fue presentado como inauguración del Seminario de Derecho Registral en la Delegación del Colegio Nacional de Registradores en Barcelona en octubre del mismo año. Posteriormente hemos conocido, en RCDI, febrero 1979, el trabajo de LACRUZ BERDEJO: «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador», con un planteamiento minucioso en parte diferente al nuestro, pero de conclusiones semejantes. La explicación dada en nuestra introducción aclara que la «vieja» preocupación nuestra, sin tener carácter dictaminador, nos permite objetivar, desde el plano iusfilosófico y político, lo que ahora se quiere plantear como problemático en aquel mismo terreno en que el futuro de la institución registral va a debatirse. El «Dictamen» de LACRUZ BERDEJO cubrirá así la argumentación estrictamente registral, en cuyo pormenor, y por ser más conocida, nosotros no entramos en la discusión en el Seminario de Derecho Registral de Barcelona.

Si en el orden doctrinal este trabajo debe remontarse a las fechas antes indicadas, al publicarse en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, a las puertas del Congreso Mundial de Derecho Registral —que abordará este tema—, me da la oportunidad de celebrar esta coincidencia en la preocupación temática y enviar un cordial abrazo a los colegas de Méjico con quienes conversé en 1965 en un desplazamiento como profesor universitario.

administrativo». El «procedimiento». Posición crítica ante la pretendida «registro unitaria»).—4.2. *Esquemas y estructuras instrumentales* (calificación según «Ley» y según «asientos» presuntivamente válidos. Cualificación de los principios de legalidad y especialidad: «en su virtud, inscribo». Exteriorización formal de negocios jurídicos. Comportamiento socio-funcional del Registrador: humanización, asesoramiento, «juicios verbales» tácitos).—4.3. *Valores fines* («el puesto del Registrador de la Propiedad en el mundo de lo jurídico». Certeza y claridad exteriorizada. Disponibilidad jurídico-formal. Seguridad jurídica-justicia Promoción y desarrollo del crédito. Apoyatura a fines «extravagantes» al Registro de carácter público: sincronización, sin yuxtaposición, a reformas agrarias, fiscales, urbanísticas, monetarias, de defensa, etc.).—5. JUSTICIA REGISTRAL: 5.1. *Interrogantes revisionistas*: 5.1.1. *¿Un nuevo modelo de Administración?*—5.1.2. *¿Un nuevo modelo de poder judicial?*—5.1.3. *¿Un imperativo constitucional?*—5.1.4. *¿Un nuevo modelo de sociedad?*—5.2. *La justicia registral como respuesta creadora*: 5.2.1. *El Registro como función homologadora, autonómica y especial, y garantía institucional de derechos inmobiliarios en la dinámica del tráfico jurídico.*—5.2.2. *El Registro como promotor de la paz interpersonal y comunitaria en los «asuntos humano-razonables» de carácter jurídico inmobiliario.*—5.2.3. *El Registro como Tabla o Carta Magna, declarativa de derechos subjetivos inmobiliarios, presuntivamente justos, en el juego de la libertad, de la propiedad y su sentido social, la promoción y desarrollo del crédito, la seguridad jurídica creadora y la humanización de la problemática en el tráfico jurídico inmobiliario.* (Apelación a la Justicia Registral, en el silencio «elocuente» de los titulares registrales y la toma de conciencia psicosociológica en la «fe pública-registral».)

1. INTRODUCCION

Explicación personal: una teoría, una experiencia

Desearía, desde el comienzo, descargar todo pragmatismo u oportunismo temporal a un tema, que si se contempla desde el ángulo de las perspectivas históricas—a alguna de las cuales aludiremos luego—o de las comparadas—los Congresos y doctrina sobre Derecho Registral—ha sido y es constante. La determinación de la *función registral*—que por su vértice *exterior* afecta al tema de la *función calificadora*, y por su *vértice interior* al de la propia naturaleza de la *Institución registral*—es el punto gordiano del desarrollo y sistema de los regímenes inmobiliarios o de publicidad registral. Pudiendo advertir, ya de entrada, que no pocas de las observaciones, críticas, contrapuntos, discusiones parlamentarias o profesionales han venido siendo purificadas a lo largo del propio sistema inmobiliario, el cual puede entenderse como un *proceso*, pero también como un *resultado*.

Por nuestra parte, y como dato objetivo—acertado o no—, podremos afirmar que el tema no sólo no es nuevo, sino que forma parte de una de las tareas más intensas, ilusionadas y penetrantes de mi vocación universitaria y profesional. Me refiero a la tesis doctoral «Teoría del Registro

de la Propiedad como servicio público», redactada en los años 1955 a 1957 (leída el 27 de septiembrrbe de 1957) y que fue discutida durante varias horas por un Tribunal formado por personas que quiero recordar con gratitud, los maestros DE CASTRO (don FEDERICO), VALENZUELA SOLER, HERNÁNDEZ GIL, GONZÁLEZ OLIVEROS y LUNA.

Al prólogo de ALONSO FERNÁNDEZ se unieron inmediatamente los comentarios críticos de RAMÓN DE LA RICA, MARÍN PÉREZ, GONZÁLEZ PÉREZ, LUIS LACRUZ—maestro mío en Zaragoza—, DÍEZ PICAZO y JOSÉ MARÍA CHICO, entre otros ilustres juristas que obligaron a mi propia reflexión, y aun a la reconducción de un pensamiento cuya línea central pretendía moverse en la línea—entonces muy penetrante—de ZANOBINI, que abría el juego del «servicio público» a unas posiciones más abiertas, funcionales e instituciones, es decir, no aferradas a los esquemas formales administrativistas de corte napoleónico, pero con prevalencia o en ~~conexión no meramente interdisciplinaria—como luego indicaremos—~~ con las raíces y valores que subrayecen sobre las Normas Inmobiliarias: *principios* del sistema, *efectos* de seguridad jurídica, *interdependencia* calificadora, previsión de *conductas* ante terceros respetando la propia libertad contractual o negociadora, naturaleza de la *calificación* y su ámbito «jurisdiccional» *sui géneris*, etc.

Esos dos lados de la bisagra de mi tesis —los *funcional-institucionales* y los *iusnaturalistas*— trataban de «sujetar» fuertemente el muñón de una legislación hipotecaria, no sólo porque en la investigación doctoral los propios hipotecaristas, tanto en Tratados como en Discusiones Parlamentarias, hicieron gala de aquellas dos palancas, sino porque ocioso es decir que tanto en la redacción del BGW o como en el ABGB fueron iusnaturalistas neokantianos y formalistas quienes participaron desde ángulos iusfilosóficos, orientando, corrigiendo o superando esquemas meramente legalistas.

Si aquel trabajo era una *teoría* —quizá el libro no estuvo bien titulado o no bien entendido—, posteriormente la experiencia comparada al estudiar con ALVAREZ ROMERO, en directo, el sistema austríaco, publicado en REVISTA CRÍTICA, 1964, me permitió contemplar una dimensión distinta, pero no contradictoria (cf. *Modernas orientaciones de la Institución Registral*, 2.^a edición, Madrid, 1975), por un lado de corte iusnaturalista —en la redacción del ABGB habían intervenido el profesor VON MARTIN y VON ZEILLER, discípulos de WOLF y titulares de la cátedra de Derecho Natural de la Universidad de Viena—. Por otro, porque —curiosamente— no se descartaban ambientaciones napoleónicas, que fueron y son las que le dan cierta *tipicidad funcional* con respecto al sistema registral alemán, basado esencialmente en el *negocio abstracto de disposición*, para seguir en la distinción del *título* y *modo*, si bien la

inscripción ha sustituido a la *tradición*. Hay que añadir que por la autonomía funcional —independientemente de la *forma* de ser llevado el Registro por jueces especializados—, incluso frente al Fisco, la experiencia austríaca nos lleva a contemplar su fuerte *sentido social*, partiendo de la fidelidad al propio sistema y no de la utilización o *manipulación* forzada para otros fines, aunque fuesen respetables.

Al volver, pues, ahora sobre el tema en alguno de sus ángulos concretos —«naturaleza de la función registral»— no hacemos sino continuar en esa línea de reflexión. Precisamente los momentos actuales obligan, como ningún otro, a recordar y a hacer nuestra aquella anotación de San Agustín: «Nunca alcanza la verdad quien la busca fuera.» Es decir, será difícil descubrir la *sustancia* y *operatividad* de un sistema inmobiliario registral —la observación es válida también para el fenómeno de publicidad registral *mercantil* o *notarial*— quien pretenda indagarla fuera del mismo, con aditamentos artificiosos, con datos por acumulación homologadora equívocos, por no decir con malabarismos de oportunidad política accidentales. Tendríamos que recordar la cita que con frecuencia utilizaba Oliver Giscard d'Estaing de JEAN JAURÉS: «On n'enseigne pas ce que l'on veut, on n'enseigne pas ce que l'on sait, on enseigne ce que l'on est.»

Las expresivas palabras de RAMÓN DE LA RICA en el prólogo a la obra citada, *Modernas orientaciones...* —«valiosa contribución a la urgente labor de siembra», *ob. cit.*, 17—, y el aliento personal que recibí en los últimos años de su vida profesional, animaban a pensar que en la línea hipotecarista más ortodoxa y pura una teoría y una experiencia no eran contradictorias. Al contrario, por ahí es donde habría que seguir indagando, podando las ramas o agilizando procedimientos. Pero que si no salvásemos la *esencia* de la verdadera *naturaleza* institucional del Registro de la Propiedad, lo demás pueden ser serpientes de verano o procesos de falsa decantación. Ahora tratamos de continuar el camino, cuando las espaldas doblan o empieza el *dolor de muelas en el corazón*. Ahora, cuando ya sería vano todo egoísmo personal o profesional. En la España de hoy —en el ámbito de las instituciones me refiero— no estamos para salvavidas, sino para remontar vuelos. Aunque aquello a cada cual le permitiera un salto y un desprendimiento. Importa la nave.

2. LA INSTITUCION REGISTRAL COMO PROCESO Y COMO RESULTADO

Al comienzo ya decíamos que la institución registral hay que verla como *proceso* y como *resultado*. Es más, si se quiere partir de la *realidad* —legal y estructural— actual para continuar el signo creador

de aquélla dentro de una sociedad actual, no se puede prescindir del *proceso mismo*. Aunque no sea para quedarnos en él. Posiblemente podamos encontrar datos significativos, y hasta en cierto modo semejantes, salvando distancias. Para ver la *verificabilidad* —dicho en términos sociológicos— de lo que afecta a *continente* y *contenido*. *Material* y *forma* de un sistema de publicidad.

El análisis de ese aspecto —el Registro como *proceso*— nos llevaría lejos. Nosotros anotamos algunos puntos. Cualquiera de ellos podría servir hasta para una tesis doctoral. Señalamos los más significativos y de un orden más general. Civilistas e hipotecaristas pueden marginarlos, pero no desconocerlos. Ellos lo entenderán perfectamente porque, como advertía ENGISCH, hay unas «limitaciones de lo jurídico», sobre todo cuando se atiende a la interpretación o aplicación de la norma estricta. Nosotros estamos ahora penetrando en las propias raíces. La Ciencia Hipotecaria o de la Administración nos descubre más jugosamente los frutos. Todo es necesario. Sin carácter exhaustivo, aquí están las *coordinadas mínimas* de una institución registral contemplada como *proceso*:

2.1. PROCESO HISTÓRICO-FILOSÓFICO

No es el caso traer aquí a colación la evolución del pensamiento iusfilosófico jurídico desde el instante —comienzos del siglo XIX— en que nacen las exigencias de normas hipotecarias específicas, promovidas por necesidades concretas —algunas meramente fiscales, otras de mayor entidad, como el ya inicial *tráfico jurídico* y el *crédito*—. Tampoco nos podemos detener en el análisis de las actuales corrientes doctrinales que pululan por la esfera social interior. En nuestros trabajos *Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho Natural* —Madrid, 1975— y, sobre todo, en *Sentido y función de la Filosofía del Derecho* —Anales «Cátedra Suárez», núm. 15, Granada, 1975— creemos haber aportado, de manera precisa, algunas *ideas-fuerza* sobre las que respira el pensamiento jurídico contemporáneo, que anda luchando entre la *idealidad* y la *realidad*, la *abstracción* y la *concreción*, la *legalidad* y la *legitimidad*, el *individualismo* y el *personalismo*, la *comunidad* y la *colectividad*, el *formalismo* y el método *abstracto*, la *búsqueda* de raíces justas y el *normativismo*. En el Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado —1979— en Basilea, de su propio temario, se advertía el sentido pluridimensional, no dogmático de las corrientes actuales, al ordenarlo en cuatro grupos: Concepciones contemporáneas del Derecho, Concepciones analísticas, Teorías orientales, Teoría marxista del Derecho y Concepciones iusnaturalistas.

No cabe duda de que en el devenir histórico de la institución regis-

tral pesaron, en diverso grado y medida, las concepciones iusfilosóficas. Se ha recordado por el propio DE LA RICA cómo el postulado de la «voluntariedad» en la inscripción obedeció al sacrosanto respeto de la libertad individual, cuando aún no se contemplaba abiertamente, cómo el «yo» se hace pleno —lo dirá modernamente SMAUS— con el «tú» y *los demás*, de tal manera que aquella voluntariedad no destruye la iniciativa personal cuando la inscripción, progresivamente, se fuese haciendo obligatoria. El positivismo socialista; el formalismo jurídico; la arquitectura formal de las normas que luego en Kelsen había de encontrar su máximo pontífice; la Jurisprudencia de intereses— entre los cuales *surgirá* a punto el «interés del tercero»—; la doctrina institucional iniciada en HAURIU y RENARD —actualmente hay un esfuerzo importante en Alemania por destacar sus propios antecedentes institucionalistas en SAVIGNY, M. WOLF, KAUFMANN y el propio SMAUS, que luego citaremos—; la «naturaleza de la cosa»; el estructuralismo, la cibernética aplicada al mundo del Derecho, etc.

Naturalmente no vamos a entrar en esas cuestiones. Lo que queremos subrayar son dos cosas: por un lado, el hecho de que en un sistema registral han pesado las *pautas y valores* que pululan aparentemente *fuera* de él, y que, por ejemplo, cuando RADBRUCH, después de la posguerra, reafirma sus postulados sobre el valor «seguridad jurídica» junto a la «doctrina de la naturaleza de la cosa», con modelación fundamental en la Ciencia Penal, Ciencia Social, contribuye igualmente a reformar la instrumentación publicitaria del negocio jurídico. Y, por otro lado, tales pautas o valores van a influir en las posiciones legislativas, reformistas o desmontadoras de un sistema tan pronto como, por ejemplo, valores o institutos, como la propiedad, la empresa, el trabajo, el ahorro, el crédito, la mecanización, la estructura formal, el «neutralismo», la administración, etc., desplacen el poder de la dignidad personal a zonas demagógicas o estatistas. El relativismo y el positivismo, en sus formas neopositivistas o claramente euromarxistas, rompen el esquema «Justicia-Seguridad» y facilitan el camino a la manipulación del instituto registral para otros fines o con pretextos reformistas no auténticos. (En la monografía de JOSÉ LUIS CARRO *Polémica y reforma universitaria en Alemania* —Madrid, 1976—, y ante intentos de reforma autogestionaria o de intervención administrativa, se destaca el papel de los iusinstitucionalistas para ayudar a la interpretación inconstitucional que al final se dio.)

Hasta ahora se ha podido digerir, con gran responsabilidad, la evolución de ese pensamiento iusfilosófico, porque las raíces permitían afincarse en los valores y aceptar la modernidad. Ahora de nuevo quizá haya que volver —como recordaría RENARD— del «torbellino de la vida a las frondosas y silenciosas aguas de la filosofía», para que desde allí se

puedan calibrar mejor las nuevas corrientes registrales que pueden acen-tuar el signo de la propia naturaleza de la función registral, contemplada como proceso histórico-filosófico que se continúa y en el que se trata de indagar —como luego veremos— los valores y fines de la institución registral, la garantía formal de derechos de la persona y su dignidad, y no la manipulación de las instituciones para otros objetivos, prevalentemente *ideológicos*.

2.2. PROCESO HISTÓRICO-POLÍTICO

La relación —no dependencia— de un sistema registral con un sistema político-sistema económico es una cuestión que ayuda a entender las instituciones publicitarias en cuanto *resultado*. Hoy, entre nosotros, se dispone de un material importante con la colección de las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución* (seis grandes volúmenes editados por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad con motivo del II Congreso Registral). Al releerlos con detenimiento para este apartado, puedo confirmar la idea de AMBROSSETTI cuando nos dice cómo ante los fenómenos jurídicos hay que situarse en una zona de *perplejidad*; y de cómo no puede partirse de concepciones monolíticas, sino advirtiendo siempre la pluridimensionalidad de las instituciones. (ALBERTO GIL MARQUÉS se refirió a este tema en los Seminarios de Derecho Registral de Barcelona.)

Por eso es muy valioso descubrir en la «larga marcha» hacia las primeras leyes hipotecarias preocupaciones y problemáticas que parecen de nuestros días. Y cómo —tanto en las discusiones en el Congreso como en el Senado, hechas abiertamente y sin «consensos» premeditados— los aspectos políticos orientativos de situaciones concretas del mismo signo trataban de relacionar *sistema político* y *sistema registral*. Entre otras citas, puede verse la contestación de don CIRILO ALVAREZ al señor ARRAZOLA en la discusión ante el Senado de la Ley de 1861, quien, entre otras cosas, dice:

«... Porque de lo que se resiente nuestro país no es precisamente de esa pobreza general que hace que el menor tributo, que la contribución más reducida sufra grandes contradicciones; de lo que se resiente es de que la propiedad inmueble no haya sido hasta ahora un capital, de que es incierto el dominio, de que no hay nada seguro, de que por eso todos los que tienen grandes capitales se encuentran a pesar de su fortuna empobrecidos, y tienen que entregarse en los conflictos de familia a manos de usureros insolentes que vienen poco a poco a preparar la ruina de esas mismas familias que los necesitan en un día de amargura para

ellas. (Y en punto y aparte continúa): *La gran necesidad de nuestra propiedad inmueble es convertirla en un capital tan seguro como el que existe en el Banco de España y como los demás valores que hay en el Estado, y cuando se logre se verificará una revolución saludable en las costumbres de nuestro país*» (el subrayado es nuestro; cfr. *Las Leyes...*, obra citada, vol. I, 144 y ss.).

Sería curioso cotejar ese proceso histórico desde nuestras Leyes de 1861, 1909 y las sucesivas reformas, hasta llegar a las de 1944-46 y 1959, con la evolución de las propias Constituciones políticas, tan variantes y, a veces, tan provisionales. Hay un punto que merecería especial atención en el análisis de la Constitución actual en relación con el sistema registral —inmobiliario y mercantil— vigente: *de qué manera o no lo refuerza*, o hasta qué punto se les pudiera implicar o relacionar. Es un tema que lo dejo para los estudios de la Ciencia Política. El tema está ahí, y por mi parte sólo anotar estas dos cosas:

Un sistema inmobiliario registral *no está por encima de las Constituciones, pero* también históricamente está demostrado que su valor se pone a prueba cuando *ha sabido sobrevivir a los propios cambios políticos*. No es sólo el ejemplo de la República Federal Alemana o el austríaco, es también el de nuestras Constituciones y sistema inmobiliario. El dato de que nuestras Leyes Hipotecarias de 1944, en las que se corona un proceso histórico perfectivo inmobiliario —sería bueno releer ahora la exposición de motivos de aquéllas—, se hayan dado dentro del «antiguo régimen», muestra sin duda que las peculiaridades de la institución registral no sólo pueden sobrevivir a los cambios, sino que pueden facilitar instrumentos jurídicos normales o normalizados y que no contribuyan al reformismo a ultranza que con frecuencia, por suerte o desgracia, se dan, al menos, en nuestra Patria.

Y la segunda observación: la relación *sistema político-sistema registral* puede ciertamente romperse, o sufrir deterioros graves, cuando en el fondo de la propia Constitución o de las fuerzas políticas lo que subyace, expresa o tácitamente, sea un cambio de modelo de sociedad. Y, efectivamente, si, por ejemplo, *el instituto de seguridad jurídica* inmobiliaria subrepticamente quebrase, se está predisponiendo para que los «intereses» y sobre todos los *valores* que aquel instituto comporta quiebren igualmente. (Esto va dicho con independencia de todo *sentido perfectivo*, transformante y creador, natural a toda institución viva; cosa distinta de lo anterior y de la demagogia, del iluminismo y del inmovilismo.)

2.3. PROCESO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Este punto es una consecuencia del anterior. Porque el proceso histórico-político puede ser el amplio y general en la forma con que lo hemos tratado, sea en el ámbito de la Constitución como Norma *Fundamental* o *Referencial* —que diría KELSEN— o en el ámbito de un modelo de sociedad que *se tiene* o que *se aspira a tener*. Pero inmediatamente surgen los aspectos más inmediatos que afectan al sistema administrativo, como ya nosotros abordamos en *Teoría...* (ob. cit., 19 y ss.) en el capítulo I, «La acción administrativa en general y sus aplicaciones al Registro». La acción teológica del Estado es actividad social, económica, jurídica, etc., y el entramado administrativo sirve de parte ósea o muscular para la singladura vitalmente política del Estado mismo. (LACRUZ BERDEJO lo abordó en 1961 frente a GONZÁLEZ PÉREZ y antes de conocer nuestro trabajo *Modernas orientaciones...*)

Puede decirse, pues, que un sistema administrativo en el sentido amplio —*cometidos, funciones, medios, instrumentos, garantías*, etc.— puede o no interferir un sistema registral, pero en todo caso la *relación existe*. El problema está en ver la *apoyatura recíproca* y si la relación puede convertirse en manipulación o desnaturalización.

De los grandes temas que hoy mismo se encuentran en fase de *decanación*, y por tanto en un proceso no acabado, podríamos destacar los de la naturaleza y concepción del «servicio público»; el sentido de la *función pública autonómica*, es decir, con separación o implicación en ella de respuestas administrativas (sistema francés); el Estatuto del profesional que ejerce una función, y las nuevas perspectivas en la descentralización (S. WRIGHT), aparte de las actuales concepciones alemanas citadas sobre los *métodos de interpretación institucional*.

En un Estado moderno la depuración de estos conceptos clave es fundamental, porque no se trata sólo de los *términos*, sino de la mutación sociológica del propio Estado-Administración. GARRIDO FALLA ya apuntaba hace tiempo el doble fenómeno de *privatización del Derecho público y administración del privado*. GARCÍA ENTERRÍA, en un importante *Dictamen* sobre la interpretación legal de la educación considerada como «servicio público» (arts. 2, 3, 9 y concordantes de la Ley General de Educación), hizo anotaciones muy valiosas para desentrañar, con sentido moderno, los efectos a primera vista imprevistos de una mera expresión terminológica que afectaba más a los modos y formas de ser ejercitada una actividad por el Estado y por los particulares, sin perder su sentido de función o actividad social. No hace falta insistir en la línea de GONZÁLEZ PÉREZ, poniendo de relieve las estructuras típicamente

administrativas del Registro como moldura y marco de una actividad, sin que erosionen el cauce autonómico de la función registral, salvo en lo procedimental.

El tema puede estar más atrás si se quiere ir, como describe BURDEAU en *L'Etat* —París, 1970—, a un *Estado funcional moderno*, un *Leviathan teleguide*. Subrayo aquí, por ser más descriptiva, la afirmación de NAVARRO RUBIO, a otros efectos (cfr. *La crisis del orden socioeconómico: solución empresarista*, 1979), sobre el Estado «arbitral» que haga desplazar más a la sociedad «funciones y tareas que actualmente las monopolizan bien las estructuras burocráticas, o las intromisiones electorales y politizadas de los partidos políticos o presiones sindicales». Se trata de una «purificación del Poder», como dice BURDEAU; de contemplar el grado y medida de esa «invasión» que administratiza sin medida aquellos resortes que, sin carecer de sentido o trascendencia social, la ahogan o desnaturalizan.

Mi experiencia en el mundo de la enseñanza (véase *Un diagnóstico sobre la Enseñanza*, Madrid, 1978) es una ratificación por otra línea. Y confirmada recientemente por una conversación personal con GUERMEUR, jefe del Grupo Parlamentario de Educación en la Asamblea Francesa, como autor de la Ley de 1977 que lleva su nombre, que modificó la Ley Debré de 1959 sobre participación de la iniciativa privada en la enseñanza francesa. Me decía GUERMEUR que el sentido de «servicio social» o «servicio público» no queda desnaturalizado porque el marco de la acción administrativa —en este caso educadora— se haya ampliado a esferas privadas, sean o no institucionales. Lo que importa es el sentido de *función* público-social, que impide tanto la absorción por el Estado burocrático como el agiotismo incontrolado de esa misma función. Y lo que importa es cómo Estado y Sociedad se responsabilicen en la función. Es la versión francesa actual a la teoría schmittiana de las «garantías institucionales» que ahora despierta de nuevo en Alemania.

Aparentemente nos hemos ido lejos del punto central. Creemos que ha quedado suficientemente claro que *sistema administrativo* y *sistema registral* están en relación, pero que el reformismo o «intervención» administrativa y monolítica puede *alterar sustancialmente* el propio proceso de la institución registral; que incluso puede ser tergiversado más; acaso que pudiera quedar erosionado ante la instrumentación que el propio sistema registral puede ofrecer —o se les exige— en leyes heteronómicas ante otras áreas, fines y cometidos sociales, como *fruto* de su propia naturaleza autonómica o típica. Así, las reformas urbanísticas, agrarias, fiscales, económicas... ante el Registro.

Contémplese, pues, ese proceso jurídico administrativo con el propio

de la institución registral, y se esté con *ojos abiertos* para ese *hacia adelante*, donde parece que en el Occidente libre se va a un Estado *funcional-arbitral* y no drásticamente burocratizado.

2.4. PROCESO HISTÓRICO CODIFICADOR

Es el último aspecto que vamos a anotar aquí. Cuya esencia estriba en poner de manifiesto la necesaria conexión entre las *leyes sustantivas civiles-hipotecarias* o aquellas que, aunque *procesales*, tienen su raíz y modulación en aquéllas —singularmente las de ejecución hipotecaria y crediticia— y las propias leyes *administrativas* o *parafuncionales* que establecen el marco del poder judicial, que ordenan la función pública y dan operatividad «orgánica» a los fines y medios.

Lo que importa aquí es resaltar esa conexión y aun sincronización. Para que la revisión de cualquiera de esas piezas normativas, de hacerse aisladamente o sin tener en cuenta la puesta a punto del conjunto, no distorsione, vulnere o erosione la propia función.

Sería muy conveniente traer aquí a colación cómo esta preocupación fue una constante en los legisladores de nuestras leyes hipotecarias, tanto para la de 1861, camino de gestarse el Código Civil que había de publicarse formalmente en 1888, pero con el cual ya se había previsto la conexión, como en la propia de 1909. El voto particular en el Senado de SÁNCHEZ ROMÁN, en la reforma hipotecaria de aquel año, es un ejemplo de serenidad, de cautela y, sobre todo, de rigor jurídico. Cuando el senador DANVILA, encargado por la Comisión de contestar al voto particular de SÁNCHEZ ROMÁN, criticaba la afirmación de éste de que no se podía entrar a autorizar una reforma de la ley hipotecaria sin que antes quedase ultimada la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, SÁNCHEZ ROMÁN hablaba de la «necesidad de reforma o de corrección de textos, pero sin destruir la unidad sistemática de las leyes, alterar el sentido de las funciones, convertir en parcial y fraccionario lo que debe ser coordinación y plan sistemático». Y aunque él se refería a aspectos procedimentales fundamentalmente, hay una afirmación medular que puede ser llevada a categoría: *«Traigamos leyes singulares para cada momento, destruyamos todo el tesoro de generación legislativa del siglo pasado, eso será un método de gobierno, no lo niego, pero lo que sí me parece es que es un método malo, y como me parece malo no participo de él. Yo no participo de este tipo de criterio de iniciativas particulares, de reformas singulares, de preceptos legales que necesitan de un criterio orgánico, de un orden, de un sistema... Esa es una razón fundamental abstracta, si se quiere, que aun no refiriéndola*

a este caso, sino a otros, me parece no aconseja la prudencia de un gobierno destruir toda la política legislativa de una época...»

Reiteramos que la cita no viene forzada ni sacada de un contexto concreto, sino tomada en aquello que SÁNCHEZ ROMÁN llamaba «razón abstracta», para ser tenida en cuenta, con *prudencia* y respeto, a la hora de posibles reformas legislativas que pueda erosionar la propia función y su naturaleza. Sobre todo cuando un sistema registral no es una pieza aislada del propio proceso codificador —civil, procesal y administrativo—. En definitiva, no se trata de negar la posibilidad y aun la necesidad de determinadas reformas en cuanto modulen o perfeccionen la función registral, sino que, cualquiera que sea su fuente, la sitúen en su totalidad y conjunto, y por tanto contemplando la previa o paralela reforma de las *leyes sustantivas*, que son las que abren el juego a las vías jurídicas o la dinámica del tráfico jurídico inmobiliario, la seguridad jurídica, las referencias que las *leyes civiles* o *procesales* hacen de la llamada, para entrar en juego, a las leyes registrales.

Este es el dato que históricamente se nos ha dado. Y creo es bueno recordarlo ahora, cuando exigencias o formulaciones de diversa índole, sean políticas o sociales o administrativas, pudieran llevar al legislador a desconocer el valor *prudencial* de un «calendario reformista» que tomase como pieza aislada a la función registral, y no en el marco y conjunto que relaciona un *proceso codificador* y unas *leyes inmobiliario-registrales* de carácter sustantivo.

3. RELACION Y DELIMITACION ENTRE INSTITUCION Y FUNCION REGISTRAL

Al tratar anteriormente de analizar los aspectos de la institución registral como un proceso —en su vertiente iusfilosófica, política, público-administrativa y codificadora— ya podía colegirse la pretensión de desplazar al tema de *la naturaleza de la función registral* a unos datos que se han dado en la historia de ese proceso-resultado como institución viva. Y huyendo, dialécticamente, de toda posición sectorial o simplista.

Incluso, como es fácil comprobar, de aquel planteamiento, sin duda, se corroboran o matizan las interpretaciones más concretas o centradas en el análisis de la función calificadora (CHICO FERNÁNDEZ), el esquema procedimental (GONZÁLEZ PÉREZ), los «aspectos parajudiciales» (LACRUZ BERDEJO) o el «sentido social» (MARÍN PÉREZ) —por citar algunos autores no exhaustivamente— como datos válidos por sí mismos.

Pero por eso, junto a las consideraciones globales que nos ofrecen las perspectivas de una *institución registral* concebida como proceso his-

tórico, también *por elevación* queremos —aunque sea sucintamente— llevar el tema al terreno medular y sosegado —aunque no carente de problemática— de la *relación* entre institución y función registral y, a la postre, la *delimitación* indirecta con otras esferas funcionales públicas.

3.1. INSTITUCIÓN REGISTRAL Y PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

El concepto institucional es un concepto no meramente científico jurídico, sino filosófico. Lo que no quiere decir que cuando se relacione con los efectos funcionales resulte *operativo*. Así fue vislumbrado por HAURIOU: «Une institution sociale consiste essentiellement en une idée objective transformée en un oeuvre sociale par un donateur, idée, qui, ensuite, recrute des adhérents en nombre indéterminé dans le milieu social et assujettit ainsi à son service des volontés subjectives indéfiniment renouvelées... un système d'équilibre de pouvoirs et de consentements construits autour d'une idée.» Es, pues, esencialmente una *idea fuerza* y un sistema de equilibrio. Cubre la zona entre las dimensiones personales y las propias del Estado. Y en definitiva es una cualificación específica del campo en que las relaciones individuales y las públicas debe moverse, sin que estas últimas absorban a aquéllas (cfr. nuestra *Introducción al Derecho...*; también SMEND y KAUFMANN en la utilización del método de interpretación institucional).

Queremos anotar aquí, por analogía, cómo la doctrina de HAURIOU y RENARD —entre nosotros CORTS GRAU especialmente— vuelve en el pensamiento francés a estar de actualidad, por ejemplo, en el campo educativo, en el cual la tradición de la enseñanza como «servicio público» es casi un dogma. Sin embargo, una purificación doctrinal de ese concepto y una puesta al día del concepto institución llevan no sólo a establecer su compatibilidad, sino su complementación. (Como MARIE-DANIELLE GRAU ha expuesto en el libro *L'école, réalité politique*, París, 1974. págs. 49 y ss. O nosotros en *Un proceso educativo*, Madrid, 1980.)

ROCA SASTRE, desde la más recia vertiente hipotecarista, habla del Registro como «institución social». Y el propio GUASP alude a ella, situada ya en una posición funcional, al decir que «*lo esencial en un Registro está en la ordenación y ordenamiento a que se somete el mundo objetivo, plural y complejo, de cuya misma pluralidad y complejidad extrae la institución registral [el subrayado es nuestro] la impecable seguridad de sus resultados...*» («Organización del Derecho privado», *RCDI*, febrero 1961, 157 y ss.). Posteriormente FRANCISCO MESA ha querido llevar el «institucionalismo» directamente al Registro (tomo II, *Segundo Congreso Internacional de Derecho Registral*).

Digamos además que cuando JERÓNIMO GONZÁLEZ trató de reducir a «principios» el esquema de un sistema hipotecario no lo hizo sólo —si se relee bien toda la obra de tan insigne hipotecarista— por un preciosismo científico jurídico, sino, como PÉREZ GONZÁLEZ nos comentaba personalmente, por el atractivo que en su obra había tenido el pensamiento de VON GIERKE, en tanto en cuanto éste había resaltado la «idea de *comunidad* como elemento valorativo de los fenómenos jurídicos», idea de comunidad posteriormente reforzada en las posiciones de MESSNER, BRUNNER, VERDROSS o ELÍAS DE TEJADA. (Creemos es por ahí por donde pueden comprenderse mejor, y atemperarse, las críticas y finas observaciones que CHICO FERNÁNDEZ, en *Esencia y extensión de la función calificadora* —Madrid, 1977, 1062 y ss.—, hace a JERÓNIMO GONZÁLEZ y a mí mismo, ya que el análisis, en su propio terreno, de las dosis de sentido público, social y organizativo en la función registral, precisamente por no ser posición dogmática, ayuda a prevenir y limitar la esfera invasora y desmedida de lo administrativo).

Con el nombre, acertado y «popular», de principios hipotecarios se está pensando en las *ideas-fuerza comunitarias* que el aparente sistema de publicidad formal de relaciones jurídicas inmobiliarias —y que venían ya revestidas de la fe pública notarial, judicial o administrativa— parecía reducir al escenario personal o individual con que el Registro venía concebido en las leyes sustantivas civiles. Bien como mera forma, bien como remedio a la posible doble venta y sus incidencias.

Los principios hipotecarios, pues, a nuestro modo de ver, no han sido sino la expresión gráfica y sistema de las *bases institucionales del Registro*, trascendiendo de lo individual, una vez conseguido el «interés» personal, creado —con la máxima publicidad— un *sistema equilibrado* entre aquél y el que luego será o se llamará «tercero» y, a la postre, con toda la comunidad que genéricamente está llamada a una *seguridad jurídica potencial*, como advertiría GALLARDO RUEDA, largamente citado en mis trabajos.

Hay un texto reciente que puede ayudar a confirmar nuestra posición y que lo recordamos con gusto. Se trata de la *exposición de motivos* del Real Decreto 1030/80, de 3 de mayo (B. O. E. del 31), cuando se distingue el *Catastro* como *servicio público* del *Registro* de la Propiedad, el cual —dice textualmente— *es institución básicamente dirigida a la publicidad y protección frente a terceros de las relaciones jurídico-privadas en el ámbito inmobiliario*.

3.2. VERIFICACIÓN FUNCIONAL

En nuestra *Teoría...* (ob. cit., 27) habíamos anticipado la idea general, abierta, de que «*la actividad social, como actividad administrativa, tiene unos órganos y objetivos que enlazan y confluyen con lo institucional; cumpliendo sus propios fines (individuales) se cumple un fin social*». JORDANA DE POZAS ya destaca («El problema de los fines de la actividad administrativa», *Rev. Admón. Pública*, núm. 4, págs. 15 y ss.) la idea de cómo la mayoría de fines estatales pueden desarrollarse a través de la Administración; y que la mayoría de ellos *han sido realizados por vías privadas*, como igualmente podrían de nuevo serlo ahora. En definitiva, que los llamados «cometidos sociales», cuando se basan en moldes institucionales, no tienen por qué en principio caer en el ámbito de acción administrativa estricta. Otra cosa es la necesidad de lo que en la sociología jurídica denominaríamos *verificación funcional*, que es pluridimensional. La *trascendencia* o efectos jurídico-sociales de la publicidad registral no impone un solo y *único* modelo de realización ni prejuzga la órbita en que se realice. Habrá que contemplar toda la «realidad política» de una seguridad jurídica peculiar que nace de esferas de Derecho privado, la propia historia, las singularidades de la Organización Administrativa y de la Jurisdicción, el arraigo psicológico y la propia eficacia, etc.. para poder llegar al fondo de la *naturaleza* de la función. En definitiva, la *raíz institucional* del Registro está haciendo de piedra angular sobre la cual vaya a construirse todo el edificio funcional, como arquitectura formal servidora de fines públicos a través de los instantes movimientos de los derechos reales publicitarios, voluntaria o constitutivamente. Pero no hay, todavía, nada que prejuzgue la absorción por el Estado-Administración de toda la singladura operativa que vaya a verificar esas funciones. A veces se cae en el simplismo de *confundir* lo público con lo administrativo o el *órgano gestor* de una función *con la función* misma.

No olvidemos, finalmente, que hay —como se diría en la doctrina norteamericana— un sistema de «intereses», que se ponen en juego para su satisfacción personal directa e inmediata. Entonces el problema está en pensar si la publicidad exteriorizada de esos intereses fuerza de suyo o encadena el proceso institucional a fórmulas rigurosamente administrativas o a estrictamente judiciales. Lo veremos más adelante. Aquí lo que interesa es subrayar que lo institucional, efectivamente, llama a una verificación funcional, *sin prejuzgar la naturaleza de ésta*, porque, como afirma PUGLIATTI, la *acertamento* o verificación es una *presunción de verdad*, no es comprobación incondicional.

3.3. CONEXIÓN INTERDISCIPLINARIA

La investigación moderna en las Ciencias Sociales, y por ende las Jurídicas está facilitando la comprensión científica en el análisis de instituciones, funciones y fenómenos jurídicos, sobre todo cuando se analizan en el lado de la facticidad o de su verificación como hechos sociales. Por eso creemos nosotros que a los juristas se nos facilita el camino de la comprensión a partir de los estudios de PARSONS o de PIAGET en los intentos de elevar a *sistema* —por *acumulación*, *convergencia* o *conexión*— datos que se ofrecen aparentemente sueltos, pero que en un enfoque metodológico encuentran explicaciones interrelacionadas. PIAGET llega, como se sabe, a más, pues explica la tendencia a naturalizar las ciencias humanas y a humanizar las ciencias naturales (*Tendencias de la investigación en las Ciencias Sociales*, Madrid, 1973).

La conexión interdisciplinaria en las Ciencias Jurídicas, en cuyo tema no vamos a entrar aquí, ha sido superado por algo más que ese capítulo de «relaciones» entre disciplinas que suele figurar en la parte general de los tratados concretos. E incluso trasciende a un problema de *metodología*. Se trata de algo más, y por eso el enfoque ajustado de las esferas público-privadas, o de cada una de ellas en sí, constituye parte de la hermenéutica jurídica fundamental y la mejor base científica para el estudio de las instituciones. En tal sentido creo que deben situarse las orientaciones doctrinales y académicas de quienes como AMORÓS GUARDIOLA (*Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Madrid, 1967) o MONTORO PUERTO (*Apuntes para la estructura de una Administración Registral*, Madrid, 1972), pues toda pretensión «autonomista» llevaría consigo la propia transformación o purificación de las esferas periféricas que son dispersas y hasta contradictorias.

Esto es aplicable de una manera especial al análisis de las convergencias institucionales y funcionales del Registro y en la búsqueda de su verdadera naturaleza. Cuando CHICO ORTIZ, MARÍN PÉREZ o NÚÑEZ LAGOS agotan casi todo el entramado posicional sobre la naturaleza de la función calificadora como parte medular de la función registral en sentido más amplio, en el fondo tratan de romper el propio encasillamiento cerrado para buscar un molde en cierto modo distinto, o si se quiere «distinto», como le llama LACRUZ BERDEJO, aunque siempre asomen puntos de mayor énfasis en unos u otros autores.

Aquí, nosotros no pretendemos otra cosa que apuntar la idea de que una *toma de conciencia interdisciplinaria* suavizaría las «torres de marfil» con que por deseos de autoexplicación doctrinal o modernismo se recargan las tintas o se hacen bascular determinados tipos conceptuales,

el problematismo o el sentido poliédrico de la norma. Y esto es importante precisamente porque la delimitación de la *institución-función registral* puede ser izada como bandera excluyente de pretensiones administrativas, hipotecaristas, civilistas y aun políticas de signo partidista, hasta el punto de que un desequilibrio excesivo pueda llevar al equívoco de *desnaturalizar* el sentido pleno de la *función* público-registral.

Insistimos: una visión interdisciplinaria de Ciencias Sustantivas, Civiles o Hipotecarias, las Procesales, las Administrativas —como con las Notariales o Mercantiles—, permite al menos huir de la tentación demagógica de llevar a un saco común —a veces roto— de las dimensiones plurales. En este caso, del *fenómeno complejo de la seguridad jurídico-inmobiliaria*, impidiendo la efectividad del mecanismo de equilibrio que ofrece lo institucional, o la purificación —por contraste o por acumulación— que brinda la contemplación *convergente* de las singularidades típicas de aquel fenómeno. cuestión que nosotros hemos analizado más globalmente en *Derecho. Guía de estudios universitarios*, Pamplona, 1979.

3.4. OTRAS ESFERAS FUNCIONALES

Las reflexiones anteriores creemos que facilitan un planteamiento omnicompreensivo, no dogmático, de lo que constituye una función pública, valorando los matices o especialidades, aunque sin llegar a un uniformismo funcional, porque es cosa distinta de la *unidad del orden jurídico*.

Pero al seguir penetrando en el «puesto» de la función registral dentro de la función pública, entendida ésta en su amplio sentido de convergencias y no de parcelaciones, tenemos aquí, cerrando este apartado, que referirnos a una elemental delimitación de aquélla con otras esferas funcionales de cuyas propias características, dentro del esquema interdisciplinario y estructural del ordenamiento español, obtengamos las propias del Registro.

3.4.1. *La esfera de la Administración en sentido estricto*

Las notas que nosotros subrayaríamos aquí serían las de *jerarquía, procedimiento, burocracia, poder y decisión*. Estas características pueden pesar más o menos en un sistema administrativo cuya coherencia o eficacia estará en el *grado y medida* en que una y otras se adecuen al tipo específico de *función*. Pero la esfera administrativa ha de ser coherente con el papel de que hablaba VILLAR PALASÍ de «instrumen-

tación para llenar lo social y que no lo desborden». Quienes, como juristas, tengan experiencia de Registros Administrativos concretos —de aguas, de concesiones administrativas, de montes, de inversiones extranjeras, de cooperativas, de convenios colectivos, de profesionales, de Matrículas de Aeronaves o de Automóviles, de la Propiedad Intelectual o Industrial, etc.— podrán distinguir perfectamente el ámbito de su juridicidad y legalidad y el ámbito de su eficacia *interna* o *erga omnes*. La sincronización con el aparato —sin peyorativos— departamental; el continuado proceso de autocontrol; los efectos jerárquicos o de subordinación; los sistemas de garantías y recursos; los factores en el *acto* administrativo en cuanto *decisión* —sin entrar en las colindancias con el acto político—, y la fiscalización que opera en escalones gubernativos continuados hasta llegar a lo jurisdiccional contencioso-administrativo que «salta» de la órbita gubernativa propia, es lo que les hace situar en la línea de que hablaba ZANOBINI del campo de la *Atestazione*. Con el riesgo del aditamento —como destaca FOTTGEN, a otros efectos— de la «*connatural* intervención administrativa».

El problema viene de atrás, cuando las esferas de lo ejecutivo, legislativo y judicial, muy levemente formuladas por MONTESQUIEU, que además lo fueron a otros efectos (cfr. nuestro trabajo *Génesis, legalidad y legitimidad del Estado de Derecho*, 1971), no pueden quedar enmarcadas herméticamente. Pero sobre todo cuando los pretendidos efectos jurídicos de la *registración* no se miden en posición *estática*, es decir, en la constatación en sí, sino que tienden, a partir de aquélla, a elevarse en la *dinámica* de los intereses y de los negocios jurídicos. Por lo tanto, una esfera administrativa funcional en la cual haya de hacerse sensible no ya la *patología* de los derechos y actos que la pudieran hacer posible —como puede ser la ejecución hipotecaria o la acción reivindicativa—, sino la *creatividad operativa* de una publicidad ante y frente a terceros, tiene el riesgo evidente de que la mera *atestificación* formal, burocrática y formalista no recoge toda la riqueza de la misma función. Al menos, como ya indicamos al principio, cuando leyes sustantivas como las Civiles, Mercantiles y de Procedimiento busquen una apoyatura objetiva específica, como es la institución registral. Esta es la explicación de nuestro intento de analizar y distinguir «servicio público» y «función pública», con la abundante cita de ZANOBINI en *Teoría...*, y que además de los autores alemanes citados se ha continuado en RASTELLO o BONIS, entre otros, como LACRUZ BERDEJO ha recordado ahora. (La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1977 vuelve a reiterar la de 4 de noviembre de 1961, mostrando su «alergia» a que órganos *administrativos* registrales se conviertan en «definidores del derecho de propiedad».)

3.4.2. *Esfera judicial o jurisdiccional estricta*

El ámbito de lo judicial ha venido progresivamente delimitándose por la necesidad, igualmente progresiva, de señalar un marco de garantías para el ejercicio de derechos y deberes de los ciudadanos, tanto para distinguir el acto administrativo del acto político como para establecer criterios «soberanos» en esta esfera, a los que sometan la propia Administración, al mismo tiempo que refuerzan la posición de las partes.

Este fenómeno de depuración y progresismo lo hemos advertido de una manera especial en países como algunos del área hispanoamericana cuando desconocían, por ejemplo, el contencioso-administrativo. Y también dentro de nosotros cuando la jurisprudencia laboral, en otro orden de cosas, venía clarificando positivamente su competencia para situaciones que en principio parecían no tener naturaleza jurídico-laboral. La aportación, apenas recordada, de MANUEL DE LA PLAZA (*Derecho Procesal Español*, Madrid, 1951, 125 y ss.) es aquí muy importante al recordar que si la jurisdicción es una «atribución» activa de los llamados a realizar la voluntad de la ley..., no puede identificarse la función jurisdiccional con la judicial, ya que *aquella tiene un contenido más amplio y puede no estar reservada a los que ejercen jurisdicción en el orden puramente judicial* (el subrayado es nuestro).

Pues bien, esta esfera judicial se ha venido caracterizando, entre otras, por las notas de *poder independiente*, *posición enjuiciadora de conflictos* de intereses, *suprema interpretación legal*, *aplicación y efectividad* de la norma, *compulsación del mínimo ético exigible*, singularmente en la esfera penal. La jurisdiccionalidad le viene dada a la esfera judicial como consecuencia de su propio *mandato*, aunque no es exclusiva de ella, ya que la jurisdicción tiene o se atribuye *mando* —esfera castrense— o se le adscribe a la misma autoridad gubernativa. Pero, sobre todo en su sentido más estricto, lo jurisdiccional abarca lo que es «contencioso» y a aquellas actuaciones de la Magistratura por sí homologadoras, purificadoras o exteriorizadoras de actos, negocios o situaciones que constituyen supuestos previos, no presuntamente litigiosos o patológicos, como son todas las resoluciones que encajan en la llamada «jurisdicción voluntaria», en su más amplio sentido, y que de alguna manera son compartidas o complementarias con otras esferas, desde la administrativa a la notarial o registral. De alguna manera es la fehaciencia pública, la notoriedad, la seriedad y rigor que es un factor sancionador, no patológico o conflictivo: «declaraciones de herederos», «declaraciones de "ausencia"», «declaraciones sobre reanudación de tráfico», «excesos de cabida», «inmatriculación», etc.

La soberanía intrínseca de la decisión judicial, servida con un «poder independiente», hace que la posible revisión o reconsideración de las resoluciones judiciales se muevan dentro del propio *proceso*, sin paliativos jerárquicos o burocráticos. Y cada «acto judicial» por sí mismo es soberano, dentro de la escala de recursos, ante lo que es «autoridad judicial». Los jueces no pueden guardar «silencio administrativo» y deben fallar con arreglo a ley, la costumbre o principios generales de derecho. Normalmente están instados por la intervención y asistencia de las «partes» y en algunos casos por un interés general «de oficio». Los fallos tienen valor creador o recreador que puede hacerse «normativo-jurisprudencial» en determinadas circunstancias; y el ámbito de la jurisdicción voluntaria, que está adscrita a los jueces, confirma las notas típicas y al tiempo generales de la esfera judicial. Hoy la experiencia de las distintas Leyes Orgánicas de la Justicia y el planteamiento constitucional a desarrollar creemos que perfilan suficientemente esta esfera. Algunos documentos de carácter general y de dimensión política (véase ORIOL Y URQUIJO en *El plan de reforma de la Justicia y su estado actual*, Madrid, 1968, o RUIZ JARABO, *La Administración de Justicia en la sociedad española de nuestro tiempo*, Madrid, 1971) revelan el sentido y tendencias a la clarificación del ámbito judicial, sin caer en maximalismos o «inflaciones». Incluso RUIZ JARABO (pág. 26 del trabajo citado), expresamente en su apartado IV de título muy expresivo, «Las nuevas perspectivas de la función judicial en los diversos sectores jurisdiccionales», hablaba de las «reservas» connaturales a dicha esfera bien en razón de lo que denominaba «abogacía preventiva» o «por la existencia de instituciones parajurisdiccionales de carácter no estatal», lo que obliga a «*analizar las actuales características que aquellos sectores de la vida jurídica presentan en la actualidad (para) recoger todos los fenómenos y situaciones que la realidad nos ofrece*», con vista, en definitiva, a la depuración del fenómeno judicial que es, a nuestro modo de ver, la pretensión de ROMÁN CALDERÓN en los años treinta y actualmente OGÁYAR AYLLÓN.

3.4.3. *Esfera registral: tipicidad o autonomía funcional*

Tenemos, pues, una doble tendencia: por un lado, en la esfera administrativa con la necesidad de una mayor «juridicidad», que al propio tiempo recorte la discrecionalidad, burocracia o dé sentido responsable a lo jerárquico o decisorio, lo que a su vez obligaría, para ser eficiente, a delimitar su propio ámbito no sólo ante lo judicial, sino ante las «instituciones parajurisdiccionales», que igualmente pueden escapar, en principio, a la esfera judicial. Esta última ha de profundizar en su propia

dimensión y esfera, como garantía suprema, eficacia, ejemplaridad y rapidez, dejando, también en principio, subsistentes otros *órdenes para-judiciales* que no hagan a lo judicial una pieza de vanguardia y de choque, sino de instancia suprema y garantía final, como es claro en la actualidad en el orden laboral y sindical al haberse dejado en vía muerta el cauce amigable de la conciliación o el proceso esclarecedor del *amparo sindical* en las cuestiones intersindicales o interprofesionales. En realidad, esos supuestos son connotaciones de un pensamiento más general que se encuentra ya en la conocida expresión de C. SCHMITT de que «*a la esencia de la garantía institucional no pertenecen ni un derecho subjetivo ni la apertura de una vía judicial*», idea que convendrá retenerla para nuestra posición final.

Pues bien, la esfera registral ha de verse no sólo en su conemplación histórica, lo cual, como hemos visto, ya es importante, sino también en aquella *doble relación* y delimitación institucional-funcional, que se aquilata cuando se contemplan las notas específicas de la esfera administrativa y la esfera judicial. La compulsación de su *tipicidad*, la adscripción *sui generis* de aspectos inicialmente comunes o semejantes, pero cualificados, pueden servir para huir de toda invasión maximalista si se tratase, con simplismo, de ahogar en una u otra esfera —administrativa o judicial— la función registral.

La existencia de «fines públicos» ha de ser servida, desde luego, a través de una «función pública», como pública se llama a la «fe notarial», pero en el grado y medida que contribuya más y menos a hacerlos viables. Y sincronizados, desde luego, tanto con el entramado público-orgánico administrativo que le sirve de soporte institucional como con el «orden judicial estricto» que le ofrece la suprema garantía. (Sobre la función notarial, RODRÍGUEZ ADRADOS ha hecho importantes aportaciones, aunque sobre postulados y métodos distintos, aunque no contrapuestos, a los nuestros.)

Aquí radica la clave de la búsqueda de la verdadera naturaleza de esa función registral. Que no está —dicho a título de ejemplo— ni en la posición funcionarial o no del sujeto —la Ley de Funcionarios de 1964 fue explícita al excluir de la órbita de la ley a determinados funcionarios públicos— ni, a la inversa, en llevar a un saco común genéricamente denominado «función pública» a órdenes especiales de actuación, como pudiera verse si se arrastrase, por ejemplo, a tal encasillamiento a la misma *función pública-judicial*, o *función pública-parlamentaria*, o *función pública-castrense*, etc. Para nosotros, pues, el carácter o no de «funcionario público» no condiciona la naturaleza, sentido y trascendencia de la función. Hubo un intento formal en la ley citada de 1964 de su aplicación a los registradores, como pudimos apreciar quienes participa-

mos en los debates de la Comisión, pero el tema se debatía desde una óptica presupuestaria y formal, sin entrar nunca en lo que era *función* pública, aspectos estos posteriormente analizados por el Consejo de Estado y sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1967.

Nosotros habíamos ya apuntado a una conexión interdisciplinaria como dato de investigación en las Ciencias Sociales contemporáneas. Ahora podíamos hablar de la conexión disciplinaria-interfuncional, lo que exige su propia clarificación, autoanálisis y tipicidad. Y por lo que se refiere a la función registral, importa especialmente —con independencia de situaciones subjetivas, profesionales o de «servicio público-social»; ya adelantamos las posibilidades claras de tipicidad o autonomía funcional. Al igual que *lo justo* se busca —según ARISTÓTELES en su *Ética a Nicómaco*— en la naturaleza de las cosas, o en *lo vivido en la comunidad*, igualmente creemos válido y honesto todo intento de desenmarañar lo autonómico o típico de esa función registral en el propio contexto de su singladura histórica y de la naturaleza de las cosas y asuntos registrales, como diría RECASENS SICHES.

4. NATURALEZA DE LA FUNCION REGISTRAL

Las aportaciones de nuestros «primitivos hipotecaristas», MUÑOZ CASTILLAS, PAGE (EUGENIO), CASSO, VENTURA Y SOLÁ, CAMPUZANO, PAZOS Y GARCÍA, BARRACHINA PASTOR, ROMANÍ CALDERÓN, TELLY LAFONT, CASTRO (FELICÍSIMO), PUIGDENDOLAS, GARCÍA GUIJARRO, BERNAL Y LEZÓN, DÍAZ MORENO (algunas de cuyas *obras* fueron abiertas por vez primera en las bibliotecas de los Colegios Notarial y Registral al preparar nuestra tesis doctoral, *Teoría...*, antes citada, y cuyas ideas quedaron reflejadas en ese libro nuestro); la coincidencia por el planteamiento problemático del tema por los especialistas citados, singularmente LACRUZ, DÍEZ PICAZO, MARÍN PÉREZ, NÚÑEZ LAGOS, GONZÁLEZ PÉREZ, CHICO FERNÁNDEZ, GARCÍA TREVIJANO, y finalmente los datos que nos han facilitado por la publicación por el Colegio de Registradores de los cinco volúmenes sobre las *Leyes Hipotecarias...*, nos llevan —ya en la recta final de este trabajo— a dos consideraciones:

Una, la constatación histórica *de un proceso doctrinal, legislativo y jurisprudencial* sobre la creciente modulación progresivista de la *función registral*, cuya problemática subsiste, lo que quiere decir que *es un tema vivo*, si se quiere no zanjado, pero que tampoco puede ser fácilmente o apriorísticamente preconcebido o prejuzgado ni en la órbita sociojurídica ni en la órbita revisionista a ultranza.

Y la otra consideración es que, por los datos que nos ofrecen la

doctrina y el derecho comparado, y puesto que esta parte final va a vía de conclusiones y de reflexiones generales, no pretendemos un análisis pormenorizado de normas o disposiciones hipotecarias de la *Ley* o del *Reglamento*, y que a cada paso pudieran representar una argumentación exhaustiva para los aspectos fundamentales, como pautas o valores sobre los cuales basamos nuestra investigación al respecto. Creo que la misma naturaleza peculiar de la «jurisprudencia» de la Dirección General de Registros y la propia del Tribunal Supremo merecerían, globalmente, un análisis monográfico, y positivo y de indudable valor doctrinal y práctico. Pero de una y otra jurisprudencia, que nunca —sobre el tema de la función registral— ha sido monolítica ni rígida, creo que, al contrario, no sólo no se cierran las puertas, sino que autoexigen unas consideraciones metajurídicas —aunque no metacientíficas— que modestamente, pensamos, pueden ser útiles, máxime si en esta especie de «reprise-tinación», nosotros queremos ser respetuosos no solamente con toda la historia doctrinal y jurisprudencial o legislativa, sino que, con sincera humildad, nos sometemos al mejor criterio de los demás y de ulteriores reformas que puedan tener el carácter de científicas y de reales. En tal sentido, pues, va redactada esta parte final, que deliberadamente es breve y casi conclusiva.

4.1. CALIFICACIÓN Y HOMOLOGACIÓN AUTONÓMICA

El tema de la naturaleza de la *función calificadora* es lo primero que salta a la vista y sobre el que recaen las pulsaciones para el encuadramiento de la naturaleza de la función registral. Nosotros, de entrada, queremos puntualizar —y apelamos además a una experiencia vivida— que *hay algo más*, y que sólo puede venir determinado del *conjunto* del análisis de los aspectos instrumentales, de las pautas y valores, así como de la naturaleza peculiar de lo que ya anticipamos constituye una «justicia registral».

En el contexto de nuestro ordenamiento jurídico y en las singularidades de verificación sociológica, ¿qué es lo que realmente está haciendo el registrador al *calificar* y, en su *caso*, inscribir? El famoso artículo 18 —con el artículo 3.º— de la Ley Hipotecaria, que en realidad recoge toda la experiencia histórica y doctrinal, y jurisprudencial, constituye la piedra medular, aunque *dinámica* —como los cimientos de los grandes rascacielos en México, sometidos a inyecciones o absorciones de humedad para mantener su propia línea de flotación—, de la función *calificadora*.

Se trata, a nuestro modo de ver, de una tarea de *homologación puri-*

ficadora de actos o documentos presuntamente válidos y desde luego *ciertos* —notariales, judiciales o administrativos— en razón de la *operatividad dinámica y creadora* que a partir de su reflejo publicitario inscrito va a surgir.

Al disponer —como luego veremos— de unos instrumentos complementarios a la *ley*, cuyo cumplimiento, respeto e interpretación se le impone, como son los propios *asientos*, se está, casi sin querer, agrandando o ampliando la eficacia de la propia titulación pública que le deviene. Por eso se da un sentido restrictivo al documento privado, por no decir su marginación registral. Pero una vez ya, con la apoyatura reseñada, disponga del instrumento *legal-registral*, se le impone, como al juez, una determinación calificadora, y lo hace con plena *independencia* y además bajo su *suprema responsabilidad*, cuyas singularidades con respecto a las de los demás funcionarios públicos no son puramente formales, sino *institucionales*, como se advierte en la doctrina italiana: DE LIRE, NATOLI, entre otros, y en línea con los hipotecaristas y civilistas españoles. Se acerca, pues a la «soberanía judicial», aunque a su vez está sometido a ella no sólo por el recurso gubernativo que *enlaza* con lo «judicial» —los presidentes de las Audiencias Territoriales en un primer escalón—, sino porque pesará siempre el más pleno y soberano control expectante, que es la «declaración judicial» sobre la validez o invalidez de los propios actos y negocios jurídicos o de las propias inscripciones formales.

Se cualifica, además de la «responsabilidad administrativa» *sui generis*, porque la calificación no se hace en virtud de un *mandato* de la Administración, y por eso no hay responsabilidad subsidiaria del Estado, sino directa y personal.

La función calificadora, pues, implica una *independencia*, pero sin estar revestidos del «poder judicial» ni del «poder administrativo» —aunque haya jerarquía interna gubernativa—. Cada escalón de calificación —registrador, Audiencia Territorial-presidente, Dirección General de los Registros y del Notariado— tiene singularidades propias. Algunas son comunes, otras son singulares, como el de la propia y directa responsabilidad personal del primer escalón, *registrador*.

Una segunda nota en esta función homologadora autonómica está en las limitaciones de «oficiosidad». Mientras que en la esfera administrativa los resortes y poderes en el propio procedimiento administrativo son enormes no sólo a nivel de *decisiones*, sino de «consultas e informes», en el registrador de la propiedad, como luego veremos, su intervención «de oficio» o de «impulso» es prácticamente inexistente. Es posible, y algunos autores lo sugieren, que fuera conveniente una mayor *iniciativa* del titular, aunque se llegase a la «Diligencias para mejor proveer». El

Reglamento hipotecario contiene algunas normas orientadoras, sean en la mecánica de rectificación de errores, sea para interpretar posibles desincronizaciones de certificaciones de última voluntad, etc. Poco más. Subrayo el caso excepcional de la regulación de los excesos de cabida [art. 298, 5.º, casos A) al D)], en el cual el legislador adopta una posición más positiva: «*En todos los casos será indispensable que no haya duda fundada de la identidad de la finca.*» Y esto da pie, bien entendido, a que los supuestos de exceso de cabida, en los supuestos de menos del quinto, etc., pueda el titular del Registro optar por exigencias superiores a las mínimamente establecidas, tales como publicación de edictos en todo caso, ratificaciones ante el registrador de presuntas mediciones actualizadas, acompañamiento de planos, actualización de documentos catastrales, etc. Sería el caso excepcional confirmatorio de la regla general.

Si el registrador no es autómatas ante la calificación, las limitaciones de su «oficiosidad» son un hecho, como lo es el respeto a la *voluntariedad* de la inscripción. Ahí está el *riesgo* y la *servidumbre* de su función, lo que la hace típica, peculiar. No puede llegar al uso de las facultades que a una autoridad o funcionario público se le dan en una tramitación de un expediente para su «impulso» o ulterior supercontrol, rapidez, etcétera. Tampoco puede ir graduando en «providencias», «autos» o «sentencias», y en todo el «conjunto de pruebas» y «diligencias», a instancia de las partes o de «oficio», en su caso, que le vayan sirviendo ambientación legal y de conciencia. Y esto es así por la misma naturaleza de la función calificadora, que ni es homologadora para la simple *attestazione* ni es, como clara situación «contenciosa», susceptible de ser removida frontalmente.

Por esta doble autolimitación creemos nosotros se puede salir al paso de quienes pudieran ver en el «acto registral» una *acción administrativa*, ya que ni los supuestos ni la «naturaleza» del procedimiento pueden serlo. La teoría del «registro jurídico unitario» —MONTORO PUERTO, por ejemplo— supondría una *modificación sustancial de todo el esquema procedimental registral previsto en las leyes administrativas*, y también de las propias leyes sustantivas, civiles, mercantiles e hipotecarias. Esto no es precisamente la tendencia que se observa en el Derecho comparado, ni por fortuna la orientación que se desprende del Real Decreto 1030/80, de 3 de mayo, ya citado, que ha servido de base para nuestro trabajo «Coordinación del Catastro con el Registro de la Propiedad», Revista *Municipalia*, agosto 1980, por la trascendencia que cada vez más se da al crédito y a la propiedad, y la necesidad de hacer más puro, autónomo y, si se quiere, más *parajudicial* las decisiones sobre la seguridad jurídica mercantil e inmobiliaria, que alcanzan la categoría de *derechos*

humanos concretos en toda visión humanizada de la convivencia democrática.

La otra tentación —también ya vieja en la doctrina— va dirigida a establecer *retoques* en el procedimiento, singularmente en la esfera de recursos y competencias ante los mismos para llegar —lo apunta OGÁYAR AYLÓN— a un acercamiento, y que al final de la calificación sea una *asimilación jurisprudencial* con la esfera judicial.

Sin embargo se olvida ese dato riguroso y exacto en que se mueve el ámbito de la calificación, que, además de ser meramente *homologadora* en principio, no se propone una prueba de «contradicción», la cual se reserva a los tribunales. De ahí la explicación de esa «limitación» de «oficiosidad», que precisamente está llamando a un celo especial y al riesgo de su propia responsabilidad. Esto nos haría adelantar —como ya anunciábamos en nuestra *Teoría...*, ob. cit.— que estamos contemplando un *servicio público-social de seguridad jurídica peculiar* —pues, como es sabido, la teoría del servicio público típicamente administrativo ha sufrido una fuerte evolución— y al mismo tiempo estamos en una *línea aproximativa* a lo que se ha venido denominando «jurisdicción voluntaria», ámbito de las esferas judicial, la notarial o la administrativa o de la arbitral, en las cuales hay autenticación de *status*, de *situaciones*, pero no existe la controversia, la contradicción, es decir, la penetración en vertical y sí en horizontal.

Si en la esfera administrativa a veces es imperativo el control de la legalidad, coadyuvando con la autoridad administrativa —audiencia del *abogado del Estado*, etc.—, en la judicial la intervención del *Ministerio Fiscal* supone una exigencia peculiar. Por lo tanto, no es en la forma, sino en el procedimiento y *efectos* donde se ve más claro el sentido de *homologación autonómica* de la calificación registral, que en esto guarda unas líneas aproximativas tanto con la función de *attestazione* como con lo tradicionalmente llamado «jurisdicción voluntaria», pero sin confundirse con ellas. De tal manera que incluso no *se autoexcluyen*, como pueden ser en los *expedientes de inmatriculación* o de *excesos de cabida* o de *reanudación del tracto* en las que pueden combinarse una instrumentación notarial-registral directa o los procedimientos especiales judiciales que reciben el nombre de «expedientes», acepción muy propia de la normativa administrativa.

Anotemos como dato *positivo*, en este orden de cosas —sin entrar en el fondo—, la expresa mención a la autonomía funcional típica, en el *Protocolo de la Generalidad* (26-2-80), en materia urbanística, como normas orientadoras a Notarios y Registradores, con respecto a la Ley del Suelo y la mecánica registral pertinente.

4.2. ESQUEMAS Y ESTRUCTURAS INSTRUMENTALES

Decíamos que el tema de la función calificadora no es, de por sí solo, determinante de la naturaleza de la *función registral*, aunque creo que en una buena hermenéutica doctrinal hay que partir de aquélla. Pero factores instrumentales también nos ayudarán en la investigación.

Como ya adelantábamos antes, el registrador opera ante la calificación con dos herramientas básicas: las *leyes* y los *asientos* del registro. El principio de legalidad constituye, pues, la base sustancial de operatividad. Por eso algún autor, por analogía, habló del registrador como un «fiscal o defensor de la ley». Cuando se analizan en conjunto las argumentaciones de los registradores, al informar los *recursos gubernativos* contra una calificación, se podrá observar una *línea-bastión*, serena y profunda, en los aspectos *legales*, casi *más y mejor* que en la mecánica formal registral. No es una apelación a la última instancia, a la ley, como argumentación dialéctica. Es que en definitiva es con ella y por ella por donde el registrador enjuicia y valora en último término su propia decisión, independiente y responsable. Incluso los recursos de carácter doctrinal que recíprocamente pueden darse señalan, pero sobre todo cualifican, de manera singular tal medio instrumental. (Los capítulos III y IV de nuestra *Teoría...*, ob. cit., 217-244, están dedicados con detalle a los temas de la función calificadora del registrador y el valor de las resoluciones de la Dirección General. Las ideas que allí se recogen, singularmente las de RUIZ MARTÍNEZ y CAMPUZANO, sirven para destacar los «elementos» que nutren la propia actividad registral y que le sirven de factores cualificados con respecto a la determinación de su naturaleza.)

La *ley*, sin duda, es también instrumento inicial en las resoluciones administrativas o judiciales, por eso ahí todavía tendríamos grandes semejanzas con respecto a lo judicial. Lo característico y típico es que *además* de la ley-norma el registrador dispone como estructuras y medios la *legalidad presuntiva de los propios asientos*, que son válidos y dan prueba fehaciente mientras los tribunales no declaren su nulidad. Por tanto se produce no un complemento o confrontación entre la *verdad jurídico-real* y la *verdad jurídico-formal*, sino que la *ley* y *asientos* registrales contribuyen a fundamentar el acto de calificación; y esto a instancia y solicitud de partes, pero sin controversia con ellas, sin «pretensión». No es «cosa juzgada», aunque Cossío gráficamente le llame «juicio hipotecario».

Esta es, pues, una *singularidad* que trasciende a la mera autenticación, purificación u homologación. Por varias razones:

La primera de ellas, porque el registrador, una vez calificado un acto o negocio jurídico que le viene ya autenticado, es decir, documento público, al proceder a redactar y firmar el asiento no solamente ha de hacer *resolución* o *fallo* de lo que «en su virtud inscribe», interpartes, sino que los propios asientos deben quedar *predispuestos como previsión de conductas hacia el tercero*, como una especie de *titular expectante y potencial*. Todas las restricciones a dar entrada a actos anulables, o a actos *condicionados* administrativamente, o a las *mentiones* o derechos personales, se basan en una filosofía de la *verdad* y de la *claridad* hacia ese tercero que puede operar *a partir de y por lo que* le devengan los datos registrales. En la mente del registrador, pues, está con frecuencia no sólo el «acceso» a los libros del Registro, sino la «incorporación dinámica» que la registración ofrece para los actos y negocios *posteriores*. Y esta previsión, con carácter normal, de conductas posteriores es de una riqueza creadora insospechada y singulariza más al vivo lo que era una simple, aunque técnicamente perfecta, función calificadora. Es, en todo caso, «una constatación *jurídica* de la situación que en cada caso se contempla y no en el de *hecho*» (cfr. REYES MONTERREAL en *El discutido tercero*, hom. a ROCA SASTRE, vol. III, 1115 y ss.).

En segundo lugar se produce una *exteriorización material-formal* del acto o *negocio jurídico*. La validez de la resolución administrativa, del fallo judicial o de la escritura pública no se pone en duda mientras reúne los requisitos legales, intrínsecos y formales. Pero cuando accede al Registro y «apunta» ya al juego de la *dinámica* de los derechos reales, se produce una *exteriorización del acto que sólo tuvo evidencia entre las partes*. Y ese pregonar con naturalidad las situaciones jurídicas personales inmobiliarias, y que al tiempo son *expectativas*, no representan los soportes de hechos jurídicos —que constataría un registro administrativo normal—, sino hechos y actos *materialmente publicitados para el tercero y para toda la comunidad*. Es un «destape» sincero, abierto, claro, de todo un *patrimonio* o de todo un juego de relaciones jurídicas. Y esta nota no se le puede escapar por tanto al registrador, como con frecuencia se argumenta ante los recursos de calificación, ya que el «servicio o cometido social» no se agota con la *previa homologación*, sino en la *trascendencia publicitada*, y con independencia en el valor sustante en algunos casos definitivos y otros supuestos, como el tercero adquirente oneroso de buena fe que *primero* llegó al Registro (artículo 38, 41, de la Ley Hipotecaria).

Y en tercer lugar, en *el comportamiento sociológico-funcional*. Dadas estas propias características, el registrador no es sólo velador de la ley o encauzador de las conductas presuntivamente posibles y que han de ser jurídicas del tercero, sino que *por todo ello*, y dentro de márgenes

reglamentarios abiertos, es además un *profesional* que *acerca, orienta o asesora al titular protegible*. No sé si me explico: es *algo más y algo menos* que un funcionario. Las limitaciones, y en otros casos posibilidades reglamentarias, no excluyen, sino que estimulan al registrador a una tarea no rígida, como la administrativa, ni soberanamente independiente, como la del juez, sino que además, sin tomar partido ni retribución, el buen registrador puede y debe ofrecer orientaciones, consejo o posiciones que acerquen la problemática jurídica a las soluciones legales y reglamentarias.

Por eso suele decir que la función *sui generis* del registrador, hasta gráficamente, la cualifica su propio escenario: en la oficina pública el registrador *no dispone* de estrado ni de *vara*, pero tampoco dispone —o no debe disponer— de *ventanilla pública*. El «despacho» es más abierto que las mamparas y ventanillas y menos solemne que el estrado. En realidad —aunque este aspecto puede discutirse o no verse con claridad— esa posición, no de controversia ni de *litis*, permite, si paternalismo, producir algo que es —por otras vías— *slogan de acercar la justicia al justiciable*, en tanto en cuanto los requisitos de legalidad formal no impiden que a los «terceros» o sus asesores y letrados se ofrezcan o señalen vías reglamentarias para el logro de recíprocas garantías publicitarias. La correlación y colaboración doctrinal y práctica con el notario es todo un símbolo.

En Austria, donde por razones históricas la función calificadora se adscribe a jueces especializados, se dan pequeños «juicios verbales inominados», toda vez que en presencia del titular juez registral se produce una «audiencia» o «información recíproca» cuando las situaciones se ofrecen, *a prima facie*, algún aspecto necesitado de claridad. De tal manera que, aunque no se produzca una resolución expresa, el registrador le sirve de *toma de conciencia* para su personal y directa calificación, una vez obtenida informalmente esa audiencia o información conjunta.

Esta tarea, creemos nosotros, es algo más que el sentido de humanización que debe imperar en toda función pública. Porque dado el contexto del sistema registral y —como diría COSTA— el de la propia Organización del Notariado, de la Administración y de la Judicatura —la naturaleza de los «asuntos registrales» da pie a esa nota de acercamiento o de aproximación funcional—, no se trata aquí, desde luego, de un deslinde de campos profesionales; se trata de una peculiaridad en la función, que tiene su *historia*, su *praxis* y sus *valores* precisamente porque es correcto que las partes y letrados puedan solicitar del registrador, objetivamente, orientaciones formalmente legales, sin controversia, para llegar a la *concordancia* del Registro con la realidad, para la subsanación de errores o para que el Registro pueda cumplir su misión

de manera plena, a veces poniendo su énfasis en *derechos legitimarios*, mencionados o inscritos, que pertenecen a la «historia» gráfica y escrita de los asientos, mientras estén «vivos» en la realidad-verdad jurídico-registral. Siempre quedará al final la función calificadora, pero el que exista esa sola posibilidad —casi inviable en las esferas administrativas o judiciales— ya está mostrando que las «estructuras» y las «formas operativas» contribuyen también a *tipificar* la función pública registral. Posiblemente en esa línea de no burocratización y de humanización funcional es donde, de hecho, se dan no pocos de los frutos del sistema registral, cualesquiera sean otros aspectos dignos de mejora o de perfección. (Díe LAMANA, en su intervención en la Delegación Regional del C. N. de R. de la P. de España, aludió a estas *singularidades* de la función registral, como nosotros hicimos constar —Barcelona, 4 de julio de 1979—.)

4.3. VALORES FINES

La *función* homologadora autonómica y los *medios* instrumentales para ello no quedan en ellos mismos, sino que está constantemente llamando a valores y fines a cumplir en una comunidad social, aunque se trate principalmente de derechos *interpersonales* relacionados con el tráfico jurídico inmobiliario o, en su caso, mercantil.

Creo que en esta línea insistieron más nuestros antiguos hipotecaristas —PAZOS Y GARCÍA ROMANÍ, CALDERÓN, TELL Y LAFONT, BERAUD Y LEZÓN, entre otros—, y ya no digamos los parlamentarios en nuestras primitivas leyes hipotecarias, ya que estas pautas y valores, que hoy llamaríamos de signo social y de alta técnica jurídica —como lo fue la de nuestros codificadores del siglo XIX—, fueron las que pudieron hacer arrancar y dar vía libre a aquellas normas hipotecarias por encima de las controversias e intereses político-partidistas, y sin esperar a las leyes sustantivas civiles y mercantiles que habrían de venir después.

Creo, con respeto, que ante todo intento revisionista, o simplemente ante toda investigación que quiera de verdad penetrar en las esencias de la auténtica naturaleza de un sistema registral, no se podrán perder de vista esos *valores y fines*. Y ello será para que *mejor* se realicen, pero no para que se desnaturalicen. Importa su mejor adecuación a la «cosa pública registral».

Naturalmente, aquí y ahora, no vamos nosotros a hacer un puntuario de esos valores ni tampoco dogmatizar sobre su exclusividad o tipicidad dentro de la función registral, porque, al contrario, se trata de hacerlos conexos y convergentes con parecidos valores, servicios y cometidos que

tienen la función o acción administrativa típica, y no digamos la sagrada y prevalente de carácter judicial, en sus respectivas órbitas.

Al insistir en la preocupación de descubrir el verdadero «puesto que tiene el Registro en el mundo jurídico» vamos a reseñar algunas, quizá las más indiscutibles o comunes, pero también aquellas que en la vida actual no sólo son incontrovertibles, sino urgentes y necesarias:

Certeza presuntivamente probada: nosotros hemos sostenido que el *destinatario de la fe pública registral*, una vez que el titular-interesado inscribe, es la *propia sociedad*. El primer valor que opera, aunque aparentemente sea mecánico —una vez «firme» esta sentencia o *este* auto, etcétera—, es el de la «certeza» que con la publicidad de un asiento registral se *señala*. Allí puede verse *cómo* y *de qué manera* se ha hecho la «negociación», el notario autorizante y las expresiones formales o *materiales*, a algunas de las cuales no alcanza la *plenitud de certeza* —descripción o datos físicos de la finca, etc.—, pero que en todo caso constan como datos susceptibles de comprobación material. (El respeto, el silencio y la seriedad que se observa en las «salas de manifestaciones», muy visitadas, de los grandes Registros es para mí significativo.)

Es una certeza, desde luego, susceptible de invalidación o revisión, pero esto es tan excepcional que los datos estadísticos sobre demandas anotadas son escalofriantemente escasos, por lo «anormal». Y la certeza es un *valor jurídico* que, añadido a la *claridad*, permite modernamente recordar la frase de «que notaría y registro abiertos, juzgado no necesario».

Pero aún nos interesa el lado positivo-creador de la certeza, en tanto en cuanto que *facilita* y *promueve un instituto* de adquisición según tábulas, que encierra el valor de acrecimiento y *disponibilidad jurídica* de aquel que se somete a las reglas del juego de la legalidad registral y se autodefende, sin más, por la simple inscripción, cuando, por ejemplo, se deniega un embargo.

El valor *seguridad jurídica-justicia*, que nosotros hemos glosado monográficamente en *Introducción al Derecho*, es el fruto *dinámico* de la propia certeza no *estáticamente concebida*. Las posibles líneas reformistas o progresistas deben ir *para reafirmar* este valor de seguridad jurídica y no para aminorarlo. Las sociedades modernas han situado al hombre en una zona de penumbra y de inseguridad. En todos los órdenes. RADBRUCH se había adelantado al contrapunto inequívoco de exigencias de lo justo para referenciar la *idea* del Derecho a dos polos, el de la *Justicia* y el de la *Seguridad*, enlazados en su gran obra final de posguerra, *La naturaleza de la cosa*.

Se trata de dar, *prima facie*, un contenido real a esa seguridad jurídica, con reserva a los tribunales, en su caso, de la otra pauta, la de justicia, que está en un escalón superior. Por eso resulta correcto, al menos en teoría, que haya un equilibrio de *estructuras* entre las estrictamente *judiciales* y las *registrales*. Con un reparto de «poderes» sincronizados. A la vez que, por el principio de funcionalidad y especialización, se delimita la acumulación o yuxtaposición de funciones. Sin torres de marfil ni hegemonismos baratos.

Eso le da su peculiaridad funcional a lo registral con respecto a lo *judicial*. Y con mayor motivo con respecto a la *acción* administrativa, que tiene igualmente su ámbito funcional en los elementos *facticos* —sean catastrales, urbanísticos, materiales, fiscales, etc.—, con un gran papel y competencia, evitando una «inflación» jurídico-sustantiva que desnaturalizaría el propio procedimiento o expediente del mismo carácter típicamente administrativo. Creo que tienen materia y competencia más que sobrada aquellas dos esferas. No es poco que las puedan cumplir con la dignidad habitual que les caracteriza.

Estas dos pautas, por sí mismas, predisponen la finalidad de *promoción y desarrollo del crédito*, tema este —como hemos recordado en citas anteriores— que fue el caballo de batalla de lo que ya en el siglo pasado se llamó *la nueva revolución* por la vía de las *opciones crediticias* según el Registro. Toda la titulación registral es «oro» crediticio y economía en potencia, cualesquiera sean las coyunturas de cada momento. Y decir crédito es decir ahorro, previsión, sacrificio, libertad, trabajo, comunibilidad de bienes y de esfuerzos. No es que se trate de una fórmula excluyente de otras —Estados Unidos acertó en instrumentar el sistema de seguros—, pero sí de hacerlas valer en determinadas estructuras. El sistema que ha perdurado en Alemania desde el siglo pasado y que ha sobrevivido a tantas contiendas y situaciones políticas o económicas es un ejemplo singular de estepreciado valor que permite el juego creador, hasta el de la llamada «hipoteca de propietario». Y en el «milagro alemán», de nuevo las instituciones hipotecarias de seguridad, que no fueron desmontadas por el poder de Hitler, está otra vez una de sus explicaciones; como la de los pueblos que superan la fase de subdesarrollo.

Cobra también relieve singular —como fruto de esa misma singularidad funcional— el papel esencial para una *justicia* fiscal equilibrada y justa. En *Modernas orientaciones...*, ob. cit., págs. 69, y ss., hemos aludido al caso austríaco como modelo de sincronización fiscal-registral que, partiendo de la coordinación Registro-Catastro, a cada instante se nos da la titularización patrimonial sujeta a tributación y las bases objetivas reales. Es así como se destaca de nuevo la peculiaridad de la función registral, que no podría ser juez y parte ante la registración administra-

tiva fiscal. ALVARO D'ORS, con la alta dimensión de todos sus planteamientos, en *Papeles de oficio universitario* —Madrid, 1961, págs. 190 y siguientes—, aludía a una «*institución muy importante de la vida moderna... ya sea el Registro de la Propiedad, en el que se apuntan todas las vicisitudes de las fincas rústicas y urbanas. ¿Qué es un Registro? Pues un Registro es a la vez un instrumento de publicidad y de control fiscal. Publicidad y control fiscal no son dos momentos que nada tengan que ver entre sí, sino que se integran en una realidad: la intervención pública... que quiere decir que el poder público* —lo que en un término que cuenta ya con unos cinco siglos de antigüedad llamamos Estado— *se interesa en todos los negocios que realizan los particulares... para someter, mediante una organización racional, todo el movimiento de la vida de la masa sometida a aquel poder público a exacción, normalmente proporcional o dineraria*».

En la historia de la evolución progresiva de los *Oficios y Contadurías de Hipotecas*, o del propio *Impuesto de Registro*, se pueden ver las connotaciones iniciales de algo que ahora, en una sociedad moderna, es inexcusable no sólo en su planteamiento, sino en su *buen hacer*: una *reforma fiscal progresiva que sea justa*. Y no habrá otro camino que seguir en esa línea. Pero no para someter o esclavizar todo el esquema y estructura registral a las exigencias del fisco, sino para que unas u otras estructuras se coordinen y complementen. Ese puede ser el riesgo del legislador reformista fiscal: el desprecio o el olvido de esa parcela autonómica de la función registral para inundarla de «compromisos fiscales», sin haber valorado que desde su propio origen, y desde su propio *puesto*, es como se puede coadyuvar al objetivo de una justicia tributaria. Una «fiscalización administrativa» por la vía de la *funcionalización administrativa* de los asientos registrales podría hacer huir a los titulares registrales ante el interés y efecto de la publicidad registral causa aquella de una corriente desinscribitoria, como se observa en aquellos sistemas en los que pervive el sistema francés, hoy prácticamente superado y enriquecido. (El respeto y sincronización de Registro y Catastro en Alemania lo han tratado RICHTER y otros autores en la obra *Grundbuch. Grundsüch. Grenze*, Berlín, 1978.)

Y nos quedan como pautas aquellas otras funciones público-administrativas «extra-vagantes», es decir, que de supo radican *fuera* de la institución registral, pero ante las cuales aquéllas pueden ser soporte, ayuda o complemento.

También en este tema hemos de advertir dos tipos de fenómenos, entre otros: por un lado, la notoria *sensibilización* de la institución registral para aquellos fenómenos públicos cuyos cometidos sociales habrían de incidir o ampararse registralmente, así en las nuevas áreas del dere-

cho agrario y del derecho urbano, incluso modernamente en la Defensa y Turismo Nacional, o en el derecho financiero o monetario internacional. Y de otro, la «inflación» de autorizaciones administrativas, cuya constancia o exigencia registral puede modelar o trastocar los principios de claridad, certeza y plena homologación, en espera de que la mecánica administrativa opere diligentemente.

Es verdad que se ha producido indirectamente, por tales fenómenos, una cosa positiva, y que ha consistido en la ruptura del *círculo vicioso* en que sociológicamente se movían las instituciones hipotecarias, que por estar a disposición de la libertad y voluntariedad individual, al tiempo de valorar aquellos fines «extravagantes», producían corrientes de obstaculización en las inscripciones. Hoy el proceso de lo que en otro lugar hemos llamado *inscripción obligatoria progresiva* —elogiado doctrinalmente por RAMÓN DE LA RICA— es una realidad. Y el propio Reglamento Hipotecario se ha actualizado con señalamiento de *plazos a los condicionamientos administrativos* o dando normas orientadoras.

Pero lo que importa aquí es subrayar que la institución registral efectivamente puede servir esos fines «extravagantes» de una *legislación especial notarialmente público-social*, sea en el campo de la vivienda o de las inversiones extranjeras o propiedades especiales. Mas, al propio tiempo, reclama constantemente su *auténtica pureza, autonomía y no yuxtaposición*. Situados en una misma mano, aunque fuese en órdenes formales distintos, la función público-social-administrativa y la registral, el poder del Estado-Administración podría hacer *juez y parte* en un proceso de autenticación y de seguridad de derechos que, aunque sean públicos, ponen en juego los propios de los particulares.

Y es evidente igualmente que la delimitación funcional con lo judicial ha de resultar precisa, porque ese poder judicial constituye el poder soberano y final, y junto a los datos del «expediente» del que brota una resolución con trascendencia registral, el propio juez debe tener los elementos «purificadores» que le devienen de la homologación y calificación registral. Por lo que, con las consideraciones anteriores, estamos más en camino de omnicomprender la verdadera naturaleza y alcance de la función registral en un Estado social de Derecho.

5. JUSTICIA REGISTRAL

En nuestra *Teoría...*, ob. cit., 232 y ss., y en *Modernas orientaciones*, ob. cit., 40 y ss., tanto al ambientar el contenido funcional del Registro como al señalar fines concretos de una manera clara y expresiva, trasladábamos casi anticipadamente el problema a la idea de una «justi-

cia registral». Era una tesis *por elevación*, para no ahogarnos en las interpretaciones y dialéctica —no por no ser irrelevantes, sino precisando un punto argumental superior— en las alternancias doctrinales sobre *lo administrativo* y *lo judicial*, con intentos sincréticos. Es muy difícil encontrar fórmulas químicamente puras. En el Derecho y en la Naturaleza. Por eso la idea de *Justicia registral*, dentro de la *Justicia Una*, pero manifestada en su variedad y policromía, también en su *especialidad*, nos ponía en camino de poder entender mejor el fenómeno registral, ciertamente complejo.

Pero antes de formular más genéricamente nuestra tesis hemos de analizar lo que llamamos intentos revisionistas, que colateralmente están amenazando, impensadamente, la cuestión que histórica y doctrinalmente merece meditación y serenidad, o al menos seriedad.

5.1. INTERROGANTES REVISIONISTAS

En la doctrina italiana —dice LACRUZ BERDEJO, *trab. cit.*, 177— hay quien opina que la conformación de la figura del registrador «se presenta más bajo el aspecto de la oportunidad que no el estrictamente jurídico, el legislador podría considerar preferible tener en el conservador un funcionario regulado en consecuencia por el Derecho administrativo, o bien podría considerar más conforme a la realidad hacer del conservador un profesional vinculado».

La contemplación del Registro como hecho —histórico, filosófico, político, etc.— creo ya que nos facilita el tema, a los efectos de ponernos en guardia sobre «oportunidades revisionistas» no estrictamente científicas. Es bueno apuntar a ellas porque, aunque *la verdad nunca está fuera de ella* —volvemos a recordar a San Agustín—, es bueno también *salir fuera, aunque no nos quedemos fuera*. Creo que me explico.

5.1.1. ¿Un nuevo modelo de Administración?

Si la «zona de poder» adscrita a los derechos registrales publicitados se adscribiera, sin más, a la zona de la Administración, con una inserción prácticamente plena en el orden administrativo, corremos el riesgo evidente de desnaturalizar toda la mecánica formal del «entramado de garantías», haciendo pesar las notas intervencionistas, burocráticas y de politización, o jerarquización, no sólo en todo el esquema del procedimiento y recursos, sino en la raíz medular de su función calificadora, independiente y soberana de la misma Administración y aun de la propia

Dirección General de Registros, cuya órbita jurisprudencial autonómica lo es con respecto a la propia Administración. Volvemos a recordar ideas claras: la función pública está siempre en la *soberanía del Estado*, lo que no quiere decir que se realice *por sí, por el propio Estado* o su Administración.

Una revisión administrativa ¿alcanzaría un replanteamiento global de «soberanías funcionales»? ¿Llegaría al ámbito judicial? ¿También al institucional? ¿Dónde están los parámetros de «legitimación» reestructural que omnicomprensiva los fenómenos judicial, administrativo y registral en sus propias esferas?

5.1.2. *¿Un modelo de poder judicial?*

Hasta la fecha, las tendencias —que en Alemania quedaron históricamente formuladas— para una inserción de la esfera registral en la judicial o parajurisdiccional no han podido forzar las argumentaciones para implicar en el «poder judicial», lo que es una esfera singular de la función pública. También la justicia es un «servicio público». No nos sirve, pues, por extensión, el dato. Antes por el contrario, a lo largo de los preceptos de la Ley y Reglamento Hipotecario, como también en la Ley Notarial, se ve el esfuerzo de purificación, de respeto, de conexión entre lo judicial y lo hipotecario-notarial. Aparte de la «salvaguardia de los asientos por los tribunales de Justicia», en diversos preceptos —actos de notoriedad, expedientes de dominio para inmatriculación reanudación de tracto, excesos de cabida, procedimientos ejecutivos, etcétera— se puede advertir el deseo de deslindar convergentemente ambas esferas. El supremo control de legalidad; la soberanía en la interpretación y aplicación de las leyes; el sentido conflictivo de las situaciones, derechos o intereses, etc., convidan a no inundar o ir más lejos en algo que se mantiene para una esfera no necesariamente *patológica*, sino que responde a la «previsión de conductas» de terceros para coadyuvar creadora y normalmente a la dinámica de los actos y negocios jurídicos inmobiliarios. Las palabras de ITURMENDI y NAVARRO RUBIO en el centenario de la Ley Hipotecaria, la tesis ya citada de MANUEL DE LA PLAZA y la visión —que me consta personalmente— de CASTÁN TOBEÑAS están en esa línea.

No es por este lado, comparativamente, por donde van las cosas. Más bien se tiende precisamente a depurar —doctrinas alemana, italiana y francesa—, a descargar a lo judicial de funciones o cometidos «añadidos», para quedar en la esfera suprema de garantía de derechos en

conflicto. Ni fue tampoco orientación de la Ley Orgánica de la Justicia, actualmente derogada, y —pensamos— no vemos tal tendencia en las nuevas leyes orgánicas o de procedimiento. Creo que —es una opinión personal— antes que funcionarizar y burocratizar la función registral con una inserción en el orden administrativo sería preferible contemplar el fenómeno en la órbita judicial, aunque ella supondría mucho riesgo para aquélla y para la típicamente registral. Sería un mal menor que nos llevaría al sistema orgánico-funcional de Alemania, pero sin contar con el dispositivo de las leyes sustantivas, civiles, hipotecarias o procesales. Pero aun dentro de ese riesgo sería mejor que el «salto atrás» con un posible monolitismo funcional-administrativo. Esta es o sería la sangrante verdad histórica, a contrapelo de las corrientes doctrinales de un Estado funcional, descentralizado, y de la línea democrática de las Constituciones modernas cuando se crean los instrumentos de seguridad jurídica en los derechos humanos concernientes a la propiedad y crédito.

5.1.3. *¿Un imperativo constitucional?*

LACRUZ apunta levemente al tema (*Dictámenes...*, cit., 179). Nosotros no hemos encontrado una fundamentación al revisionismo funcional registral en la propia Constitución (puede verse ALZAGA en su estudio sobre la Constitución Española —Madrid, 1979—). Doctrinalmente el pensamiento se ha movido, incluso por GONZÁLEZ PÉREZ o GARCÍA ENTERRÍA, en una línea de principios, siempre destacando sus peculiaridades o especialidades para unos *intentos de aproximación*, como, por ejemplo, el contencioso-administrativo-registral, como ya lo hubo con el contencioso-administrativo-sindical, ya desaparecido. Que con frecuencia una revisión constitucional lleve a ciertos políticos o a ciertos gobiernos a tratar de meter el tema registral al saco del reformismo, o de las nuevas corrientes, es algo que *está presente* en ese proceso histórico de que al comienzo hablábamos. Pero la respuesta y la experiencia es que también en esa historia que comienza con el siglo XIX, y que va a acabar con el XX, se ha podido ver la sobrevivencia de la esfera registral, con las perfecciones posibles, a todo *cambio constitucional*. Y reiteramos que nuestras leyes hipotecarias de 1944-46 no supusieron ninguna ruptura con el sistema registral anterior, ni hay en ellas ningún dato de «politización» que hiciera pensar en la *respuesta ideologizada* del Registro a coyunturas políticas de la época. Pese a cuanto se diga, la estructura y mecánica registral ha cumplido, y sigue siendo un ejemplo para muchos sistemas hipotecarios, en países de las más variadas corrientes ideológicas.

Yo me permitiría apuntar que de ser cierta esa filosofía de la nueva Constitución en cuanto a derechos humanos y libertades, en cuanto a una economía social de mercado, en cuanto al deslinde de funciones o en cuanto al sometimiento a Derecho de las decisiones administrativas, y sobre todo en cuanto al contenido de los derechos humanos de contenido económico y social, la *institución registral* estaría llamada a *reforzarse* en su propio esquema, en su propia naturaleza, y no, por el contrario, a ser sometida a los vaivenes y tentaciones de las nuevas edificaciones o estructuras, al capote o a pretexto de una Constitución que normalmente tiende a proclamar lo contrario, es decir, la realización y verificación, mayor y mejor, de los derechos y libertades y con las garantías de quienes ejercitan una propia función.

5.1.4. *¿Un nuevo modelo de sociedad?*

La nota distintiva del proceso histórico general, y del registral en especial, es que a nivel comparado y a nivel nacional —por circunstancias diversas— se está llegando a niveles de confusión, de «sincretismo», de «rechazo-rebelión-liberación» —en la educación, por ejemplo—, de «pactismo» y, sobre todo, de falta de claridad o de responsabilidad. No es del caso entrar en el tema. Lo que nosotros ponemos de relieve es la urgencia de clarificar el papel y el «puesto del hombre y de las instituciones en el mundo», secreto de todo planteamiento de MAX SCHELER e idea central en el actual Pontífice. La manipulación de las leyes, de los derechos y de las libertades, o la «crisis del Derecho» que ya anticipaba RIPERT, amenaza solapadamente todo intento de llegar a una sociedad más justa, equilibrada y libre. Insisto en que ésa puede ser la nota distintiva con respecto a los datos de una contemplación del Registro como *proceso*.

Tras la posguerra mundial ése ha sido el síntoma. Países como Alemania, que tenía un sistema registral «judicial» especializado, al quedar dividida en dos zonas, en la Oriental se ha pasado a un control administrativo, rompiendo su inserción en el orden judicial, como se comprueba en el Berlín Oriental. Otros países de la órbita socialista, respondiendo al modelo de sociedad, han roto toda la historia y transición registral «autonómica», y la «ficha patrimonial» está bajo el supremo control administrativo. El Registro entonces no tiene razón de existir en su papel fundamental (*).

(*) Es el caso de Cuba, en donde el Registro de la Propiedad fue una institución progresista, servida además por ejemplares profesionales. Otro dato: en agosto de 1979 tuve ocasión de visitar de nuevo el Registro de la Propiedad de Viena,

Todo lo que sea debilitar la esfera autonómica de la función registral está facilitando el terreno a los nuevos modelos de sociedad, en los cuales la propiedad, el trabajo, el crédito y el ahorro, al no operar por destinaciones personales, se tiene que ver, a lo sumo, reajustado en mecánicas administrativas y burocráticas. No interesa la *movilidad* de la propiedad. No importa en demasía las *garantías* para el tráfico al tercero, porque es la adscripción «estatal» de un patrimonio, como si el carnet de identidad llevara anexo el dato de una propiedad, como se lleva la ficha del RH.

En resumen, pudieran darse, en los interrogantes revisionistas, factores que en sí no emanasen de una revisión administrativa, judicial o constitucional en sentido estricto, sino en una *preconfiguración* demoledora de las estructuras y esquemas institucionales autonómicas de la persona humana y de los patrimonios, y que ulteriormente facilitasen objetivos ahora, todavía, no sonoramente reflejados. para *predisponer* cambios estructurales más o menos radicales que afectan al modelo de sociedad.

Aunque nuestra Constitución técnicamente no daría pie a ese riesgo —y ése no es el tema aquí—, honradamente queremos salir al paso de la cuestión porque la «táctica» en la vida moderna muchas veces ya no se presenta abiertamente subversiva o revolucionaria. Y se ataca directa o indirectamente a las instituciones. En este caso, al desconocer razones doctrinales, históricas, constitucionales o sociológicas, forzosamente recordando las revisiones socialistas del Este, por un lado, y por otro las positivas o reforzadoras de las instituciones registrales en el mundo occidental— hemos de llamar la atención sobre este punto, que no es ya de hermenéutica jurídica.

No podemos imaginar —como diría FUEYO— al Estado como un *coloso* dominador de la fe pública, sea notarial o registral, sea empresarial; ni podemos atribuir, como apuntaría NÚÑEZ LAGOS en *Filosofías hipotecarias*, a la Administración-función todo lo que es desarrollo de declaraciones de derechos privados, publicitados, como algo natural en los asientos registrales.

Termino, pues: el «desmontaje» de las instituciones jurídicas, como preparatorio de un nuevo modelo de sociedad, en la que no primen por sí los derechos y la dignidad personal, su promoción responsable, sus opciones creadoras de trabajo, responsabilidad, ahorro y crédito, pasa

emplazado señorialmente en el Gran Palacio de Justicia. El socialismo de Kresby no ha alterado lo más mínimo el esquema en que se mueve la institución registral. Al contrario, como comprobé, la han realzado. Semejante respeto ha merecido de los gobiernos socialdemócratas alemanes.

inevitablemente por el *tamiz de la burocratización de la función registral con su inserción en el orden administrativo*. La defensa de este nuevo modelo de sociedad, o el «pactismo» ante aquél, eso es otra cuestión. En la que no entro.

5.2. LA JUSTICIA REGISTRAL COMO RESPUESTA CREADORA

Al igual que en los complejos problemas de Matemáticas, en los que conviene buscar la reducción a un común denominador o despejar las incógnitas más elementales para replantear plenamente el problema, nos parece a nosotros que es fundamental para nuestra cuestión —y viene de suyo exigido— remontar el tema a algo que sin duda ha estado flotando en nuestra investigación: para nosotros, la comprensión más aproximativa de la naturaleza de la función registral está cuando, en la *teoría* y en la *praxis*, nos damos cuenta que se está operando sobre esquemas formales, materiales y organizativos, cuya *explicación y sentido final se encuentran en el valor justicia registral*. Naturalmente tal planteamiento supone elevar y profundizar en el análisis de las disposiciones o normas hipotecario-procedimentales. La aplicación del Derecho —dirá ENGISCH— tiene principios analógicos y lógicos, pero en sí supone una *limitación*. Posiblemente el papel del científico-jurista se quede ahí. Pero salvo casos de nihilismo o de superespecialización profesional, no sólo es válido, sino necesario, remover las fuentes y abrir caminos. Creemos que hemos insistido con frecuencia a lo largo de esta exposición en los aspectos delimitativos o en la utilización de la vía del contrapunto para llegar a conclusiones sobre *lo que no es la función registral*.

No es la primera vez que iushipotecaristas disparan alto para entender mejor el problema. PAZOS Y GARCÍA parecía en su época un iusfilósofo o un filósofo político para dar explicaciones registrales. RAMOS FOLQUÉS en 1947 (*RCDI*, págs. 137 y ss.) redactaba un trabajo de titulación expresiva: «Lexicografía hipotecaria. Su necesidad. Los principios. En la Filosofía del Derecho y en la Ciencia del Derecho. En el Derecho Positivo. Los principios generales del Derecho. La Fisonomía del Derecho Hipotecario Español». Más recientemente el propio DE LA RICA (véase *Modernas orientaciones...*, págs. 13-17) elogia el planteamiento iusnaturalista de mi compañero ALVAREZ ROMERO al destacar la incardinación de los principios hipotecarios en la doctrina del *bien común*, de la *libertad* y de la *seguridad* jurídica, posición ante la que no estuve ausente en nuestros primeros balbuceos hipotecaristas.

La *Justicia Registral*, para nosotros, es una respuesta creadora y positiva. No es ninguna elucubración, no es ninguna panacea. Pero del contexto de la propia investigación y de la necesidad de reconducir el problema a algo más que las aristas, como veremos a continuación, no sólo es una formulación posible, sino acaso necesaria, aunque posibilitada de ulteriores desarrollos o conclusiones. Cuando en octubre de 1978 así lo expuse a los compañeros del Seminario Registral de Barcelona, creo que fue en este punto donde más interés se despertó. Ahora nosotros vamos a contemplar la Justicia Registral bajo *tres vertientes* coordinadas y convergentes, que nos explican su viabilidad doctrinal y nos facilitan las exigencias prácticas:

5.2.1. *El Registro como función homologadora, autonómica y especial, y garantía institucional de derechos inmobiliarios en la dinámica del tráfico jurídico*

Esta formulación tiene dos partes:

Una, si se quiere de carácter «negativo», que responde un poco a la repetida idea, contrapesada, de que la función registral *no es función administrativa, no es función judicial* o ni tan siquiera *jurisdicción voluntaria*, en sentido clásico. En esta línea habría que recordar, aparte de otros citados, las ideas, desgraciadamente aún vigentes y profundas, de JOAQUÍN COSTA, en las que, dada por supuesta una problemática de reestructuración o de perfeccionamiento de las estructuras jurídicas, apelaba a un replanteamiento, equilibrado y sincronizado, de las grandes parcelas de la *Administración*, la *Judicatura*, el *Notariado* y los *Registros*. Creo que merecerían releerse con frecuencia estas ideas porque, aunque ambiciosas, romperían el círculo pretendidamente vicioso. Y está sobre todo — y lo recogemos con satisfacción al redactar este trabajo — la posición de LACRUZ BERDEJO, quien (cfr. *Dictamen...*, 180) llega a una conclusión tajante: «1. *En la legislación vigente la función registral es independiente tanto de la Jurisdicción como de la Administración. La Constitución confirma esa conveniente independencia.*—2. *El concepto de funcionario público administrativo no es aplicable a la figura del registrador.*»

El otro aspecto es de carácter «positivo»: la función registral es una *función jurídica homologadora, autonómica y especial, para la garantía institucional de derechos fundamentales en la dinámica del tráfico jurídico inmobiliario y para su seguridad jurídica.*

Bajo estos dos aspectos —*lo que no* es la «función registral» y aquello que más *le caracteriza*— tenemos el primer lado del triángulo de lo que llamamos *Justicia Registral*, como forma peculiar, específica de *un tipo de Justicia, en su propio ámbito*.

5.2.2. *El Registro como promotor de la paz interpersonal y comunitaria en los «asuntos humano-razonables» de carácter jurídico inmobiliario*

La inspiración viene de una larga cita de mi maestro RECASENS SICHES al distinguir la *lógica racional* de la *lógica de lo razonable*. Es ese primer plano, decía él, de lo jurídico como *forma de vida social* —también insistiría LEGAZ LACAMBRA en esa idea— que se manifiesta, más que por una patología o por una formulación abstracta, *forzadamente racional*, en los *asuntos humanos* del comprador, del vendedor, del inquilino o del propietario, del acreedor o del deudor... Sus posiciones se encuentran en una línea de *lo razonable*, de lo discursivo, de intereses que se *negocian* o se *discuten* razonablemente, porque (en *Sociología*, Méjico, 1958, págs. 555 y ss.) «*el Derecho nace originariamente en la vida humana para colmar una urgencia de certeza y seguridad en determinadas relaciones sociales*».

Para nosotros, la esfera de acción más natural del Registro es esa de *asuntos humanos racionales, normales*, con *presunción de verdad formal* y con *sentido común de su viabilidad entre las partes*. Aparecen como titulares vendedores y compradores, acreedores y deudores, herederos universales y legitimarios, arrendadores y arrendatarios, copropietarios y propietarios individuales, etc. La «historia» de una finca con frecuencia es rica en *humanidad*, en cosas «razonables». Hay notas de afección fiscal que «razonablemente» se cancelan a los dos años; otras notas de expedición de certificaciones de cargas a efectos de «llamadas» de ejecución judicial; anotados de *demandas*; se cercenan aún las «prohibiciones de disponer» no «razonables»; se eliminan *menciones*; se exigen determinados condicionamientos sin que «comparezcan» los titulares inscritos —como en la división o subdivisión en la propiedad horizontal cuando se exige *acuerdos por unanimidad*—, etc.; en fin, todo aquello que nosotros, viviéndolo, se advierte como promoción continuada de una paz interpersonal y comunitaria, sin ribetes contradictorios o patológicos. El titular registral y el registrador normalmente —y de esto participa con su inestimable colaboración el *personal auxiliar de los Registros*— no percibe el *sentimiento* de lo jurídico a través de lo injusto, sino de lo *justo normalizado*, es decir, el *sentimiento de una*

seguridad interior de lo justo, que además necesita no sólo ser adquirido de buena fe y onerosamente, sino a su vez publicitado. No digamos cuando la inscripción se hace constitutiva, es decir, se *hace realidad jurídica constituyente, creadora*, como en la *hipoteca o sociedades mercantiles*, nombramientos de consejeros, etc.

La *Justicia Registral*, pues, traduce —como diría NÚÑEZ LAGOS— unas «declaraciones de *derechos privados publicitados*». Serían como «pequeñas Constituciones» en las que se concretan formalmente el juego de derechos individuales con las garantías formales, que al tiempo se hacen concretas. Todo el sentido de la función calificadora, la responsabilidad, la independencia frente a todo poder, los recursos y procedimientos, el «velar» de la Dirección General de los Registros y la riqueza jurídica y humana acumulada en los libros, están mostrando la *verificación de una justicia registral peculiar*, la cual además presuntivamente nos da una verdad de lo *justo razonable*, aunque siempre quede la confrontación de intereses o la patología excepcional, que no le es dado enjuiciar, como límite natural.

5.2.3. *El Registro como Tabla o Carta Magna declarativa de derechos subjetivos inmobiliarios, presuntivamente justos, en el juego de la libertad, de la propiedad y su sentido social, la promoción y desarrollo del crédito, la seguridad jurídica creadora y la humanización de la problemática en el tráfico jurídico autenticado.*

Es una idea, en cierto modo resumen, como *tercer lado* del triángulo de esa Justicia Registral que está fundamentando la naturaleza singular de su función registral y de las garantías institucionales.

Nosotros vemos en los Libros del Registro algo más que unas fichas o relaciones de propietarios, y mucho más que unas «listas» fiscales o datos administrativos. Como antes decíamos, además de las *grandes y solemnes* Declaraciones de Derechos Constitucionales, en los asientos registrales se presentan «declaraciones de derechos individuales de carácter real» que expresan un patrimonio, personal familiar o empresarial, que atisban el juego de relaciones o de promociones también humanas o comunitarias —como toda operación crediticia— o que reflejan las garantías para los terceros, quienes en atención a la propia «declaración jurídica», que consta inscrita, actúan, se relacionan, negocian, demandan, ejecutan.

Esta simbólica «*Carta Magna*» de *Derechos Inmobiliarios publicitados y presuntivamente justos* opera desde el plano de la libertad de negociación, partiendo del respeto a la legalidad y las formas y bajo un principio de prioridad. Hasta tal punto es así que se ha llegado a hablar de

que los «asientos del Registro» gozan ya de la naturaleza aproximativa de un «dominio público», de tal manera que la iniciativa y libertad personal para su titular, en razón de un «interés», refleja el interés público de los terceros y de la propia sociedad, aspecto este —el *suum cuique*— que, al estar haciendo referencia al «otro», a *los demás*, está tejiendo —sin querer— el signo más característico de la Justicia, como *virtud* que —a diferencia de la templanza o de la paciencia— exige siempre al *otro*. Como diría ARISTÓTELES en su *Ética a Nicómaco*: *lo justo es en cuanto vivido en la comunidad*.

En el Palacio de Justicia de Viena veíamos situados en planchas de hierro los Libros del Registro, los cuales, una vez examinados por el público, son cerrados herméticamente como una caja de caudales, de tal manera —se nos decía— que Viena podría pegarse fuego entera, pero una de las cosas más seguras de salvarse son los Libros del Registro. Supondría un caos de quemarse el Registro. Importan los derechos «declarados» en la Constitución, pero las «declaraciones jurídicas» sobre propiedades concretas serían de muy difícil reparación. He ahí un signo gráfico, que se mascaba en Viena, como prueba del valor *Justicia Registral*.

En una sociedad en cambio y promotora de libertades y de justicias concretas son necesarios unos instrumentos de seguridad jurídica que agranden, posibiliten y garanticen esos derechos personales inmobiliarios a medida que van consiguiéndose. No es precisamente la gran propiedad o el gran capital los que más necesitan de garantía o de estímulo. A veces, en una finca que se perdiera por una doble venta está toda una *vida* de trabajo. En ocasiones, el crédito hipotecario inicial es el primer escalón de una promoción personal o familiar o industrial.

Se trataría de meditar ahora si el *asentamiento psicosociológico* de la *institución y justicia registral* es capaz de reafirmarse o de erosionarse por revisionismos estructurales que quiebran su verdadera naturaleza y sentido institucional y social. Si es buena la voz de los científicos o de los políticos (*), yo apelo no ya al sentido de responsabilidad de quienes

(*) *N. del A.*—Ya redactado este trabajo, el pasado día 2 de agosto de 1979, tuvimos ocasión de escuchar la tercera lección del diputado de UCD y letrado del Consejo de Estado doctor HERRERO DE MIÑÓN en la Universidad Internacional «Menéndez Pelayo», de Santander, dentro del temario «Los partidos políticos en la década de los ochenta». HERRERO DE MIÑÓN, al sostener la tesis de que la tarea o papel de los partidos sociales no excluye, sino que debe necesariamente completarse con la correspondiente revitalización de las instituciones y fuerzas sociales, entre otros supuestos, dijo:

Así, en el caso de notarios y registradores, cualquiera que sea su consideración, no sólo su función en sí, sino como tal fuerza social, debe *reforzarse* (subrayo yo esta palabra), y su deterioro o vacío sería de graves consecuencias públicas y aun de orden político general.

ejercen esa función, o a la propia historia de la Institución, o a las corrientes comparadas en los países democráticos y en desarrollo. Apelo sobre toda al *silencio elocuente de los titulares registrales*, de quienes ven reflejados en ellos, sin pudor, sus haciendas, sus disponibilidades y derechos; en resumen, de quienes se han visto y verán amparados en una parcela concreta de la fe pública registral. Hoy, pese a toda clase de limitaciones, se tiene «fe» en el Registro. No la hagamos perder deportivamente. En el fondo, los titulares registrales y la sociedad todavía hoy tienen confianza y se les da seguridad ante una forma peculiar de justicia: *Justicia Registral*.

JESÚS LÓPEZ MEDEL

BIBLIOGRAFIA

La bibliografía directa utilizada ha sido recordada a lo largo de la exposición. Me remito no obstante a los estudios últimos de GONZÁLEZ PÉREZ, CHICO FERNÁNDEZ y LACRUZ BERDEJO, ampliamente reseñados. Y, por nuestra parte, reseñar una parte de nuestra producción bibliográfica, referida a la ambientación y fundamentación de la parte más novedosa en nuestra investigación sobre el tema:

- Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*. 1.ª edic., 1958; 2.ª edic., 1961. Pro. ALONSO FERNÁNDEZ.
- El Ministerio Fiscal: su naturaleza*. RDM, 1961.
- Estudio de una reforma fiscal*. Ed. Reus, 1961.
- Defensa nacional y seguridad jurídico-inmobiliaria*. RCDI, 1961.
- La concentración parcelaria como empresa política*. Madrid, 1961.
- Modernas orientaciones sobre la institución registral*. 1.ª edic., Madrid, 1961; 2.ª edic., 1975. Edic. Fragua. Prólogo de RAMÓN DE LA RICA.
- Vivienda y seguridad jurídica*. RCDI, 1962.
- Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico*. Madrid, 1963.
- Derecho inmobiliario austriaco* (en colaboración con ALVAREZ ROMERO). RC, 1964.
- El Derecho como forma de vida social*. Ediciones: 1.ª, 1964; 2.ª, 1965.
- El derecho al estudio*. 1.ª edic., 1961; 2.ª edic., 1970.
- Génesis, legalidad y legitimidad en el Estado social de Derecho*. Granada, 1971.
- Justicia y Derecho en la comunidad del trabajo*. Madrid, 1972.
- Ciencia Social, Derecho y Sindicalismo*. Ed. Fragua, 1975.
- El Derecho en las comunidades concretas*. AFD, 1975.
- Historicidad y universalidad en el tomismo*. Congreso Mundial Tomista. Roma, 1975.
- Sentido y función de la filosofía del Derecho*. Granada, 1975.
- Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho Natural*. Ediciones Fragua, 1975.
- Conversaciones con Recasens Siches en Méjico*. AFD, Madrid, 1978.
- Un diagnóstico sobre la enseñanza (Estudio comparado e interpretación constitucional)*. Madrid, 1978.
- Derecho. Guía de estudios universitarios*. Instituto de Ciencias de la Educación, Universidad de Navarra, 1979.
- Un proceso educativo*. El artículo 27 de la Constitución y sus circunstancias. ICCE, Madrid, 1980.

JURISPRUDENCIA

I. Jurisprudencia comentada

SOBRE LA POSIBILIDAD DE REVISAR EN JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO LOS PRONUNCIAMIENTOS DE UN LAUDO DICTADO EN ARBITRAJE DE EQUITAD

(A propósito de la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 2 de mayo de 1979)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LOS ANTECEDENTES DEL CASO.—III. ORIGEN DE LA CONTROVERSIA. EL ERROR SUFRIDO POR LOS ÁRBITROS.—IV. CONSIDERACIONES JURÍDICAS: 1) *La revisión, en juicio declarativo, del laudo dictado en arbitraje de equidad*: a) Doctrina jurisprudencial. b) Extremos del laudo arbitral que pueden ser combatidos en juicio declarativo ordinario. c) Doctrina de los autores. 2) *¿Se trataba de un caso de arbitrio de tercero?*: a) Planteamiento. b) Preceptos legales de posible aplicación. c) Diferencia entre arbitraje y arbitrio de tercero y entre árbitro y arbitrador. d) Aplicaciones concretas del arbitrio de tercero al caso debatido. e) Motivos por los que puede someterse a revisión el arbitrio de un tercero. f) Conclusiones. g) Posible objeción: la doctrina de los actos propios. h) Justificación del pleito entablado.—3) *Cauce procesal oportuno y plazo para ejercitar la acción*.—4) *Legitimación pasiva: eventual necesidad de demandar a los árbitros*.—V. DESARROLLO DEL PLEITO: 1) *Cuestiones de hecho*.—2) *Fundamentación jurídica*.—3) *El suplico de la demanda*.—4) *El resultado de la prueba*.—VI. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.—VII. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL.—VIII. COMENTARIO FINAL.

I. PLANTEAMIENTO

El arbitraje suple al procedimiento judicial. Las partes sustraen su controversia al conocimiento de los Tribunales y la someten a la decisión del árbitro o árbitros que previamente designan.

Como es sabido, el arbitraje puede revestir dos formas, de Derecho y de equidad, siendo la última la que en este momento nos interesa. Sobre ella, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1961 dice: «La finalidad que el legislador buscó al crear o autorizar el arbitraje de equi-

dad, de características mucho más simples y sencillas que el arbitraje de Derecho, tanto en el aspecto sustantivo como en el formal, fue la de permitir dirimir las cuestiones que se susciten entre las partes en un amplio marco, sin sujetarse a los términos rígidos del Derecho, buscando la conciliación de aquéllas y apoyándose, por el contrario, de modo preferente en las normas morales o de conciencia que el artículo 4.º de la Ley de Arbitraje recoge o ampara bajo la expresión del leal saber y entender del árbitro».

La resolución dictada por el o los árbitros pone fin a la contienda y goza de la eficacia de una sentencia judicial. Salvo el juego de los recursos que contra el laudo puedan interponerse, éste produce, entre otros, el efecto de «cosa juzgada» (sentencia de 16 de marzo de 1959).

El laudo arbitral, decíamos, puede ser objeto de recurso. Refiriéndonos en concreto al emitido en arbitraje de equidad, hemos de atenernos al artículo 30 de la Ley de Arbitraje, en cuya virtud «contra el fallo que dicten los árbitros en un arbitraje de equidad sólo cabrá recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, por los motivos y según el procedimiento que se establece en el artículo 1.691, número 3.º, y en los artículos 1.774 a 1.780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Del examen de todos estos preceptos se deduce que los motivos de impugnación son: a) haber dictado los árbitros el laudo fuera del plazo fijado en la escritura de compromiso; b) haber resuelto cuestiones no sometidas a su decisión, o que no fueran de índole civil, o que constituyan materias sobre las que las partes no pueden comprometer.

El citado recurso de nulidad, por tanto, sólo puede interponerse, única y exclusivamente, por los motivos o causas arriba enumerados. La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1962 manifiesta con claridad el carácter y finalidad de este recurso: «... como estos árbitros (se refiere a los de equidad) no deciden con arreglo a un procedimiento prefijado ni con sujeción a Derecho, no se les pueden imputar errores *in iudicando* ni *in procedendo*, por lo que su decisión sólo puede ser atacada cuando los arbitradores se extralimitan u obran con exceso de poder para anular el laudo, no para corregirlo, enmendarlo o suplirlo, mediante el recurso extraordinario de nulidad, antes llamado de casación, que admite este artículo...».

Este pensamiento se resume de manera muy gráfica con unas palabras que utilizó la sentencia de 18 de marzo de 1957, y antes la de 14 de noviembre de 1956: «La misión del Tribunal en estos recursos *no es corregir deficiencias del laudo*». Aunque el Tribunal Supremo se refiere a la legalidad anterior a 1953, parece que su apreciación puede extenderse al recurso de nulidad instaurado en la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, no es menos cierto que tanto con anterioridad como después de la citada Ley de Arbitraje, el Tribunal Supremo ha emitido una doctrina—a la que luego nos referiremos *in extenso* y que es la justificación del presente trabajo—según la cual *cabe la posibilidad de someter a revisión, en juicio declarativo ordinario, los pronunciamientos de árbitros de equidad que adolezcan de injusticia objetiva*.

El autor de estas líneas, conocedor de la mentada doctrina jurisprudencial, siempre la había atribuido un carácter de *obiter dictum* de dudosa aplicabilidad práctica, dado lo difícil que es imaginar un supuesto en que de manera evidente se aprecie en un laudo de equidad la existencia

de injusticia objetiva. Si, como es propio de este tipo de arbitraje, el árbitro o los árbitros juzgan según su leal saber y entender, esto es, según su personal apreciación de las cosas, y si tenemos presente además que por principio las partes en conflicto se someten de antemano y libremente a la subjetiva estimación de quien ha de resolver, parece imposible construir una hipótesis dialéctica en la que un laudo merezca la consideración de inicuo o injusto, a efectos de aplicar la doctrina jurisprudencial apuntada.

Sin embargo, he aquí que con ocasión de nuestro ejercicio profesional, la realidad—a menudo más rica que la más ardiente imaginación del jurista teórico—nos enfrentó con un caso que parecía ajustarse a la perfección con los presupuestos de la mentada doctrina de nuestro Alto Tribunal. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia la aplicó sin vacilación, anulando parcialmente un laudo y corrigiéndolo en lo procedente. No obstante, la Audiencia Territorial de Burgos la desechó, revocando la resolución apelada. Es lástima que por razones de orden familiar el demandante se abstuviera de promover recurso de casación, porque ésta habría sido una ocasión inmejorable—prácticamente irrepetible—para que el Tribunal Supremo hubiera fijado de manera concreta un criterio hasta ahora sólo formulado por vía de hipótesis.

II. LOS ANTECEDENTES DEL CASO

1. En 1965 se constituyó sociedad entre don E. R. y su sobrino don I. de la I. Se trataba de una sociedad concertada verbalmente, sin formalización alguna, y cuyo objeto era la construcción de edificios de todo tipo. Don E. R. era socio capitalista, y don I. industrial, acordándose el reparto de beneficios por mitades.

2. Posteriormente ingresó en la sociedad don J. J. U. Este socio recibió una participación del 25 por 100, pero permaneciendo invariable la de don E. R., de suerte que las participaciones resultantes del ingreso de este socio quedaron así: don E. R., el 50 por 100; don I., el 25 por 100, y don J. J., el restante 25 por 100.

3. A causa de ciertas diferencias surgidas entre los socios, éstos decidieron disolver y liquidar la sociedad, acordando a tal efecto la práctica de un arbitraje de equidad. Mediante escritura de 7 de febrero de 1972 fueron designados árbitros tres Abogados de Bilbao, que habían de resolver sobre los extremos siguientes:

a) Cantidades entregadas por don E. R., tanto en concepto de aportación de capital como en concepto de anticipo a préstamo y condiciones de éste.

b) Determinación del haber de la sociedad particular o comunidad (*sic*), con fijación de su activo y pasivo.

c) Ingresos y gastos de la sociedad privada o comunidad, cobros y pagos verificados y por quién o quiénes se hayan efectuado y determinación de los beneficios obtenidos por la comunidad o sociedad privada.

d) Determinación de la cantidad del 50 por 100 de los beneficios correspondientes a don E. R., y determinación de la cantidad a que asciende el 50 por 100 de los beneficios correspondientes conjuntamente a don I. y don J. J.

e) Saldos a favor o en contra de los partícipes de la comunidad o sociedad privada y plazo, circunstancias y condiciones en que los saldos a favor sean abonados (*sic*) a quien o quienes corresponda por aquel o aquellos de los partícipes a los que se fijen saldos en contra.

f) Adjudicación del haber común o social a los copartícipes don E. R., don I. y don J. J., en la proporción, forma y cuantía que se fije por los árbitros, de suerte que quede terminada, extinguida y liquidada la comunidad o sociedad privada.

4. Mediante escritura de 28 de abril de 1973, los árbitros dictaron el correspondiente laudo, adoptado por unanimidad.

En la decisión arbitral se establecían, en lo que ahora interesa, los siguientes pronunciamientos:

a) Que el activo de la sociedad estaba integrado por una variada serie de bienes y derechos, entre los que cabe destacar, por su cuantía: metálico, maquinaria, créditos, lonjas y sótanos y un terreno en Baracaldo. Este último bien constituyó precisamente el objeto de la ulterior controversia judicial.

Los árbitros, *que no manifestaron en el laudo los criterios por ellos seguidos para la valoración de los elementos del activo*, dieron a cada uno de ellos una estimación, cuya suma total fue de 28.367.831,16 pesetas. Deducida de esta cantidad la de 8.580.337 (capital aportado por don E. R., préstamo de éste a la sociedad e intereses, así como gastos de un litigio sufragados por el mismo don E. R.), resultó un beneficio social de 19.787.494,16 pesetas.

b) Que el saldo en favor de don E. R. ascendía a 18.474.084,08 pesetas, resultante de sumar la mencionada cifra de 8.580.337 pesetas a la de 9.893.747,08 (participación en el haber líquido y beneficios de la sociedad).

c) En pago de los saldos resultantes en favor de cada uno de los consocios se efectuaron diversas adjudicaciones, de acuerdo con el inventario y valoraciones de los diferentes elementos del activo, a que antes nos hemos referido.

5. Individualizamos, por tratarse del objeto que dio lugar al conflicto, uno de los bienes del haber social. Nos referimos al mencionado en el apartado 2.54 del laudo, cuyo texto es necesario reproducir:

«Terreno sito en el barrio de Arteagabeitia, de Baracaldo, que después de las segregaciones de él practicadas mide cuatrocientos quince metros y cuarenta y ocho centímetros cuadrados y linda: por el Norte, con otro que fue segregado de éste, en el que se ha construido un edificio con dos portales, señalados con los números 1 y 3 de la calle Travesía de Arteagabeitia; por el Sur, con la calle de Arteagabeitia; al Este, con propiedad de don G. de M., y al Oeste, con la finca antes descrita.

Sobre este terreno se halla construido en la actualidad un pequeño pabellón destinado al negocio de cervcería, con sus correspondientes instalaciones y mobiliario para este menester (edificación no declarada a efectos registrales).

El inmueble pertenece en proindivisión y por mitades o iguales partes a don E. R. y don I. de la I. según escritura de 2 de febrero de 1968, otorgada ante el Notario de Bilbao don I. N. F., inscrita en el Registro de la Propiedad... (según los datos registrales).

Se evalúan conjuntamente el terreno y las instalaciones y mobiliario en 2.500.000 pesetas.»

La historia de esta finca, decisiva para la plena comprensión del problema, puede resumirse así: doña María del Rosario V. Q. era propietaria de un terreno en el barrio de Arteagabeitia, en Baracaldo, de una extensión registral (casi coincidente con la real) de 1.473,83 metros cuadrados; asistida de su esposo, la vendió íntegramente a don E. R. mediante documento privado de 12 de abril de 1966, por un precio de 2.000.000 de pesetas. La compra la efectuó don E. R. para la sociedad que tenía formada con don I. de la I., y a la que más tarde se incorporó don J. J. U.

Puesto que no convenía—en realidad no era posible, por premura de tiempo—formalizar en escritura pública esta transmisión, se convino entre la vendedora y el comprador (o mejor, la sociedad de que éste formaba parte) que aquélla seguiría figurando como dueña del terreno a los efectos de construcción de dos casas de viviendas de protección oficial que el comprador (la sociedad en la que participaba) proyectaba llevar a cabo. Por tanto, la declaración de obra nueva de la construcción del caso fue otorgada por doña María del Rosario.

La edificación se efectuó sobre una porción de 883,35 metros cuadrados, que fue segregada de su matriz en la escritura de declaración de obra nueva. En esta misma fue segregada también otra porción de 175 metros cuadrados, destinada a semicalle de Travesía de Arteagabeitia. La finca matriz quedó con una extensión de 415,48 metros cuadrados, y es precisamente la que originó el problema que nos ocupa.

Mediante escritura de 2 de febrero de 1968, la citada doña María del Rosario vendió a don E. R. y a don I. de la I. los dos terrenos sobrantes después de la construcción, esto es, la porción de 175 metros (semicalle) y la de 415,48, que es la del caso. Se trataba en realidad de la formalización pública de la venta en documento privado, a que antes hemos hecho mención. Pero con la diferencia de que aquí figuraba también como comprador don I. de la I., dato intrascendente por lo que respecta a las relaciones entre ambos compradores, puesto que la finca toda, como antes decíamos, se había adquirido por y para la sociedad, con independencia de la identidad de quien figurase como titular formal de su dominio. En esta escritura de venta los compradores hicieron constar—detalle interesante—que la finca de 415,48 metros la destinarían a construir sobre ella viviendas de protección oficial.

Entre tanto, los socios, ante la imposibilidad de edificar sobre esta última finca, pues la atravesaba una línea de alta tensión propiedad de «Iberduero», acordaron destinarla provisionalmente a negocio de cervecería. A tal efecto, *don I. de la I.* (dato también relevante) solicitó y obtuvo del Ayuntamiento de Baracaldo la pertinente licencia. Se le autorizó a construir un edificio de una sola planta, pero en precario y sin derecho a indemnización de ninguna clase cuando el Ayuntamiento ordenara su retirada.

Posteriormente desapareció la traba constituida por la línea de alta tensión, al ser retirada ésta por «Iberduero».

6. En el laudo arbitral, a que antes hemos hecho referencia, el resto de finca de 415,48 metros cuadrados fue adjudicado a don E. R., en pago parcial de su saldo o haber. Entre las adjudicaciones hechas en su favor (apartado 6.1.e) del laudo) se dice:

«El terreno sito en Baracaldo, que se relaciona al número 2.54 del laudo, con las instalaciones y mobiliario en él indicados 2.500.000 pesetas.»

7. Don E. R. interpuso contra el laudo recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo, basado en motivos que no hacen al caso ni afectan a la interesante cuestión que luego había de suscitarse. El recurso fue desestimado.

8. Hemos de retener como conclusión, por tanto, *que en el laudo arbitral se adjudicó a don E. R., por un valor de 2.500.000 pesetas, el terreno de 415,48 metros cuadrados, tantas veces citado.*

III. ORIGEN DE LA CONTROVERSIA. EL ERROR SUFRIDO POR LOS ARBITROS

Como quiera que don E. R., adjudicatario y ahora único dueño del repetido terreno del barrio de Arteagabeitia, de Baracaldo, pretendiese llevar a cabo sobre él una edificación, solicitó del Ayuntamiento la correspondiente licencia. Pero la Comisión Municipal permanente, en sesión de 5 de julio de 1974, acordó lo que sigue:

«Manifestar a don E. R. J. que la construcción que al parecer pretende, sobre el terreno que hoy ocupa una cervcería situada entre las calles de Arteagabeitia y Manuel de Falla, se halla agotado su volumen (*sic*) por las edificaciones llevadas a cabo de 30 y 21 viviendas en la zona expresada, y que por la razón apuntada la cervcería fue permitida en precario.»

Consecuentemente, al resultar imposible la edificación, por causa de la limitación urbanística invocada por el Ayuntamiento, don E. R. se encontraba con que un bien que le fue adjudicado por los árbitros en pago de 2.500.000 pesetas (según valoración hecha por los propios árbitros en su inventario) tenía *de facto* un valor notoriamente inferior, ya que, por razón de la mentada limitación, era apto para muy contados y poco fructíferos destinos, sufriendo, en cambio, la contrapartida permanente que constituye el devengo de la correspondiente contribución territorial.

Ahora nos es preciso alterar un tanto el natural orden expositivo y aludir a las cuestiones de hecho que se plantearon en el juicio declarativo que, solicitando la revisión o modificación parcial del laudo, promovió don E. R.

Don E. R. venía a sostener que el solar que se le había adjudicado por los árbitros no sólo no merecía la valoración de 2.500.000 pesetas, sino que ésta escasamente podía alcanzar a 100.000 pesetas, atendida su condición de terreno no edificable.

Su tesis era que, al dictar su laudo, los árbitros habían asignado al terreno un valor que por aquel entonces podía ser correcto, atendidos los precios del suelo vigentes a la sazón. Se descartaba el valor de la edificación destinada a cervcería—por tratarse de una pequeña construcción y además autorizada en precario, sin derecho a indemnización si el Ayuntamiento ordenaba su retirada—y se despreciaba asimismo el valor del mobiliario, muy elemental y escaso. Por tanto, el tema venía a centrarse en la

estimación del terreno como tal, esto es, como solar. Y, como decimos, se aceptaba por parte de don E. R. que la valoración que de él habían dado los árbitros hubiera sido correcta de haberse tratado de una parcela edificable.

Mas he aquí que no lo era. En efecto, de acuerdo con el Plan de Ordenación Urbana vigente en Baracaldo desde 1956 (es decir, mucho antes del laudo), la zona en que se hallaba el terreno del caso se encontraba limitada por un determinado volumen de edificabilidad. En la parcela primitivamente adquirida por la sociedad se habían levantado dos casas (por cuenta de la propia sociedad), de suerte que con su construcción se había agotado la edificabilidad de toda la parcela, resultando así que el sobrante adjudicado a don E. R. en el laudo (el solar de 415,48 metros cuadrados) ya no podía ser destinado a construcción.

Por tanto, la alegación fáctica de don E. R. era que los árbitros habían errado al hacer su valoración del terreno en cuestión, al atribuirle un precio que hubiera sido correcto en circunstancias normales, pero que resultaba a todas luces exagerado si se tenía presente que no era apto para construir por haberse agotado el volumen de edificabilidad, precisamente porque la sociedad había levantado antes dos casas en la parcela primitiva.

Todos estos extremos de hecho, como luego veremos, fueron sobradamente acreditados en el juicio correspondiente.

IV. CONSIDERACIONES JURIDICAS

Así las cosas, se nos planteó la pregunta sobre las posibles acciones a adoptar para corregir la injusticia objetiva en que el laudo había incurrido y, en consecuencia, para restaurar el equilibrio patrimonial roto en perjuicio de don E. R.

Evidentemente, las cuestiones a dilucidar eran tres:

- 1) Si procedía o no una revisión de la decisión arbitral, lo que implicaba decidir previamente si se trataba de un verdadero arbitraje o de un ejemplo de arbitrio de un tercero.
- 2) En caso afirmativo, cauce procesal oportuno y plazo para ejercitar la acción.
- 3) Contra quiénes tendría que interponerse la eventual demanda: contra los árbitros, contra los ex socios o contra unos y otros.

1. LA REVISIÓN EN JUICIO DECLARATIVO DEL LAUDO DICTADO EN ARBITRAJE DE EQUIDAD

a) *Doctrina jurisprudencial*

Como hemos dicho, contra el laudo dictado en arbitraje de equidad sólo cabe el llamado recurso de nulidad, por las causas tasadas que al efecto establece la Ley de Arbitraje y que en ningún caso permiten el enjuiciamiento del fondo de la decisión arbitral.

Pero ésta es una vía de impugnación del laudo. Junto a la impugnación o recurso propiamente dicho, se admite por la jurisprudencia y por los

autores la existencia de un medio *para combatir o revisar* los pronunciamientos de un laudo (e incluso su propia validez) por el cauce de un procedimiento nuevo y distinto del arbitral. En concreto, como antes decíamos, mediante un juicio declarativo.

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje, esto es, bajo el imperio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Tribunal Supremo, manifestó reiteradamente que el laudo dictado por árbitros de equidad (entonces «amigables componedores») podía ser atacado a través de un juicio declarativo ordinario.

La razón de esta doctrina fue expuesta en algunas de las sentencias del Alto Tribunal: se trataba de poder someter a algún tipo de revisión el procedimiento y el laudo arbitrales, ya que no podía canalizarse por la vía del recurso de casación, dada la estrechez de los motivos que permitiesen interponer con eficacia este recurso (de forma semejante a lo que hoy sucede con el recurso de nulidad).

Un ejemplo claro es el que brinda la sentencia de 19 de febrero de 1944. En aquel caso, haciendo aplicación de la mencionada doctrina jurisprudencial, una de las partes intervinientes en un arbitraje de equidad interpuso demanda en juicio declarativo de mayor cuantía sobre nulidad del laudo que habían dictado los amigables componedores. La demanda fue estimada en las dos instancias y el correspondiente recurso de casación desestimado por el Tribunal Supremo. En una palabra: que en este caso no sólo se interpuso, sino que *prosperó* la acción declarativa entablada realmente *contra el laudo*.

La sentencia de 17 de enero de 1946 declaró, refiriéndose a ciertas irregularidades del arbitraje invocadas por una de las partes, que «habrán de ser resueltas en el procedimiento adecuado, que es el *juicio ordinario*».

La de 28 de septiembre de 1954 reafirmó que «el problema jurídico sobre nulidad del laudo por deficiencias *intrínsecas o extrínsecas* que no afecten directamente a alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.691 de la Ley Procesal *podrán ser materia propia de un juicio declarativo*, pero no del recurso de casación...».

Posteriormente, la sentencia de 2 de mayo de 1962 se planteó el tema de la subsistencia de la acción de nulidad mediante juicio declarativo, una vez dictada la Ley de 1953. Lo cierto es que en la sentencia se examina un problema muy concreto, que es el determinar si se puede, a través del referido juicio declarativo, someter a revisión la validez del contrato preliminar de arbitraje. Pero el interés de la resolución del Supremo radica no en la decisión sobre el caso concreto—decisión afirmativa, ya que el Tribunal lo único que dice es que el tema de la validez del contrato preliminar no puede plantearse *en el recurso de nulidad contra el laudo*—, sino que reside en el hecho de que se admite que la nueva Ley de 1953 no desvirtúa la antigua doctrina jurisprudencial, que admitía aquella acción declarativa de que venimos hablando.

Dice, en primer lugar, la sentencia: «Ante la realidad de que podían existir otros motivos de impugnación no incluidos en el artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dada la dificultad de que en dicho recurso pudieran discutirse las cuestiones sobre validez de la cláusula compromisoria, del compromiso en sentido estricto o del laudo, se admitió por la jurisprudencia la antigua acción de nulidad ejercitable en juicio declarativo». E invoca en su apoyo, entre otras, las sentencias de 21 de octubre de 1943 y 14 de octubre de 1947. Más adelante, el Tribunal mani-

fiesta que esta doctrina (es decir, la de la admisibilidad del juicio declarativo) parece empañada por el artículo 10, número 5.º, de la Ley de Arbitraje. Pero a renglón seguido, la Sala Primera razona así: dado que los límites del recurso de nulidad son tan estrechos y tasados, es claro que no caben dentro de él el análisis y resolución del problema del contrato preliminar de arbitraje; por tanto, es evidente que no puede aplicarse al arbitraje de equidad la remisión que en el citado artículo 10, número 5.º, de la ley se hace a los «recursos establecidos para la impugnación del laudo». En consecuencia, es admisible la reconsideración de aquel problema en un juicio declarativo posterior al laudo.

De este razonamiento nos interesa, como antes decíamos, una conclusión que luego van a ratificar posteriores sentencias: que el juego del recurso de nulidad no cierra el paso a la acción de nulidad («antigua acción de nulidad», dice la resolución) ejercitable en juicio ordinario.

Contundente es también la sentencia de *12 de diciembre de 1964*. Después de reiterar la doctrina según la cual los motivos de casación (hoy nulidad) no alcanzan al examen de los vicios y defectos, reales o supuestos, sean sustanciales o accidentales, de que la escritura o el laudo pudieron adolecer, se refiere a otro criterio jurisprudencial uniforme, cual es el de dejar siempre abierto el camino a una posible revisión del laudo por medio del juicio declarativo ulterior. Haciendo un análisis de las sentencias en que apoya su pensamiento, dice: «... *d)* la sentencia de 14 de enero de 1949, que reiteró la doctrina de que la diversidad de causas de anulación tiene señaladas para su ejercicio, en la ley y en la jurisprudencia, dos sendas perfectamente delimitadas: el recurso de casación... y el *juicio declarativo en los demás casos*, lo cual es doctrina reiterada en las sentencias de 27 de enero y 21 de febrero de 1906, 26 de marzo de 1913, 26 de junio de 1916, 25 de febrero y 26 de junio de 1924 y 11 de abril de 1932».

La sentencia de *16 de febrero de 1968*, razonando en torno a los motivos que pueden fundamentar un recurso de nulidad, dice, entre otras cosas: «... Que tampoco podrán denunciarse eficazmente *las deficiencias intrínsecas* del laudo, ni la falta de ritualismos o trámites, en el curso del procedimiento seguido hasta llegar a emitirlo, *sin perjuicio de las acciones ordinarias que, en su caso, procedieren con arreglo a Derecho*».

Esta misma doctrina se halla perfectamente condensada en la sentencia del Tribunal Supremo de *21 de febrero de 1970*. Se trataba en aquel caso de un recurso de nulidad interpuesto contra laudo dictado en arbitraje de equidad, y el fondo del asunto consistía—entre otras cosas—en una rendición de cuentas previa a la liquidación de ciertas relaciones económicas mantenidas entre las partes.

De los pronunciamientos del Tribunal Supremo se deducen los dos principios que venimos sustentando: 1) que los motivos por los que puede interponerse el recurso de nulidad contra el laudo son los taxativamente enumerados en la ley y ningún otro, y 2) que ello no obstante, pueden someterse a revisión judicial, por la vía del juicio declarativo, algunas cuestiones relacionadas con la actuación y decisión de los árbitros.

En relación con el primero de estos principios, dice el Tribunal Supremo en uno de sus considerandos: «Que la especial naturaleza del arbitraje de equidad, en el que los llamados a resolverlo gozan de libertad para la apreciación de los hechos y han de aplicar a los mismos no los preceptos legales que serían pertinentes, sino a su leal saber y entender los dictados

de esa equidad que adjetiva el arbitraje, hacen que al llegar a este trance el recurso de nulidad, único que puede interponerse contra el laudo, *no pueda apoyarse en supuestas transgresiones de índole fáctica o jurídica, sino en la propia actuación de los árbitros, si éstos traspasan el límite que les impone la ley o la voluntad de las partes*, incidiendo en verdadero abuso o desviación de los poderes que recibieron o el mandato legal que los enmarca, tal y como al efecto se describe en el número 3.º, artículo 1.691, de la Ley Procesal, que fija tanto las facultades de las partes para la impugnación del laudo, como el campo de acción del Tribunal para resolverla...».

Pero en cuanto al segundo de los postulados sigue la sentencia: «... de ahí que *todas las demás cuestiones que se planteen*, tanto si se refieren a la formalización del compromiso o a su validez, *como a transgresiones, de cualquier índole, que puedan cometer los árbitros en el ejercicio intrínseco de su función y dentro del marco asignado a su competencia*, no tengan cabida en el recurso ni haya que estudiarlas ni resolverlas si indebidamente se plantearan, ya que *todas las acciones a que pueda dar lugar*, aparte lo dicho, *esta especialísima mediación ha de entenderse que quedan reservadas al juicio declarativo ordinario correspondiente...*».

b) *Extremos del laudo arbitral que pueden ser combatidos en juicio declarativo ordinario*

Parece no haber duda, por tanto, sobre la posibilidad de entablar con éxito un juicio declarativo tendente a dejar sin efecto alguno o algunos de los pronunciamientos de un laudo dictado en arbitraje de equidad. El problema se plantea, sin embargo, a la hora de determinar qué extremos del laudo (o del procedimiento arbitral) pueden ser combatidos eficazmente a través del juicio declarativo.

Es la enseñanza de nuestro Tribunal Supremo la que otorga al juicio declarativo el mayor radio de acción como instrumento para combatir el laudo dictado en arbitraje de equidad.

En la sentencia de 21 de enero de 1961 se aprecia una tendencia limitativa. Se trataba en aquel caso de un juicio declarativo entablado por una de las partes enfrentadas en un arbitraje de equidad cuyo laudo había sido objeto, en su día, de un recurso de nulidad (recurso que fue desestimado). El entonces recurrente, disconforme, promovió la demanda que dio lugar a esta sentencia del Supremo. En ella, después de hacerse una serie de consideraciones en torno al significado del arbitraje de equidad, el Tribunal se plantea el tema de la revisión del laudo en juicio declarativo. Y dice: «... ha de examinarse la cuestión con un criterio restrictivo, puesto que de lo contrario se daría paso de modo indirecto a que los laudos dictados en arbitraje de equidad pudieran ser combatidos con análoga amplitud a los recaídos en arbitrajes de Derecho, burlando la finalidad que guió al legislador de facilitar la resolución de aquellas cuestiones que las partes, por su libre arbitrio o voluntad, quieran someter a tales normas de equidad, buscando soluciones de armonía y concordia...».

Sin embargo, estas palabras deben enmarcarse en el concreto contexto de aquel recurso, ya que—y en este sentido nos parece correcta la argumentación del Tribunal—lo que no puede admitirse es que las partes comprometidas, volviendo sobre sus pasos, pretendan revisar las decisiones de los árbitros sólo por no haberse ajustado éstas a «la rígida

aplicación de las normas del Derecho estricto» (palabras estas últimas que utiliza la sentencia aludida).

No obstante, en todos los demás casos el Tribunal Supremo deja abierta la puerta del juicio declarativo con la mayor de las generosidades. Por citar tres sentencias posteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1953, mencionamos las de *12 de diciembre de 1964*, *16 de febrero de 1968* y *21 de febrero de 1970*.

En la segunda se dice de forma indirecta, pero muy clara, que el juicio ordinario procede, en abstracto, para denunciar «*las deficiencias intrínsecas*» del laudo y «la falta de ritualismos o trámites».

En la tercera se remite al juicio declarativo en «*todas las demás cuestiones que se planteen, tanto si se refieren a la formalización del compromiso o a su validez, como a transgresiones, de cualquier índole, que puedan cometer los árbitros en el ejercicio intrínseco de su función*».

De las palabras del Tribunal Supremo se desprende, por tanto, que en el juicio declarativo se pueden someter a revisión tanto los defectos extrínsecos (de forma) como los intrínsecos, esto es, los referentes al fondo mismo de la decisión arbitral. Ciertamente es que estas declaraciones del Supremo no siempre constituyen la *ratio decidendi* de los respectivos casos. En otras palabras: en muchas ocasiones constituyen meras afirmaciones doctrinales expresadas de manera tangencial o colateral. Pero no por eso desmerecen en su valor de pronunciamientos suficientemente contundentes como para no poder ser desoidos en el futuro por el propio Alto Tribunal sin incurrir en flagrante contradicción.

No deja lugar a dudas, en fin, la sentencia de *12 de diciembre de 1964*. En sus dos primeros considerandos se hace un breve resumen de la aparición y fundamento de la doctrina del juicio declarativo como medio de revisión del arbitraje de equidad y se alude al carácter tasado de las causas que pueden fundamentar el recurso de nulidad. Para decir en el tercer considerando: «Que por ser esta materia de excepción (se refiere a la del recurso de nulidad), los preceptos que la regulan tienen que ser interpretados en sentido restringido, sin admitir ampliaciones por vía de analogía; y, por tanto, mediante este especial recurso no podrán impugnarse más que esos tres excesos de los árbitros, quedando fuera de él las operaciones preparatorias o instrumentales respecto al fallo, es decir, los posibles errores in procedendo, y el contenido intrínseco del fallo mismo, en cuanto a su acierto, desacierto, justicia o injusticia, que quedan remitidos al juicio ordinario correspondiente—sentencias de 26 de mayo de 1913, 11 de abril de 1932 y 15 de noviembre de 1934—.»

Del examen de esta jurisprudencia se desprende una conclusión evidente: *el Tribunal Supremo admite la posibilidad de que en juicio declarativo ordinario se someta a enjuiciamiento, y por ello, en su caso, a revisión o anulación total o parcial, el laudo dictado en arbitraje de equidad.*

Permítasenos la reiteración. Pero la sentencia de 12 de diciembre de 1964 es concluyente: el juicio declarativo puede contemplar el acierto o el desacierto, la justicia o la injusticia, del fallo arbitral.

c) Doctrina de los autores

Procede una breve alusión a la opinión de los autores que, por lo que sabemos, se han pronunciado sobre el tema que estamos analizando.

A poco de aparecer la Ley de Arbitraje de 1953, GUASP (*El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, pág. 170) se preguntaba ya: «¿Podrá pensarse que, al margen de los recursos de nulidad, queda una acción de nulidad, de Derecho civil, para impugnar en el plazo de cuatro años el laudo?»

GULLÓN (*Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 499), después de referirse al recurso de nulidad, añade: «Es doctrina jurisprudencial reiterada que no cabe la admisión de otras causas de recurso por vía analógica. Pero ello no quiere decir que se prohíba atacar el laudo en el juicio declarativo ordinario cuando a ello haya lugar»

En *Instituciones de Derecho civil* (vol. I, Madrid, 1973, pág. 600), de GULLÓN y DÍEZ-PICAZO, se insiste: No cabe la admisión de otras causas como base del recurso de nulidad, «pero ello no quiere decir que se prohíba atacar el laudo en el juicio declarativo ordinario». Y la misma doctrina sientan estos autores en su *Sistema de Derecho civil* (vol. II, Madrid, 1977, página 442), si bien las sentencias que citan en su apoyo sólo se refieren a vicio en el procedimiento arbitral e ilicitud o nulidad de las cláusulas del compromiso.

FENECH (*El arbitraje en el Derecho español*, en «Estudios de Derecho Procesal», en colaboración con CARRERAS, Barcelona, 1962, pág. 426) opina que no se puede negar a las partes su derecho a impugnar los errores e injusticias posibles, tanto a través del recurso de casación o nulidad como de un procedimiento ordinario de nulidad.

De la misma opinión es CARRERAS, que en *Contribución al estudio del arbitraje* (págs. 449-451) y en *Estudio comparativo de la Ley española de Arbitraje* (págs. 465-466), en los mismos «Estudios de Derecho Procesal» arriba citados, distingue entre los recursos propiamente dichos entablados contra el laudo y la acción de nulidad ejercitada con posterioridad a la sentencia o como oposición a la ejecución.

Y participa del mismo criterio PÉREZ GORDO (*El recurso de nulidad contra el laudo arbitral*, en «Revista General de Derecho», 1972, pág. 1.137), que, después de haberse referido al recurso de nulidad, añade que «en todos los demás supuestos, las posibles infracciones que puedan cometerse sólo podrán combatirse a través del correspondiente juicio declarativo», doctrina que el autor dice aceptada por los procesalistas españoles.

SERRA (*Naturaleza jurídica del arbitraje*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, pág. 614) considera que pueden ser atacados los siguientes extremos: a) La validez del compromiso o del contrato preliminar de arbitraje; b) La validez del laudo por no haberse cumplido las formalidades externas legalmente establecidas para su emisión; c) El efectivo cumplimiento en el proceso arbitral de los principios esenciales del procedimiento, como el principio de contradicción, y d) La idoneidad de los árbitros para integrar el colegio arbitral.

Más contundente es FERREIRO (*Los arbitrajes de Derecho privado*, 2.ª ed., Pamplona, 1974, pág. 149) cuando dice: «No quiere decir esto que contra el laudo de equidad no exista ningún otro recurso de nulidad. La misma sentencia que últimamente acabamos de citar (se refiere a la de 21 de febrero de 1970) añade que todas las demás cuestiones del recurso han de entenderse que quedan reservadas al juicio ordinario declarativo correspondiente, y admite (el autor se refiere ahora a la sen-

tencia de 1 de febrero de 1960) la eficacia del juicio declarativo ordinario para poner de relieve la nulidad del contrato o la nulidad del auto ordenando la formalización judicial del compromiso.» Es decir—prosigue el autor—, que además de la nulidad de que habla este artículo, en relación con el número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «todas las demás infracciones que en el laudo puedan cometerse han de combatirse a través del correspondiente juicio declarativo».

OGÁYAR (*El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid, 1977, págs. 229 y sigs.) parte de una postura crítica respecto del sistema de recursos establecido en la Ley de Arbitraje, que juzga improcedente. Su pensamiento—desde luego, muy digno de consideración—se sintetiza en las siguientes palabras: «... el arbitraje se concibe y regula como una institución de derecho sustantivo enclavada en la esfera del Derecho privado y dentro de éste, en el campo contractual, pues si los compromitentes se obligan por el contrato de compromiso, los árbitros quedan vinculados al aceptar su designación, naciendo de esta aceptación la relación jurídica arbitral, y estos contratos—el de compromiso y el de dación y recepción de arbitraje—producen, como todo contrato, un vínculo obligatorio, por lo que los compromitentes, otorgada la escritura de compromiso, han de estar y pasar por lo estipulado, de acuerdo con las reglas generales de la contratación (dice el art. 1º de la Ley), y la aceptación de los árbitros da derecho a cada una de las partes a compelerles a que cumplan su encargo, bajo la pena de responder de los daños y perjuicios, pues la consecuencia de la obligatoriedad de los contratos es que no puede dejarse su validez y cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes. Por ello, los árbitros, al aceptar el encargo, *adquieren la obligación de cumplirlo con la lealtad correspondiente a la confianza en ellos depositada*, desempeñando bien su cargo, y si no lo cumplen o lo cumplen mal por dolo, *negligencia*, morosidad o contravención a lo pactado, *responden de los daños y perjuicios causados a las partes que los nombraron* y en ellos confieron, a tenor del principio general consagrado en el artículo 1.101 del Código Civil, revelando esta naturaleza contractual que *si los árbitros pueden abusar de su cargo o cumplirlo mal, ello puede y debe ser remediado sin salirse de las normas de la contratación...* (los subrayados son nuestros).

Además de esta argumentación—desde la perspectiva de la esencia del arbitraje—, OGÁYAR se muestra disconforme con los recursos instaurados por la Ley de Arbitraje atendidas la naturaleza y fines de la casación (pág. 231). Pero lo que interesa observar es que este autor, aun en su planteamiento de *lege ferenda*, considera incuestionable que cualquiera de los compromitentes puede exigir responsabilidad (la contractual *ex art. 1.101*) al árbitro que ha actuado con negligencia. Debe entenderse: al árbitro que por descuido ha emitido un laudo objetivamente injusto.

Cierto es que la sugerencia de OGÁYAR queda desvirtuada *de lege lata* por virtud del sistema de recursos de hecho establecido por la ley de 1953, pero no es menos cierto que su criterio y su objetivo (que son los de otorgar la posibilidad de corregir un laudo injusto) encuentran satisfacción—aunque por una vía que para él no sería ortodoxa—en la doctrina jurisprudencial que permite la revisión del laudo dictado en arbitraje de equidad a través de un juicio declarativo formulado por la parte víctima de la injusticia frente a la otra.

OGÁYAR reitera este pensamiento en su obra más reciente: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBADALEJO, tomo XXII, vol. 2.º, *Artículos 1.809 a 1.821 del Código Civil y Ley de Arbitrajes de Derecho Privado*, Madrid, 1979, págs. 219-221. Es de lamentar que este autor no haya hecho referencia a la doctrina jurisprudencial que en este trabajo nos ocupa, fenómeno acaso debido a la estructura de los citados *Comentarios*, que sigue el sistema de exégesis de artículo por artículo. En cambio, sí postula una solución *de lege ferenda* que viene a confirmar nuestro criterio de que la solución arbitral no puede considerarse en todo caso inatacable. Dice OGÁYAR (pág. 221): «En consecuencia, contra el laudo arbitral no debe darse recurso alguno, porque lo veda la voluntad de los compromitentes que, al excluir a la jurisdicción ordinaria, se someten expresamente a la decisión de los árbitros. Es de desear—añade—que en la futura reforma del arbitraje privado se suprima todo recurso contra el laudo, para ser consecuente el legislador con la naturaleza contractual de la institución; y como garantía de los compromitentes se podría disponer que cuando los árbitros se extralimiten en su función, se podría oponer la parte agraviada a la ejecución del laudo ante el Juez de Primera Instancia en que aquélla se hubiese instado, por vía de incidente, solicitando la ineficacia del laudo; y podría completarse esa garantía haciendo responsables a los árbitros de los daños y perjuicios que causen a las partes, tanto si no cumplen su encargo como si lo desempeñan mal, responsabilidad que en este último supuesto habría de exigirse a la vez que se instase la ineficacia del laudo» (también aquí son nuestros los subrayados).

Del análisis de estos autores se desprende que todos ellos admiten la posibilidad de entablar un juicio declarativo ordinario, posterior al laudo, para someter a revisión algún extremo del mismo. Incluso más: para OGÁYAR, éste tendría que ser el instrumento natural por el que se manifestase la discrepancia respecto al fallo arbitral, puesto que rehúsa *de lege ferenda* el sistema del recurso.

Ahora bien: ¿cuál es la opinión de la doctrina acerca de los concretos extremos que pueden ser sometidos a enjuiciamiento?

GULLÓN y DÍEZ-PICAZO, tanto en la monografía particular del primero como en sus posteriores obras conjuntas, hablan de «atacar el laudo», sin restricción alguna. Y el hecho de que se remitan a la jurisprudencia dictada al efecto (en la que, obviamente, debe incluirse la que admite la verificación de la «justicia o injusticia» del laudo), sin que dichos autores la sometan a crítica negativa, parece conducir a la conclusión de que aceptan la posibilidad de que el juicio declarativo entre en el fondo de la decisión arbitral.

CARRERAS, PÉREZ GORDO y FERREIRO, que también acreditan conocer la doctrina jurisprudencial aludida, no la someten a discusión, por lo que sin excesivo atrevimiento podemos deducir que admiten la revisión de la justicia o injusticia del laudo. En estos autores se habla de «las posibles infracciones» o de «todas las demás infracciones» del fallo arbitral, sin reserva de ningún tipo.

FENECH explícitamente reconoce a las partes su derecho a impugnar los errores e injusticias posibles del laudo.

OGÁYAR, salvada su original postura crítica al respecto, deja bien patente la idea de que lo resuelto por los árbitros no debe ser la última pa-

labra (y obsérvese que lo que dice vale tanto para el arbitraje de Derecho como para el de equidad), ya que, partiendo de la tesis contractualista del arbitraje, afirma la responsabilidad de los árbitros por dolo, negligencia o morosidad, con lo que está dando por incuestionable—siempre dentro de su planteamiento de *iure condendo*—que *el contenido del laudo puede ser revisado*

Sólo SERRA—que sepamos—excluye la posibilidad de que el juicio declarativo ordinario verse sobre el contenido del juicio arbitral, por entender que entonces se iría contra la santidad de la cosa juzgada.

2. ¿SE TRATABA DE UN CASO DE ARBITRIO DE TERCERO?

a) Planteamiento

Creemos que esta interrogante no es, en el plano teórico, ociosa en el caso que nos ocupa. Y desde luego no lo era para don E. R. cuando, en el intento de poner remedio al quebranto económico por él sufrido, se encontraba en la necesidad de decidir qué tipo de procedimiento judicial (o, mejor, qué tipo de pretensión) había de plantear ante los Tribunales.

Ante todo, debemos resaltar un hecho que a nuestro juicio esta lleno de significado: *que entre los socios no existía controversia sobre la valoración de los bienes de la sociedad*.

En efecto, cuando los socios acordaron someter a la decisión de los árbitros determinadas cuestiones, lo hicieron por dos motivos: 1) Para que los árbitros determinasen qué parte del metálico entregado por don E. R. lo fue en concepto de aportación de capital y cuál lo fue en concepto de préstamo. *Este era el verdadero conflicto* entre los socios, no otro. Y no había otro, decimos, a pesar los abundantes extremos dejados a la decisión de los árbitros, *porque los socios ya habían adoptado el acuerdo o tomado la decisión de poner fin a la sociedad y repartir sus bienes*. No olvidemos que cuando los socios otorgan la escritura de compromiso lo hacen, según ellos mismos manifiestan, *porque han decidido disolver la sociedad*. 2) En segundo lugar, y en relación con lo que acabamos de decir, se deja en manos de los árbitros la práctica de las operaciones típicamente liquidatorias, a saber: determinación de la participación de cada socio en el haber social y en los beneficios de la sociedad (en definitiva, un balance de situación) y reparto o adjudicación de los diversos elementos de activo y pasivo previamente inventariados. E insistimos en que, según se deduce, no existía controversia entre los socios. Lo único que ocurrió es que, como tantas veces sucede en casos semejantes, los socios prefirieron eludir las discrepancias que entre ellos *podían surgir*, de haber tenido que ser ellos mismos quienes realizaran el inventario, valoración y adjudicación de los bienes y obligaciones sociales, y, en consecuencia, acordaron que fueran otras personas (los tres árbitros precisamente) quienes llevaran a cabo dichas operaciones. En relación con ellas, cabe preguntarse ahora: ¿se trató de un verdadero arbitraje?, ¿resolvieron los árbitros una contienda o, por el contrario, se limitaron a integrar una relación jurídica incompleta? En suma, ¿fueron—en relación con el tema a que estamos refiriéndonos—verdaderos árbitros o simples «arbitradores»? El planteamiento de estas cuestiones obli-

ga a un examen, siquiera esquemático, de diversos aspectos relacionados con la naturaleza jurídica del arbitraje.

Pero antes recordaremos algunos preceptos legales de aplicación al caso que nos ocupa.

b) *Preceptos legales de posible aplicación*

1) Artículo 1.669 del Código Civil:

«No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros.

Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.»

En varios pasajes del laudo—dicho sea de paso—, los árbitros, refiriéndose a la sociedad del caso, hablan de «comunidad».

2) Artículo 402 del Código Civil:

«La división de la cosa común podrá hacerse por los interesados, o por árbitros o amigables componedores nombrados a voluntad de los partícipes.

En el caso de verificarse por árbitros o amigables componedores, deberán formarse *partes proporcionadas al derecho de cada uno*, evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico.»

3) Artículo 1.708 del Código Civil:

«La partición entre socios se rige por las reglas de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ello resulten. Al socio de industria no puede aplicarse ninguna parte de los bienes aportados, sino sólo sus frutos y los beneficios, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.689, a no haberse pactado expresamente lo contrario.»

4) Artículo 1.057 del Código Civil:

«El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos...»

5) Artículo 1.061 del Código Civil:

«En la partición de la herencia *se ha de guardar la posible igualdad*, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.»

6) Artículo 1.086 del Código Civil:

«Estando alguna de las fincas de la herencia gravada con renta o *carga real perpetua*, no se procederá a su extinción, aunque sea redimible, sino cuando la mayor parte de los coherederos lo acordase.

No acordándolo así, *o siendo la carga irredimible, se rebajará su valor o capital del de la finca*, y ésta pasará con la carga al que le toque en lote o por adjudicación.»

7) Artículo 2.º de la Ley de Arbitraje, de 22 de diciembre de 1953:

«A los efectos de la presente ley, se entiende por arbitraje la institución por la que una o más personas *dan solución a un conflicto* planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión.

No se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente.

En este caso, los efectos jurídicos de la intervención del tercero continuarán sometidos al régimen particular que hoy en cada supuesto se establece.»

c) *Diferencia entre arbitraje y arbitrio de un tercero y árbitro y arbitrador*

Conviene ahora—porque creemos que el caso lo justifica—aludir a la distinción entre arbitraje y arbitrio de tercero, diferencia que tiene buen cuidado de salvar el artículo 2.º de la Ley de Arbitraje de 1953. En esta cuestión, así como en las que de ella traen causa, seguimos la exposición de DÍEZ-PICAZO (*El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957).

Señala DÍEZ-PICAZO la antigüedad y la dificultad de esta distinción. Y a renglón seguido enumera y examina los diferentes criterios que la doctrina ha utilizado para esclarecerla (juicio de Derecho y juicio de equidad, juicio de hecho y juicio de Derecho, controversia económica y controversia jurídica, y asunto litigioso y asunto pacífico).

El criterio diferenciador que se basa en la contraposición *juicio de hecho-juicio de Derecho* se puede formular así: el árbitro decide sobre una relación jurídica; el arbitrador, una mera cuestión de hecho. Pero, como dice DÍEZ-PICAZO, la experiencia demuestra que el árbitro—como el Juez—puede resolver tanto cuestiones de hecho como de Derecho. En una palabra: la resolución de cuestiones de hecho no es privativa del arbitrador, puesto que puede efectuarla también el árbitro.

Otro criterio diferenciador es el que contrapone la *controversia económica a la controversia jurídica*. La idea, sutilmente desarrollada por CARNELUTTI, se sintetiza así: en el «litigio», propiamente dicho, hay un conflicto de intereses y una contienda sobre la tutela del interés de cada parte. Frente a este tipo de controversia se encuentran los «conflictos de intereses simples». En estos últimos, las partes no pretenden la tutela jurídica ni discuten acerca de ella. Son las llamadas «controversias económicas».

En el caso que nos ocupa se da la circunstancia de que los comprometidos no discutían—cuando se concertó el compromiso—sobre la valoración y adjudicación de los bienes sociales. Lo único que sucedió es que prefirieron que otras personas—los árbitros—las hicieran por ellos, precisamente para evitar que surgiera el conflicto sobre una cuestión tan poco jurídica como es valorar unos bienes y repartirlos.

Más penetrante quizá es el último de los criterios de distinción citado por DÍEZ-PICAZO. Consiste en diferenciar *asunto pacífico y asunto litigioso*. Nuestro autor dice a este respecto, resumiendo la tesis: «El arbitraje recae sobre un litigio. Sin litigio, el arbitraje no se comprende, precisamente porque el arbitraje es aquella institución por virtud de la cual las partes encomiendan a un tercero la composición del litigio...» Mientras que, en relación con el arbitrio de un tercero, «puede decirse que cuando éste surge es precisamente porque el litigio no existe... Ello es independiente de que las partes hayan logrado un acuerdo más o menos

completo. Podrá no existir un acuerdo total. Mejor aún: la falta de total acuerdo debe existir para que el arbitrio surja. Podrá incluso haberse producido desacuerdo, aunque ello no es necesario. Pero *no existe litigio*». DÍEZ-PICAZO alza su distinción sobre la existente entre litigio y negocio. Y concluye: «El árbitro es el Juez de un litigio; el arbitrador es el Juez de un negocio.»

En nuestro caso, podría esgrimirse, creemos que sin incurrir en exceso de sutileza, el siguiente razonamiento: cuando los socios acordaron el arbitraje habían decidido ya la disolución de la sociedad (o de la comunidad, según se quiera); en efecto, existía ya un convenio (un negocio jurídico) de disolución; había, desde luego, alguna cuestión controvertida—cuestión litigiosa—, pero no era la que versaba sobre la valoración del haber y adjudicación de sus elementos; en relación con este tema no se había tenido siquiera la oportunidad de discutir; hubo acuerdo (negocio) sobre la disolución, como decíamos, pero se dejó que los árbitros integrasen o completasen este acuerdo fijando el valor de los bienes y repartiéndolos, cosa que encaja perfectamente en las previsiones de los artículos 402, 1.708 y 1.057 del Código Civil. La prueba definitiva de que entre las partes no había controversia en torno a la valoración del haber social radica precisamente en que *ninguno de los socios sabía de antemano qué bien o bienes les iban a ser adjudicados, lo que excluye por hipótesis el eventual intento de cualquiera de ellos de dar a un bien o a otro un valor más alto o más bajo*.

Este pensamiento puede encontrar apoyo en el artículo 2.º de la Ley de Arbitraje de 1953. La alusión al «conflicto» (párr. 1.º) parece encontrada con la figura del tercero arbitrador descrito en el párrafo 2.º. Atendido el texto legal, «árbitro» es el que resuelve un conflicto; «arbitrador», el que integra una relación jurídica incompleta, pero sin que medie conflicto (cuando menos, sin que medie conflicto en torno a la integración misma, con independencia de que pueda haberlo en relación con otros extremos, como ocurría en el caso que nos ocupa).

Podemos ahora preguntarnos: ¿la figura jurídica del arbitrio de un tercero pierde esta condición, para pasar a ser un arbitraje, cuando se incluye dentro de un contrato de compromiso? Si aceptamos la distinción que se eleva sobre la dualidad «cuestión litigiosa-cuestión pacífica», es obvio que estamos en presencia de la figura de arbitrio de un tercero, cualquiera que sea la forma que se dé a su intervención, siempre que entre las partes no exista previa controversia o contradicción en torno a la decisión que se deja en sus manos.

d) Aplicaciones concretas del arbitrio de tercero al caso debatido

Los casos de arbitrio de tercero previstos en el Código Civil y más íntimamente relacionados con el caso que nos ocupa son, sin duda, los de división de cosa común y los de partición de herencia.

En lo que hace a la división de la cosa común, DÍEZ-PICAZO se plantea la duda que a primera vista sugiere el artículo 402 del Código Civil. En efecto, al hablar dicho precepto de «árbitros o amigables componedores», ¿quiere decir o significar que no se trata de un caso de arbitrio de un tercero? Analiza el autor los diversos supuestos posibles, para concluir —a nuestro juicio, con acierto—que «no existe dificultad para que los

comuneros, entre quienes no existe conflicto, controversia o como quiera llamársele, en perfecto acuerdo y armonía, decidan, precisamente para evitar el conflicto, encomendar a un tercero la función de llevar a cabo la división, aceptando de antemano los resultados a que lleguen», y esto no sería arbitraje. En nuestra opinión, sentado este principio, es ya indiferente la forma que revista o el nombre que se dé al acto de encomendar al tercero (o terceros, como en nuestro caso) la práctica de la división. Y estimamos que no queda modificada su naturaleza por el hecho de que, junto a tal función, se asigne también al tercero la de dirimir un conflicto entre las partes, esto es, se le confíe la resolución de un verdadero y propio arbitraje.

La otra figura interesante es la del llamado contador partidor de una herencia. DÍEZ-PICAZO pone de relieve el hecho de que la jurisprudencia se ha inclinado a identificar esta figura con la de mandatario. Pero, con mejores razones, el mismo autor se orienta hacia la institución del arbitrador, más que hacia la del mandatario. Y en este punto DÍEZ-PICAZO utiliza una expresión que nos parece muy significativa de lo que en verdad es el arbitrio de un tercero: «Se trata siempre—dice—de un mismo hecho: las partes se remiten a la solución que un tercero dé a una cuestión que ellas mismas puedan resolver... Los herederos pueden hacer la partición por sí mismos de la manera que tengan por conveniente (artículo 1.059) nosotros recordásemos el artículo 1.708, dentro de lo cual cabe que se remitan a lo que un tercero decida. Y el tercero, en tanto no surja litigio, desarrolla siempre la misma función: es un arbitrador.»

e) *Motivos por los que puede someterse a revisión el arbitrio del tercero*

Todo cuanto venimos diciendo no tendría especial interés, por lo que a nuestro caso se refiere, si no fuera porque el acto de decisión llevado a cabo por el tercero puede adolecer de cualquiera de las causas de ineficacia propias de un acto jurídico. En concreto, nos interesan dos: error en la decisión o inobservancia de las reglas condicionantes de la misma.

En cuanto al primero de los extremos—*error*—, dice DÍEZ-PICAZO: «Si la decisión del arbitrador no se formó libre y voluntariamente, porque concurrieron en ella error, dolo, violencia, etc., no cabe duda que sería una decisión defectuosa y, como tal, impugnabile.» No es sino aplicación de la doctrina general de los vicios del consentimiento.

Mayor dificultad—prosigue DÍEZ-PICAZO—ofrece el tema de la eficacia anormal del arbitrio por *inobservancia de las reglas condicionantes de la decisión*. La más elemental es, sin duda, la equidad, cuya contraposición, la «iniquidad manifiesta», es considerada por el Código en algún caso como motivo de impugnación de la decisión (art. 1.690, sobre distribución de pérdidas y ganancias sociales). Es evidente que, en el caso que nos ocupa, la iniquidad objetiva—falta de proporción—encontraría su sanción a través de los artículos 402 y 1.061 del Código Civil. DÍEZ-PICAZO, a nuestro juicio muy acertadamente, sugiere que si el principio contenido en el artículo 1.690 no pudiese ser extendido por vía de analogía, la posibilidad de impugnación por falta de equidad tendría un vigoroso fundamento en el artículo 1.714 del Código Civil, según el cual el mandatario—el arbitrador—no puede traspasar los límites del mandato. Y uno de los límites impuestos al arbitrador—concluye—es la observancia de las reglas de equidad.

f) *Conclusiones*

A la vista de todas estas consideraciones, resulta una única cuestión: si en el caso que nos ocupa, y precisamente en lo que se refiere a la valoración del haber social, no en otro extremo, los árbitros fueron verdaderos árbitros o sólo arbitradores. Dicho de otro modo: si puede considerarse que, a pesar de la forma externa de arbitraje de equidad, la decisión de los árbitros no fue otra cosa que un supuesto de arbitrio de un tercero (terceros en este caso), dirigido a integrar una relación jurídica incompleta (el pacto de disolución de la sociedad).

Aunque no es posible dar sin vacilación una contestación a esta pregunta, y a pesar de que en cierto modo puede resultar aquélla innecesaria, por las razones que luego se dirán, estimamos que no carece de fundamento la teoría según la cual en este caso los árbitros desarrollaron una doble función. Puramente arbitral, la una: la que consistió en resolver o dirimir el conflicto existente en torno a la naturaleza de las aportaciones dinerarias del señor R.; de capital, según él, o en concepto de préstamo, según sus ex socios. También, según parece, pudo existir conflicto en torno a las cantidades retiradas por los socios de la caja social. Pero no hubo contienda—y ésta es la segunda función de los árbitros—en relación con la determinación del haber social, y menos con su valoración y ulterior adjudicación. De ser cierto este planteamiento de hecho (que, por otra parte, se ve confirmado por las declaraciones que hacen las partes en la escritura de compromiso), se puede sostener sin temeridad que el acto de decisión de los árbitros puede ser impugnado por las causas que hemos mentado en anterior apartado e). *Error en la decisión*, si los árbitros valoraron el terreno ignorantes de una circunstancia trascendental para la estimación de su precio comercial. *O iniquidad objetiva* (esto es, real desequilibrio entre las adjudicaciones correspondientes a cada socio), si se mira el resultado, ya que don E. R. vino a percibir, en términos proporcionales, menor cantidad de bienes que sus ex socios.

g) *Posible objeción: la doctrina de los actos propios*

Todo cuanto hemos sostenido podría ser objetado si nos atuviéramos a la sutil pregunta que se formula GULLÓN (*loc. cit.*, nota 19), quien, después de haber referido la doctrina jurisprudencial admisora de la acción declarativa como medio de combate contra un laudo, dice: «... ello puede plantear el problema de si se puede ir contra los propios actos, cuando después de recurrir ante el Supremo se inicia el juicio declarativo».

Sin desdenar, desde luego, tan sugerente argumento, hemos de manifestar, sin embargo, nuestra convicción de que no sería aplicable al caso que nos ocupa. Fundamos nuestra apreciación en el hecho de que si bien don E. R. interpuso recurso de nulidad contra el laudo (recurso que fue desestimado), lo cierto es que no utilizó como motivo de recurso el menoscabo por él sufrido a consecuencia del gravamen que afectaba a la finca o la incorrección objetiva de las valoraciones de los bienes del activo social. Invocó, sin éxito, otros motivos distintos. No mencionó, como decíamos, el desequilibrio resultante en las adjudicaciones a causa de la repetida limitación urbanística, y no lo hizo, en primer lugar, porque desconocía entonces la existencia de dicha limitación. Pero tampoco le

hubiera servido de nada el haberla conocido, ya que el recurso de nulidad no es cauce apto para revisar la justicia o injusticia objetivas del laudo. Más aún, entendemos que aunque don E. R. hubiera conocido la existencia del gravamen, o hubiera debido conocerla, no por eso podría privarse de la oportunidad de entablar recurso de nulidad (invocando alguno de los motivos taxativos que lo justifican), independientemente de que luego resultara estimado o no. Es probable—aunque no lo tenemos por seguro—que el interesado puede omitir el recurso de nulidad y utilizar los argumentos que lo justificarían por el cauce de un juicio declarativo, pero creemos también que no puede considerarse que va contra sus propios actos quien, después de haber hecho uso del recurso de nulidad, utiliza la vía del juicio declarativo *invocando alegaciones que no tienen cabida entre los muy contados motivos que pueden servir de base a un recurso de nulidad*.

GULLÓN ilustra su sugerencia en torno a la doctrina de los propios actos citando la sentencia de 8 de julio de 1930. No obstante, en aquel caso se trataba de un sujeto que, después de recaído el laudo y ejercitado sin éxito el recurso de casación contra él, pretendía sostener en juicio declarativo la nulidad *del compromiso*. Pero el Tribunal Supremo no dice que el haber hecho uso del recurso de casación es, por sí solo, un acto propio contra el cual no se puede luego ir, sino que menciona ese dato como prueba de la aceptación de la validez del compromiso (no del laudo en sí). Lo que el Tribunal quiere, en definitiva, y así lo dice, es «oportunidad procesal» para el ejercicio de la acción declarativa. Remitiéndonos a nuestro caso, entendemos que sí era procesalmente oportuno alegar en juicio declarativo una circunstancia que no pudo invocarse eficazmente en el recurso de nulidad y que *no obsta a la aceptación del laudo, sino que lo presupone*, pues lo que don E. R. podía pedir era, en suma, que el laudo (en lo demás, inatacado) se modificase adecuadamente, de forma que una pequeña parte de su contenido se adaptara a los imperativos de la justicia y de la ley.

h) *Justificación del pleito entablado*

Así estaban las cosas, y éstos eran los razonamientos-base cuando se nos planteó la necesidad de decidir sobre reclamar o no reclamar, y, en caso afirmativo, por qué vía hacerlo.

La circunstancia que nos movió, en definitiva, fue la observación de que los árbitros fueron llamados así por las partes, de que su actuación fue denominada arbitraje y de que su decisión recibió la forma y el nombre de laudo. Nos inclinamos, pues, por el camino de la revisión del laudo en juicio declarativo ordinario.

La pregunta de partida era bien simple: ¿podría prosperar una demanda fundada en el error sufrido por los árbitros y dirigida a conseguir una rectificación adecuada de las valoraciones hechas por aquéllos?

Nuestra opinión fue—y sigue siendo—que, a la vista de la doctrina jurisprudencial más arriba reseñada, las causas que en su caso justificaban la impugnación de la decisión de un tercero arbitrador servirían también para fundamentar la acción que proponíamos.

1) Teníamos, por un lado, el *error* que muy probablemente sufrieron los árbitros al practicar la valoración del terreno, pues es presumible que

ignoraron la existencia de la limitación urbanística que luego descubrió el señor R.

El fundamento jurídico de la invocación de este error habría de ser, por aplicación analógica, el artículo 1.265 del Código Civil, pero no desde la perspectiva desde la cual se considera allí al error (es decir, como vicio del consentimiento contractual), ni siquiera desde el punto de vista —más amplio—del error en la voluntad negocial, sino bajo un prisma todavía más genérico y muy desatendido por la doctrina jurídica española (no así en la francesa): nos referimos al error padecido en la declaración de voluntad constitutiva de un *acto jurídico*. De no ser así, mal podría invocarse un error cuyas consecuencias fueron sufridas por persona distinta de quien lo experimentó.

Se trataba en este caso de un error que no había sido *provocado por quien lo alegaba* (don E. R.), ya que era este señor, precisamente, quien entonces supo de la existencia de una circunstancia que, de haber sido conocida por él con anterioridad, a buen seguro hubiera dado lugar a alguna reacción o reclamación por su parte.

El error había de ser invocado por quien sufrió sus consecuencias (el citado don E. R.), no por quienes lo experimentaron (los árbitros, independientemente de que también don E. R. ignorara la existencia de la limitación urbanística). Esto hacía que no jugara en este caso, a nuestro entender, el dogma de la inexcusabilidad del error de Derecho (apartado 1 del art. 6.º del Código Civil). Si se considerara que el error del caso era de este tipo—por tratarse de una ignorancia que versaba sobre un Reglamento municipal—, acaso no pudiera haber sido invocado por los árbitros que incurrieron en el desconocimiento, pero creímos que sí podía serlo por quien no participó en el acto jurídico viciado.

2) Pero más relevante que el error era, a nuestro juicio, el acto de la injusticia objetiva que se deducía del caso planteado. Además, el error encontraba la dificultad en su prueba, que hipotéticamente podría ser contrarrestada si a las alegaciones de don E. respondieran los árbitros diciendo que no sufrieron error alguno, esto es, si manifestaran que al hacer su valoración del terreno en cuestión tuvieron en cuenta la existencia del gravamen urbanístico. Afirmaciones éstas que difícilmente podría desvirtuar el señor R., ya que, ¿quién puede hablar con más autoridad sobre un pretendido error que aquel o aquellos que presuntamente lo han sufrido?

Por ello, como decíamos, parecía más adecuado atacar al laudo por razón de la falta de equidad que padecía, siempre que se acreditara—cosa que dábamos por hecha—que el valor asignado al terreno era objetivamente desorbitado, dada su condición de no edificable.

Argumentos jurídicos utilizables: violación del principio de igualdad o proporcionalidad, la proscripción del enriquecimiento injusto (que es tanto como decir del empobrecimiento sin causa) y, sobre todo, la inobservancia de los más concretos y taxativos artículos 402 y 1.061 del Código Civil, amén del 1.690, recurriendo, en cuanto a este último, a una elemental aplicación analógica.

Por si fuera poco, podía invocarse también, en nuestra opinión, la vulneración del artículo 1.086 del mismo Código. Este precepto ordena que en la partición de la herencia se tenga en cuenta la posible existencia de una finca gravada. En el presente caso se trataba de una finca de la que podía afirmarse, sin exceso ninguno, que se hallaba afectada por una

«carga real perpetua», ya que pesaba sobre ella una limitación dominical («servidumbre legal», en la concepción del Código) de duración indefinida e irredimible. Y, precisamente, el propio precepto que permite invocar la incorrección objetiva del laudo en lo que hace a la valoración del solar es el que suministra la solución o conducta a seguir en el caso: rebajar del valor de la finca el valor de la carga, que es lo mismo que valorar la finca *pero teniendo en cuenta que está gravada*. Esto era, en suma, lo que se debía pedir si se solicitaba, por la vía del juicio declarativo, la revisión o reconsideración del laudo que nos ocupa.

Corroborada, sin duda, la fundamentación de estas tesis el hecho de que el arbitraje de equidad muestre una naturaleza preponderantemente negocial. Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por la sentencia de 22 de diciembre de 1964, que la invoca, justamente, como argumento que justifica la restricción de los medios de impugnación (esto es, las causas del recurso de nulidad) contra el laudo dictado en este tipo de arbitrajes. Pero por aquella misma razón es por lo que se explica mejor la doctrina que permite la revisión del laudo a través de un juicio declarativo, es decir, de un *verdadero procedimiento judicial* orientado a la remoción de los defectos de fondo o de forma de que hubieran podido adolecer el compromiso, el arbitraje como tal o el laudo dimanante de él.

En este sentido nos parece concluyente la doctrina del Código Civil sobre la transacción. Esta, como dice el artículo 1.816, «tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada», circunstancia que no impide añadir (en el art. 1.817): «La transacción en que intervenga *error*, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1.265 de este Código.» Es decir, está sujeta a *anulabilidad*.

3. CAUCE PROCESAL OPORTUNO Y PLAZO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN

No es necesario repetir que la única vía que en este caso nos representábamos como posible para la revisión del laudo era el juicio declarativo ordinario, que, dado el montante de la reclamación, había de ser de mayor cuantía.

Nos planteamos también la pregunta acerca del plazo de prescripción (o, en su caso, de caducidad) de la acción correspondiente. El tiempo transcurrido cuando la cuestión se suscitó (menos de cuatro años a contar del laudo) hacía que el problema no fuera demasiado complicado, ya que, bien se adoptara la tesis de que los árbitros (o incluso las partes mismas) incurrieron en error—en cuyo caso regiría el término de cuatro años del artículo 1.301 del Código Civil—, bien se siguiera la teoría de que se trataba de una acción personal ordinaria—cuyo plazo de ejercicio es de quince años—, lo cierto era que en aquel momento se disponía aún de la oportunidad de entablar la demanda.

4. LEGITIMACIÓN PASIVA: SOBRE LA EVENTUAL NECESIDAD DE DEMANDAR A LOS ÁRBITROS

Ante la perspectiva de promover la correspondiente reclamación judicial, se nos planteó la sugestiva pregunta sobre las personas contra las que debíamos formular la acción: contra los árbitros, contra los ex socios o contra unos y otros.

En principio, era tentadora la cómoda fórmula de demandar a todos. En primer lugar, porque nada se arriesgaba con ello, y segundo, porque de alguna manera podía decirse que si la acción prosperaba habría de afectar en algo a los árbitros, aunque fuera sólo en un terreno sentimental o intelectual, no material, pues en este último sentido ningún perjuicio podría deparárseles, salvo, claro es, en el supuesto de que se sostuviera que por su parte había habido mala fe o ánimo de dañar.

Sin embargo, en definitiva, se optó por demandar sólo a los ex socios de don E. R., y no a los árbitros que dictaron el laudo, por considerar que no concurrían las circunstancias que harían obligada su presencia en el procedimiento.

En primer término, porque una vez dictado el laudo los árbitros quedan desconectados de la relación jurídica que les unió a los contendientes.

En segundo lugar, en elemental aplicación analógica, porque ni siquiera son parte en los recursos de casación o nulidad que, respectivamente, pueden interponerse contra laudos de Derecho y de equidad.

En tercer lugar, porque en el asunto a que puso fin la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1944 (*Jurisprudencia civil*, 2.ª época, vol. V, págs. 434 y sigs.) la demanda de nulidad de laudo de equidad se dirigió por uno de los compromitentes contra el otro, y no contra el que en aquel caso había sido árbitro único. Conviene señalar que el Tribunal Supremo vino a estimar la demanda del actor, en definitiva, ya que se desestimó el recurso del demandado contra la sentencia de la Audiencia. En otras palabras, se trata de un ejemplo de acción declarativa ejercitada *con éxito* contra el laudo. Y, como se desprende de la lectura íntegra de la sentencia del Supremo, en ningún momento se planteó el problema de la legitimación pasiva.

Y, por fin, porque así induce a sostenerlo la comparación con figuras jurídicas similares, como son la del albacea y la del contador partidor. En este sentido, merece ser citada la doctrina según la cual una vez terminado el albaceazgo todas las cuestiones que puedan presentarse con respecto a la herencia deben ser dirigidas contra los herederos y no contra los albaceas (sentencia de 6 de diciembre de 1895). Esto rige también aun en el caso de que los albaceas hubiesen adjudicado indebidamente bienes hereditarios, pues en esta hipótesis la acción de los perjudicados habrá de dirigirse contra los adjudicatarios (sentencia de 17 de diciembre de 1919), y cuando haya de pedirse la nulidad de un contrato otorgado por el albacea, en que será suficiente dirigir la acción de nulidad contra la otra parte contratante (sentencia de 24 de febrero de 1927). Tampoco se demandó a albaceas y a contadores partidores en las sentencias de 8 de julio de 1924, 28 de diciembre de 1928 y 2 de noviembre de 1957, a pesar de que en ellas se trataba de impugnaciones de operaciones particulares.

Planteado el pleito que nos ocupa en los términos que se acaban de citar, los demandados opusieron la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, aduciendo que debían haber sido demandados los árbitros. No obstante, como en seguida veremos, ni el Juzgado ni la Audiencia estimaron la citada excepción.

V. DESARROLLO DEL PLEITO

Sobre la base de estos antecedentes, don E. R. promovió demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra sus ex socios don I. de la I. y don J. J. U.

Los extremos que interesan de aquel pleito son los siguientes:

1. CUESTIONES DE HECHO

Las alegaciones fácticas del actor eran:

1. Que los árbitros incurrieron en error de hecho cuando adjudicaron al terreno del caso un valor que hubiera sido correcto en circunstancias normales, pero que resultaba desorbitado si se tenían en cuenta las limitaciones urbanísticas que ya pesaban sobre él cuando el laudo se dictó. Limitaciones que se contraían a la inedificabilidad del solar, por haberse agotado el volumen de construcción precisamente a causa de las llevadas a cabo antes por la sociedad de cuya disolución y liquidación se trataba.

2. De no ser así, esto es, si los árbitros o los ex socios de don E. R. no desconocían la existencia de la limitación urbanística, incurrieron en ostensible falta de equidad al hacer las valoraciones (en lo que a los árbitros se refiere) o en dolo grave—en su modalidad de omisión—por lo que a los ex socios respecta.

3. En todo caso, era evidente la injusticia objetiva de las adjudicaciones acordadas por los árbitros, ya que el desproporcionado valor asignado al terreno hacía que su atribución a don E. R.—aunque fuera por sorteo—se tradujera en un trato desigual entre él y sus ex socios. Aquél había sufrido un quebranto económico, que es tanto como decir que sus antiguos socios se habían visto indebidamente enriquecidos por causa de la defectuosa valoración. Como la participación de don E. R. en haber social era de un 50 por 100, era obvio que su lesión (y, por tanto, el correlativo enriquecimiento de sus socios) se cifraba en la mitad de la diferencia que existiese entre 2.500.000 pesetas (valor otorgado al terreno por los árbitros) y el valor comercial o de venta que realmente tuviera dicho terreno en el momento de dictarse el laudo.

4. Procedía, por tanto, rehacer la tabla de valoraciones efectuada por los árbitros, a fin de que la adjudicación del terreno a don E. R. (o a cualquier otro socio) se llevara a cabo sobre la base de una correcta tasación del mismo.

2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Básicamente consistía en la alegación de la doctrina jurisprudencial a que antes hemos hecho referencia, esto es, la que admite la posibilidad de verificar en juicio declarativo la justicia o injusticia objetivas de un laudo, su acierto o desacierto intrínsecos.

3. EL SUPPLICO DE LA DEMANDA

Se pedía que se declarase:

1. Que era parcialmente nulo el laudo en lo que se refería a la valoración del bien mencionado en el epígrafe 2.54 del propio laudo y adjudicado al actor, pues el valor real del mismo en el momento de dictarse el fallo arbitral era de 100.000 pesetas, y no el de 2.500.000 pesetas que los árbitros le atribuyeron.

2. Que, en aplicación del pedimento anterior, los demandados debían satisfacer de forma mancomunada al actor la cantidad de 1.200.000 pesetas, es decir, 600.000 pesetas cada uno de ellos.

3. Para el caso de que no se estimasen los pedimentos anteriores, que era parcialmente el laudo, en lo que se refiere a la valoración del mismo bien, pues su valor real en el momento de dictarse el laudo no era de 2.500.000 pesetas, que los árbitros le atribuyeron, sino el menor que el Juzgado estableciera.

4. En relación con el pedimento anterior, que los demandados debían satisfacer al actor de forma mancomunada y por mitades la mitad de la suma que resultase de restar a 2.500.000 pesetas el valor que el Juzgado asignase al mencionado bien, en estimación referida al momento de dictarse el laudo.

5. En su caso, si se considerase que la satisfacción del daño sufrido por el actor no debía revestir ninguna de las modalidades invocadas en los anteriores apartados 2 y 4, que se declarase la nulidad parcial del meritado laudo y lo rectificase el Juzgado, adjudicando el bien al actor y a los demandados; al actor en un 50 por 100, y a cada uno de los demandados en un 25 por 100 por cabeza. Con la declaración complementaria, siempre dentro de esta solución alternativa, de que los demandados debían satisfacer mancomunadamente al actor la cifra de 1.250.000 pesetas, mitad del valor que los árbitros asignaron al bien objeto de la litis.

6. Para el solo supuesto de que se estimase la pretensión inmediatamente anterior, que se declarase la nulidad de la inscripción registral que proclamaba entonces que el bien en cuestión pertenecía a don E. R., con orden de cancelación del asiento correspondiente.

7. Que se declarase, si los pedimentos anteriores fueren desestimados, la nulidad total del laudo arbitral, en cuyo caso se suplicaba que se declarase la obligación de los demandados de volver a realizar, junto con el actor, las operaciones liquidatorias de la sociedad que entre los tres formaron. Con la declaración correspondiente de la nulidad de las inscripciones registrales que se hubiesen practicado en virtud del laudo (salvo los derechos de terceros hipotecarios), dándose al efecto la oportuna orden de cancelación.

Y seguían las peticiones de condena correspondientes a cada uno de estos apartados.

4. EL RESULTADO DE LA PRUEBA

En realidad, los extremos de hecho quedaban reducidos a dos: 1) valor del terreno adjudicado a don E. R., y 2) valor del edificio e instalaciones que en él se hallaban.

1. En prueba testifical solicitada por el actor, uno de los árbitros autores del laudo declaró que para hacer la valoración de los inmuebles se habían valido del asesoramiento del experto don R. U., y que en base a su pericia habían dado al inmueble del caso el valor de 2.500.000 pesetas.

Pues bien, quiso el azar que en la prueba pericial practicada en autos correspondiese la función de dictaminar precisamente al mismo señor don R. U. Pero el actor solicitó que para la emisión de su valoración tuviera en cuenta el perito que el terreno—como se había acreditado documentalmente—no era edificable. Atendida esta circunstancia, el mentado perito estimó el valor del solar en 249.000 pesetas, otorgando el de 500.000 pesetas a las instalaciones y enseres.

Quedó claro, por tanto, que aun considerando conjuntamente ambas cifras, el valor del bien adjudicado a don E. R. era 749.000 pesetas, mientras que *el mismo experto, en las actuaciones arbitrales, lo había tasado en 2.500.000 pesetas*. Lo que ponía de relieve que el perito en cuestión, al hacer su estimación a efectos del arbitraje, no había tenido en cuenta—porque lo desconocía—que el terreno del caso no era apto para edificar.

Era patente, en consecuencia, que la valoración del bien era objetivamente inadecuada en el laudo y, por ende, injusta para quien resultó ser su adjudicatario (don E. R.).

Mas no es sólo esto, sino que de forma documental se probó que en su día Hacienda había asignado al inmueble un valor de 1.415.700 pesetas, dando lugar a que don E. R. formulara el correspondiente recurso basándose en la circunstancia de que el terreno no era edificable. Este recurso se resolvió dentro de la misma vía administrativa, de suerte que la propia Hacienda modificó su primitiva valoración y la dejó en 134.420 pesetas. Lo que constituía la demostración más inequívoca de que la estimación en 2.500.000 pesetas—hecha por los árbitros bajo la inspiración del perito don R. U.—era de todo punto exorbitante.

2. Por lo que se refiere al edificio e instalaciones que en el terreno se hallaban, se acreditó que aunque el valor asignado por el perito en autos era de 500.000 pesetas, esta cifra correspondía en rigor a su precio original, no a su «valor» en sentido estricto, ya que—como se acreditó en forma documental—lo que en algo podía estimarse (que era el edificio) realmente no valía nada, habida cuenta de que se trataba de una pequeña construcción de una planta—antiguamente destinada a cervecería—y cuya existencia, además, era precaria, pues en estos términos había dado en su día el Ayuntamiento la licencia para su edificación.

En efecto, en trámite de aclaración de la prueba pericial practicada en el pleito, y a preguntas de las partes actora y demandada, quedó claro que el valor que el perito había atribuido a la edificación del caso lo era en función de lo que estimaba que ésta había «costado» en el momento de su construcción.

Pues bien, además de que el actor había practicado la prueba, innegablemente más contundente, de que el presupuesto para dicha construcción elaborado por un arquitecto *a instancias de uno de los demandados* ascendía a sólo 250.000 pesetas, el propio demandante alegó:

— Que la licencia de construcción, como ya hemos dicho, se había concedido en precario y sin derecho a indemnización de ninguna clase cuando el Ayuntamiento ordenara su demolición.

- Que el mismo carácter precario, y la misma reserva para el caso de retirada de licencia, fueron formulados por el Ayuntamiento en lo referente a la autorización de apertura al público del negocio de cervecería.
- Que ambas licencias habían sido solicitadas y concedidas a uno de los demandados, no al actor, que, por tanto, desconocía las condiciones en que se habían otorgado.
- Que al no ser titular de la licencia para la explotación del negocio de cervecería, no estaba facultado para proseguirla.
- Que, por si fuera poco, tal negocio se había concebido como una actividad de la ya extinta sociedad, y que incluso cuando todavía ésta existía se acordó su interrupción, obviamente por no ser rentable.

En razón a estas consideraciones, y jugando con la dualidad «precio»-«valor», el actor, en su escrito de conclusiones, razonó la improcedencia de cualquier valoración de los citados edificios e instalaciones.

En todo caso, como más arriba hemos dicho, aunque se tomase en consideración la valoración global formulada en autos por el perito correspondiente, ésta (749.000 pesetas) quedaba tan lejos de la atribuida en el laudo (2.500.000 pesetas) que resultaba patente la injusticia objetiva del fallo arbitral.

VI. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Bilbao dictó sentencia el 31 de octubre de 1977.

En su primer considerando, el juzgador señalaba cómo las partes habían centrado la primera y principal cuestión de Derecho en autos en la posibilidad de revisar en vía declarativa un laudo de equidad, a cuyo efecto el actor apoyaba su tesis en numerosas citas jurisprudenciales—si bien, se dice, «de referencia más o menos incidental»—, mientras que los demandados lo hacían en la terminante prescripción del artículo 30 de la Ley de Arbitraje.

El segundo considerando se explayaba en consideraciones de orden histórico y doctrinal sobre la naturaleza jurídica del arbitraje en nuestro ordenamiento.

Tercer considerando: «Que abundando en la naturaleza, pero ahora desde el punto de vista jurisprudencial, el Tribunal Supremo tiene sentido desde remota sentencia (2 de enero de 1912) que los árbitros carecen de jurisdicción, aun cuando no falten otras que hablan de su poder jurisdiccional (sentencia de 3 de diciembre de 1930), pero más insistiendo en que su esencia es privada antes que pública (sentencia de 11 de abril de 1932) por su causa, esencia y naturaleza contractual (sentencia de 10 de diciembre de 1943), lo que autoriza una interesante asimilación analógica con la conciliación como parejo procedimiento, que no proceso, de prevención y sustitución, que hace que los autores más modernos estudien conjuntamente ambas instituciones y que incluso se afirma en la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje a los efectos que luego se verán».

Considerando cuarto: «Que consecuente con esta construcción técnica, se puede afirmar, como lo hace el Tribunal Supremo en las sentencias

que cita la parte actora (sentencias de 19 de febrero de 1944, 28 de septiembre de 1954, 2 de mayo de 1962, 12 de diciembre de 1964, 16 de febrero de 1968 y 21 de febrero de 1970), y más que hemos encontrado, que las cuestiones extrañas al recurso de casación previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 836, hoy derogado), 'conforme jurisprudencia de Sala (11 de abril de 1923), habrán de ser resueltas en procedimiento adecuado, que es el juicio ordinario' (sentencia de 17 de enero de 1946), 'dejando para más extensa deliberación, en juicio declarativo, toda otra cuestión sobre validez de la cláusula compromisoria, del compromiso en sentido estricto o del laudo' (sentencia de 14 de octubre de 1947), sin que valga objetar en contrario, válidamente al menos, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha debido ser distinta antes y después de la Ley de Arbitraje, porque basta su meticulosa comprobación por las fechas citadas para concluir en que la línea que ha venido manteniendo constantemente nuestro más alto Tribunal está conforme con los precedentes históricos, Derecho comparado y naturaleza de la institución que a efectos interpretativos (art. 3.º del Código Civil) obliga a restringir el alcance de la prohibición del artículo 30, de que 'sólo cabrá recurso de nulidad', a que quedan excluidos los demás recursos ordinarios o extraordinarios, tal como preveía la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje, pero no fundado inicio declarativo impugnando la validez del laudo lo mismo por defectos de forma que *por los de fondo o sustantivos*».

Quinto considerando: «Que al pasar al fundamento de la pretensión, que alega la teoría del error como motivo de nulidad parcial del laudo, es el caso recordar que la falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer anula el consentimiento (art. 1.265 del Código Civil), siempre que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo (art. 1.266), es decir, que el error ha de ser esencial subjetivamente (sentencias de 14 de junio de 1941, 5 de marzo de 1960, 2 de marzo de 1961) y no imputable al que lo padece, pese al silencio del Código Civil (sentencias de 14 de junio de 1943, 11 de marzo de 1964, 8 de junio de 1968), que más parece referirse al error en el objeto para otorgarle valor invalidante, debiendo en todo caso probarse naturaleza y grado por quien lo alega (sentencias de 14 de junio de 1943, 30 de octubre de 1963), bajo exigencias de buena fe de la otra parte (sentencias de 23 de mayo de 1935, 13 de marzo de 1951, 16 de noviembre de 1956), so pena de llegar a la solución inicua de que es lícito aprovecharse del error sufrido por otro».

Sexto considerando: «Que en aplicación concreta de la teoría del error, la Ley de Arbitraje lo prevé en razón de falsedad de algún documento fundamental para invalidar la prestación del consentimiento en el compromiso (art. 13), supuesto de casuística singular que no excluye la teoría general, sino que la reafirma, al igual que en materia de conciliación se posibilita el ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que se establece también para la transacción cuando intervenga error (art. 1.817 del Código Civil)».

Es el considerando séptimo el que fija, en definitiva, los extremos de hecho y de Derecho determinantes del fallo. Dice: «Que tras principios, normas y jurisprudencia, sólo resta por ver el error con que se produjo el laudo y la trascendencia que puede y debe otorgarse, siendo de sentar

que a través de la prueba practicada se llega a la conclusión de que el terreno de Baracaldo, integrado en el haber social a partir, según la referencia 2.54, del pronunciamiento dado por los árbitros de equidad, juntamente con mobiliario e instalaciones, cuyo total se evalúa en 2.500.000 pesetas, carece casi totalmente de utilidad y, consiguientemente, de su función-valor, al no ser edificable, contra lo que presuponían las partes y los árbitros, por lo que ha sido tasado en 249.000 pesetas por el Agente de la Propiedad Inmobiliaria que ha dictaminado pericialmente; en tanto la modesta construcción que aún hoy se levanta sobre el terreno se encuentra en peor caso dada la licencia de construcción precaria que la ampara para el régimen urbanístico del lugar, cualquiera que fuera su 'costo', en obligada distinción semántica de nulo 'valor' que se le otorga, sin que el conjunto pueda ser calificado de negocio según lo fue en su origen y dejó de serlo por conformidad de los socios al cabo de un año de funcionamiento y otro año antes de la emisión del laudo, a lo que se ha de dar la trascendencia invalidadora que le corresponde en su respecto por producirse en términos de error sustancial, que hasta se cita como ejemplo de libro por autorizados tratadistas y del que se ha seguido empobrecimiento injusto al socio a quien se adjudicó, con enriquecimiento no equitativo de los demás».

Los considerandos séptimo y octavo, en fin, eran para rechazar las excepciones formuladas por los demandados y para el pronunciamiento sobre costas.

En base a todo ello, *el fallo declaraba parcialmente nulo el laudo de 28 de abril de 1973 dictado por los árbitros, en lo que se refiere a la valoración del bien mencionado en el epígrafe 2.54 del propio laudo y adjudicado al actor, pues el valor real de dicho bien en el momento de dictarse el laudo era de 249.000 pesetas, y no el de 2.500.000 pesetas que los árbitros le atribuyeron. Y, en aplicación de la declaración anterior, se establecía que los demandados debían satisfacer de forma mancomunada al actor la diferencia según sus participaciones, que ascendía a 562.750 pesetas para cada uno.* Se concluía con las condenas pertinentes.

Por tanto, *el Juzgado estimó la pretensión de don E. R., tanto en el aspecto de hecho (formidable diferencia entre el real valor del bien adjudicado y aquel que los árbitros le habían atribuido) como en relación con el planteamiento jurídico (revisabilidad del laudo por error de los árbitros o, al menos, por la objetiva injusticia que su laudo implicaba para el demandante).*

En cuanto al primer extremo—valoración del bien—es digno de resaltarse el hecho de que el juzgador de instancia sólo apreció la del terreno como tal, desechando la del edificio e instalaciones, por estimar que en el momento de emisión del laudo no tenían ningún significado económico para el adjudicatario, don E. R.

VII. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL

Apelada por los demandados la anterior resolución, la Audiencia Territorial de Burgos resolvió el recurso mediante sentencia de 2 de mayo de 1979.

Es de destacar que *la Sala no se hizo cuestión de los extremos de hecho que habían dado lugar al pleito*. Implícitamente aceptó que la valoración del inmueble del caso había sido excesiva en el laudo y redujo todo su razonamiento a la *quaestio iuris* consistente en determinar si el juicio declarativo ordinario puede constituir medio para revisar los pronunciamientos de fondo de un laudo de equidad.

Merecen ser transcritos los considerandos de la sentencia de apelación:

«Considerando que en el procedimiento de arbitraje de equidad, regulado por el artículo 29 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, los árbitros, una vez nombrados y aceptado el encargo, adquieren la autoridad propia de la función jurisdiccional y quedan desvinculados de sujeción a normas jurídicas, en cuanto a la forma *in procedendo* y en cuanto al fondo *in iudicando*, decidiendo y fallando a su saber y entender, pero con absoluta fidelidad, en todo caso, al principio de contradicción, lo que estimen más justo y adecuado al caso concreto, decisión o fallo que es obligatorio para las partes comprometidas que al mismo se sometieron y contra el que no cabe otro recurso que el de nulidad establecido en el artículo 30 de la ya citada Ley de Arbitraje, por alguna de las causas que se contienen en el número 3 del artículo 1.691 de la Ley Procesal Civil, cuales son: haber dictado el laudo fuera del plazo señalado en la escritura de compromiso; haber resuelto puntos no controvertidos a su decisión (sic) o que aunque lo hubieren sido fueran de índole civil o cuyo conocimiento estuviera prohibido a los árbitros por versar sobre materias no dispositivas.»

«Considerando que aun cuando es cierto que reiterada jurisprudencia (sentencias, entre otras, las de 7 de marzo de 1963, 2 de enero y 12 de diciembre de 1964 y 21 de febrero de 1970) ha venido admitiendo la posibilidad de que las partes comprometidas afectadas por el laudo arbitral puedan acudir a un posterior proceso declarativo ordinario para ventilar y discutir en el mismo aquellas cuestiones que, excediendo del limitado y estricto ámbito del recurso de nulidad, concretado en los tres excesos de los árbitros antes consignados, pudieran constituir verdaderos motivos de nulidad, bien del contrato preliminar, bien del compromiso o bien del propio laudo, tampoco es menos cierto que *esa doctrina legal fue pronunciada conociendo en todos los casos del recurso de nulidad (sic), y referida siempre a supuestos de validez de la cláusula compromisoria, del contrato de compromiso y de su formalización, como premisa o presupuesto del laudo, o aún más, de la validez del propio laudo*, si hubo incumplimiento de las formalidades externas establecidas para su emisión, o incumplimiento, en su caso, de los principios esenciales del procedimiento, y muy singularmente, tratándose del arbitraje de equidad, del de contradicción, idoneidad de los árbitros designados u otros análogos, *pero nunca en supuestos como el ahora enjuiciado, en el que se impugna de nulidad el contenido del laudo de equidad, cuyo objeto era la práctica de operaciones liquidatorias de una sociedad que los propios socios habían con anterioridad extinguido, a pretexto de haber incurrido los árbitros compromisorios en error al valorar un inmueble del acervo social*, puesto que no estando sujetos dichos árbitros en el desarrollo de su función a normas jurídicas tanto en cuanto a la forma, *in procedendo*, como en cuanto al fondo, *in iudicando*, y así tan sólo, como ya queda dicho, al principio de contradicción en el procedimiento, que sí consta fue respetado, no es dable imputarles errores ni de forma ni de fondo, en lo

que al contenido del laudo en sí se refiere. *Admitir, en esta vía del juicio declarativo elegida, la nulidad del laudo impugnado, por el motivo invocado, equivaldría a destruir o desnaturalizar en su propia esencia la institución del arbitraje, lo que no puede aceptarse.*»

En consecuencia, se revocaba la sentencia apelada, absolviendo a los demandados.

VIII. COMENTARIO FINAL

Con gran respeto, desde luego, hacia el criterio de la Sala sentenciadora; lamentando, por razones de pura curiosidad técnica, que el asunto no haya llegado al Tribunal Supremo (aunque nos conforta la circunstancia de que el conflicto se resolviera *in extremis* por vía transaccional), y en el deseo de contribuir modestamente a la solución de un problema teórico de subido interés, nos permitimos hacer algún comentario a la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 2 de mayo de 1979.

Consideramos que el punto de partida de obligada contemplación es el hecho de que—como aceptó el Juzgado de Primera Instancia y la Sala de apelación no discutió—el laudo arbitral que nos ocupa adoleció de *objetiva injusticia*, al adjudicar a un socio, para pago de su haber, un bien notoriamente sobrevalorado.

Dejamos fuera de toda duda la rectitud de los árbitros. El desarrollo de la prueba dejó bien patente que su error había venido determinado por el que, a su vez, sufrió el perito que les asesoró, al no haber tenido éste en cuenta (probablemente porque se trataba de un extremo desconocido por todos los que intervinieron en el compromiso y en el laudo) que el inmueble que luego fue adjudicado a don E. R. carecía casi de valor por no ser edificable.

Mas, como decíamos, el hecho fue que don E. R. resultó víctima de la objetiva injusticia del laudo. En presencia de esta circunstancia indubitada, surgió en nosotros la inevitable intuición de que en Derecho debía de existir algún medio reparador del desacierto del laudo. Tal remedio, a nuestro juicio, se hallaba precisamente en la doctrina jurisprudencial que fundamentó la pretensión del actor.

Ahora bien, la Sala sentenciadora no la estimó aplicable. Y creemos que en mérito a la clarificación del problema no es inoportuno someter a juicio la sentencia y hacer otro tanto con la doctrina jurisprudencial que se invocaba para solicitar la revisión del laudo.

1. La sentencia de la Sala de Burgos reconoce la existencia de una jurisprudencia que permite demandar en juicio ordinario la nulidad de un laudo, al margen del recurso de nulidad que establece la Ley de Arbitraje y justamente por razón de la estrechez de las causas por las que dicho recurso puede interponerse con éxito. No obstante, la propia Sala manifiesta que dicha doctrina legal fue siempre pronunciada en casos en que se debatía la nulidad de la cláusula compromisoria del compromiso o del laudo, mas nunca en supuestos en los que lo que se cuestionara fuese el *contenido* del laudo, que es tanto como decir su equidad o iniquidad.

Sin embargo, nos parece que este argumento no concluye. Y decimos esto porque las palabras de las sentencias que el actor citaba acreditan

claramente que el criterio del Tribunal Supremo no excluye la posibilidad de revisar el contenido del laudo en sí. La sentencia de 16 de febrero de 1968 dice que el juicio ordinario procede para denunciar las *deficiencias intrínsecas* del laudo, expresión que no puede referirse a otra cosa que a su justicia o injusticia. La de 21 de febrero de 1970 remite al juicio declarativo, como antes hemos apuntado, «las *transgresiones, de cualquier índole*, que puedan cometer los árbitros en el ejercicio *intrínseco* de su función». El calificativo «intrínseco», que aquí se repite, tiene que significar el contenido de fondo del laudo, es decir, sus pronunciamientos en cuanto tales. Y la sentencia de 12 de diciembre de 1964 es *definitiva*, por cuanto expresamente se refiere al «contenido *intrínseco* del fallo mismo, en cuanto a su *acierto, desacierto, justicia o injusticia*». Obsérvese que esta sentencia, aunque citada por nosotros en tercer lugar, es la primera en el tiempo. Y si en ella se habla de «contenido intrínseco» para referirse a la justicia o injusticia del laudo, es obvio que el mismo sentido deben tener las palabras «ejercicio intrínseco de su función» y «contenido intrínseco del fallo» en las sentencias de 1968 y 1970.

La sentencia de la Audiencia de Burgos, que ahora comentamos, parece querer decir que la doctrina invocada por don E. R. no constituye *doctrina legal* en el sentido riguroso de la palabra porque en ningún caso, con posterioridad a la Ley de 1953, había sido determinante de la anulación de un laudo en base a su injusticia. En otros términos, que tal doctrina no había constituido la *ratio decidendi* de ningún fallo del Supremo. Y en esto acierta, porque, que nosotros sepamos, no existe ninguna resolución de nuestro Alto Tribunal en que éste declare la nulidad de un laudo por su injusticia objetiva. Esto sentado, no podemos afirmar que la Sala de Burgos vulnerara una «doctrina legal» propiamente dicha.

Ahora bien, nos extraña que dicha Sala permaneciera ajena a unos pronunciamientos que—aun emitidos como *obiter dictum*—dejan bien patente el criterio del Tribunal Supremo de permitir a la Jurisdicción revisar la justicia o injusticia de un laudo arbitral.

La Sala sentenciadora, sin embargo, no omite la justificación de su postura. Dicho en otras palabras, razona los motivos por los que se abstiene de juzgar la justicia o injusticia del laudo. Y lo hace en base a dos consideraciones:

a) Que los árbitros de equidad no están sujetos a normas jurídicas ni en la forma ni en el fondo, salvado el principio de contradicción, que siempre deben respetar.

b) Que admitir la revisión del fondo del fallo arbitral equivaldría a destruir o desnaturalizar la esencia del arbitraje de equidad.

Estos argumentos, ciertamente dignos de atención, nos mueven a analizar en abstracto la tan mentada doctrina jurisprudencial y el posible fundamento de una eventual revisión en juicio ordinario del fondo de un laudo dictado en arbitraje de equidad.

2. Es innegable que la esencia y la finalidad del arbitraje de equidad radican en la libertad de juicio o apreciación por parte de los árbitros. Lo que en esta modalidad arbitral se busca es que quienes han de decidir lo hagan según su leal saber y entender. Como dicen Díez-PICAZO y GULLÓN, no se les pide que den al conflicto planteado una solución legal, sino que den *su solución*.

Desde un punto de vista filosófico y dogmático, la intangibilidad de lo resuelto por los árbitros de equidad dimana de la confianza que en su cordura y rectitud pusieron las partes comprometentes. Aténganse éstas—sería el argumento—a las consecuencias de esa confianza depositada en los árbitros.

Por otra parte, la consideración de que un laudo de equidad puede ser objetivamente injusto encuentra su réplica en la observación de que también puede ser injusta una sentencia contra la que no quepa recurso alguno. Y, sin embargo, el perjudicado por ella se ve en la necesidad de acatar lo resuelto, en virtud del principio de cosa juzgada, cuya fundamentación en un terreno de política legislativa nadie puede poner en tela de juicio.

Mas a pesar de estas razones, creemos que en un arbitraje de equidad—en rigor, en todo conflicto—cabe distinguir entre cuestiones de opinión o de criterio y extremos que son objetivamente de una forma determinada y no de otra.

En efecto, no faltan en las controversias humanas problemas en los que no caben soluciones únicas, dogmáticas e indiscutibles. Son así muchas de las *quaestiones iuris* que ante jueces o árbitros (aun siendo estos últimos de equidad) se plantean con frecuencia. Lo único que ocurre es que un problema de este género admite revisión en el caso de un pleito (ante superiores instancias) o en el de un arbitraje de Derecho por vía del recurso de casación. En el arbitraje de equidad, por el contrario, no es imaginable la pretensión de que se rectifique lo acordado por el árbitro, precisamente porque por principio se ha querido que él decida según su particular criterio, que, como tal, no es susceptible de juicio positivo o negativo, de alabanza o de reproche. Podrá o no un tercero compartir la decisión del árbitro, pero lo que en ningún caso resultará posible será decir que no es un juicio según el sentido de la equidad de quien resuelve, esto es, que no es una decisión según *su* entender. Otro tanto sucede a menudo con *quaestiones facti*, en las que, más aún que las anteriores, la personal opinión de quien juzga sobre ellas en última instancia o en única, si es en un arbitraje de equidad, no debe verse sometida a posible revisión, so pena de eternizar las controversias a voluntad de uno de los contendientes. Vamos a poner un ejemplo extraído del mismo arbitraje que motiva este comentario: si los árbitros, pongamos por caso, hubieran decidido que las adjudicaciones de los bienes del haber social se hiciera mediante la fórmula de atribución acordada por los propios árbitros (y no a través del sistema de sorteo, que es el que se utilizó), nada habría que objetar a su criterio, siempre—desde luego—que las porciones fueran ajustadas a la participación de cada ex socio. Digamos lo mismo de la valoración de una hormigonera o de una máquina de escribir usadas: que se estimasen en 50.000 ó 53.000 pesetas o en 10.000 ó 12.000, respectivamente, constituyen determinaciones que por la carga de apreciación subjetiva que implican no deben quedar sujetas a revisión o verificación por parte de tercero. Esto nos parece obvio.

Pero frente a este tipo de cuestiones, como decíamos antes, existen a veces otras que permiten una completa o, al menos, muy notable objetivación. Es decir, extremos en los que el arbitrio o margen de apreciación del juzgador es muy pequeño o nulo, lo que les convierte en materia apta para posible contraste. Un ejemplo evidente, palpable, es el que nos brinda el caso que nos ocupa. Se trataba de que los árbitros valorasen los

distintos bienes constitutivos del haber social con vistas a su ulterior adjudicación. Uno de esos bienes era un inmueble, casi un solar, pues se hallaba edificado en una pequeña parte. Los árbitros—asesorados de un perito—le asignan el valor que éste sugiere: 2.500.000 pesetas. En condiciones normales, y dentro de la discrecionalidad propia del arbitraje de equidad, lo podían haber evaluado en 2.400.000 o en 2.600.000 pesetas. Y nada habría habido que objetar, gustase o no la estimación a quien resultara ser su adjudicatario. Pero he aquí que la valoración del experto, y en consecuencia de los árbitros, fue flagrantemente errónea, y por ende injusta para don E. R., porque se desconoció la existencia de una limitación urbanística anterior al laudo e imputable al funcionamiento de la propia sociedad. De suerte que vino en valorarse en 2.500.000 lo que en verdad sólo valía 150.000, 200.000 ó 250.000 pesetas (que, en definitiva, lo mismo da cualquiera de estas cifras, pues lo que de hecho interesa es la gran diferencia existente entre ellas y los 2.500.000 del laudo). En presencia de tan notoria injusticia y mediando, como mediaba, el hecho *objetivo* de que la limitación existía, pero había sido ignorada por experto asesor y árbitros, como en el pleito se acreditó, cabe preguntarse si hay razón para mantener en pie, en esta situación concreta, el principio de que lo resuelto por árbitros de equidad está libre de toda verificación, revisión y, en su caso, rectificación.

Nuestra opinión es que no carece de justificación y lo decimos en presencia de este ejemplo verdaderamente «de libro»—la doctrina jurisprudencial que permite la revisión en juicio declarativo de aquellos extremos de un laudo de equidad que adolezcan de injusticia *objetivamente verificable*. Los motivos de fondo serían los mismos que fundamentan la revisión del arbitrio de un tercero por «iniquidad objetiva», sobre todo cuando, como ocurría en nuestro caso, tal iniquidad era producto de un error demostrado. Otra solución supondría entronizar como «verdad jurídica» inatacable la consecuencia de una limitación humana crasa, constatada y determinante de un enriquecimiento sin causa.

La otra objeción es la que se apoya en la oportunidad de la institución de la cosa juzgada, esto es, la que legítimamente sacrifica la justicia en aras de la seguridad jurídica.

No obstante, también aquí creemos que procede alguna puntualización. La cosa juzgada se explica en el proceso judicial propiamente dicho por dos razones: a) porque la resolución corre a cargo de un órgano jurisdiccional especializado; b) porque a las partes siempre les asiste la posibilidad de, al menos, un recurso en que puedan sustanciarse extremos de hecho objeto de controversia. Pero las cosas no son así en el arbitraje de equidad: quien lo resuelve no tiene por qué ser un experto en Derecho y contra su decisión no cabe—por la vía de lo que propiamente es un recurso—ningún tipo de apelación a instancia superior que conozca de extremos de hecho relevantes para la decisión adoptada por el árbitro. Parece a todas luces excesivo someter irremediabilmente a las partes comprometidas a la decisión de un árbitro que—aun subjetivamente persuadido de la rectitud de su decisión—puede haber incurrido en error sobre una cuestión de hecho determinante de objetiva injusticia en su fallo. No deja de ser significativo que la doctrina jurisprudencial que abre la vía de un juicio declarativo para revisar «el acierto o desacierto, justicia o injusticia» de un laudo, se haya emitido precisamente en relación con el dictado en arbitraje de equidad.

Pero esta última consideración nos suscita—y debemos decirlo en mérito a la objetividad científica—una pregunta desazonadora: ¿Qué hubiera sucedido si en vez de arbitraje de equidad hubiera sido de Derecho el confiado a los árbitros que dictaron el laudo que contemplamos? Evidentemente, don E. R. no hubiera podido invocar el daño sufrido por el camino del recurso de casación. Por dos motivos: por la estrechez de los cauces del mismo y porque su conocimiento de la limitación urbanística que gravaba la finca que se le adjudicó fue posterior al vencimiento del plazo para interponerlo. Parece, pues, que el daño hubiera sido irremediable. Lo cual, sin duda, constituye una seria objeción a la tesis que sostuvimos en el pleito, pues no se comprende que a igualdad de situaciones (menoscabo económico por la no edificabilidad del solar) resulten consecuencias diferentes: revisión del laudo si es de equidad e intangibilidad del mismo cuando es de Derecho.

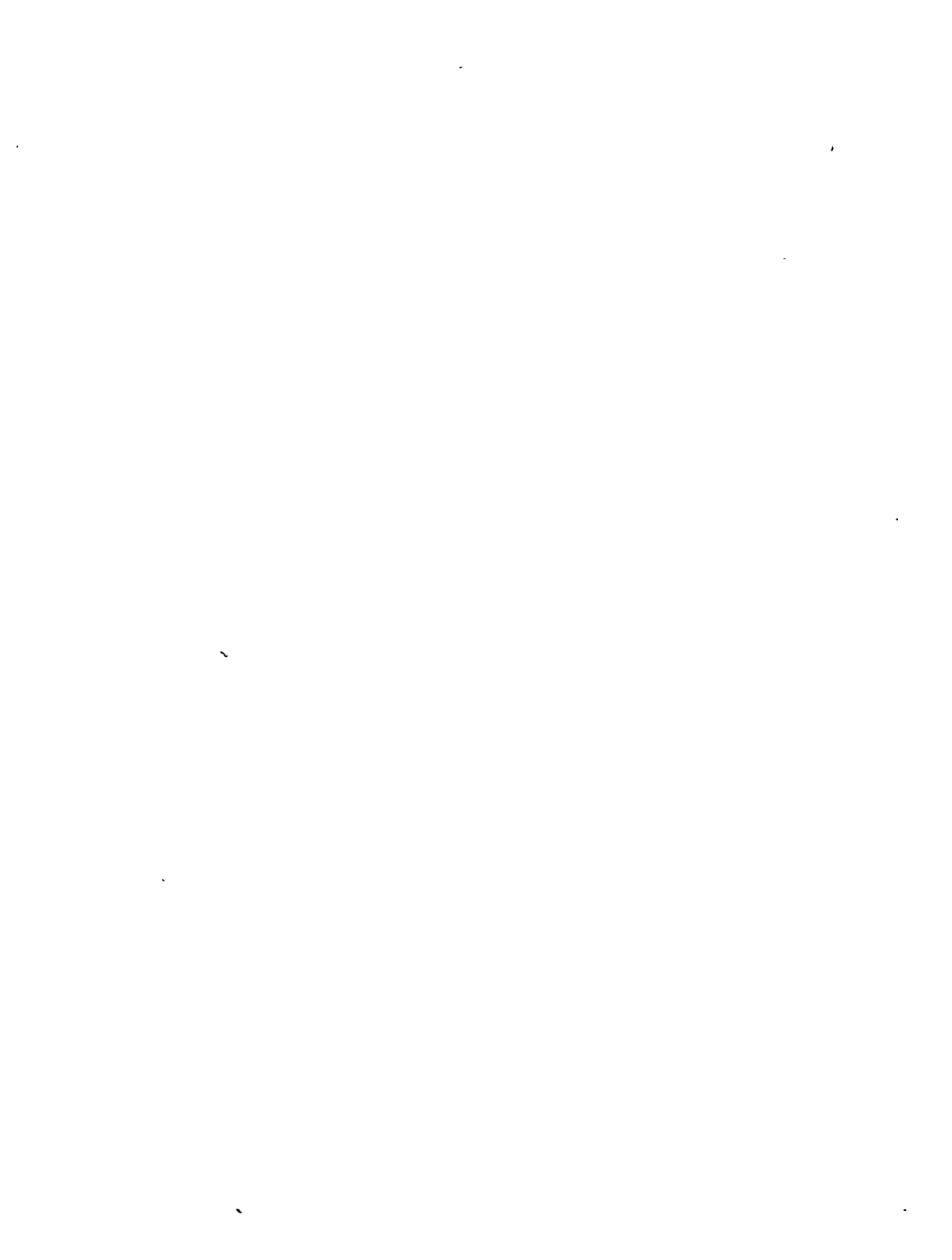
Esta consideración nos mueve, como comentario final, a aventurar la hipótesis de que el camino que acaso tenía que haber utilizado don E. R. para obtener la reparación del daño experimentado por él debiera haber sido el del juicio declarativo orientado a la anulación de la decisión de los árbitros, por considerar que en vez de ser propiamente arbitraje lo que desarrollaron fue una acción de «arbitrio de tercero». Por decirlo de otro modo, se nos plantea de nuevo la duda de si—a pesar de haber sido llamados árbitros y haberse calificado como laudo su decisión—los Letrados que la emitieron no fueron en realidad más que meros arbitradores en relación con la cuestión resuelta, pues no debe olvidarse (como antes hemos puesto de relieve) que la valoración de los bienes constitutivos del haber social no era cuestión controvertida entre los ex socios, sino que lo único que éstos buscaban al respecto era que un tercero o terceros integrasen la relación jurídica incompleta consistente en el acuerdo de partir dicho haber. Poniendo en relación el artículo 1.669, párrafo segundo, del Código Civil, con el 402 del mismo Cuerpo legal, nos parece acertada la opinión de DÍEZ-PICAZO según la cual la división de la comunidad a cargo de un tercero no constituye arbitraje, sino arbitración. Ciertamente es que esta reflexión sólo cabe ahora, *a posteriori*, y cuando ya no hay lugar a enmienda. Pero nos acosa la duda vehemente de si no hubiéramos acertado enfocando el problema como supuesto de iniquidad objetiva en el arbitrio, lo cual habría soslayado todas las objeciones que la Sala sentenciadora opuso contra nuestra pretensión de entrar en el enjuiciamiento de la justicia o injusticia del laudo. De haber optado por ese hipotético camino—que en mérito a la verdad no seguimos por la confianza que nos inspiraba la doctrina jurisprudencial tantas veces citada en este trabajo—, es evidente que teníamos que haber demandado a los llamados árbitros (en realidad arbitradores, según esta tesis) y también a los ex socios. A aquéllos, como víctimas del error sufrido en la valoración del inmueble del caso. Y a estos últimos para que con las correspondientes compensaciones pecuniarias repararan a don E. R. el incuestionable quebranto económico que en la adjudicación experimentó.

Concluimos, pues, con la expresión de una duda. Quiso el azar poner en nuestro camino profesional un asunto en verdad apasionante para un civilista. Nos faltan argumentos concluyentes para juzgar negativamente la sentencia que puso fin al conflicto y, como tantas veces ocurre en Derecho, quedará para siempre la incógnita de si acertamos o no en el enfoque técnico del problema. Pero lo que nos parece fuera de toda duda

es que la cuestión merece ser estudiada con detenimiento. De la adopción de una solución u otra derivan consecuencias prácticas de alcance insospechado. Desearíamos haber contribuido—con la expresividad de un caso de la vida real—a dar alguna luz a un tema digno de atención por parte de la doctrina.

RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

Profesor de Derecho Civil de la Universidad
de Deusto



II. 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

5. COMO RECONOCIÓ LA RESOLUCIÓN DE 26 DE OCTUBRE DE 1973, CABE ENCUADRAR EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE LETRAS DE CAMBIO, SI BIEN HA DE SER EXAMINADA CON CAUTELA, Y LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 154 DE LA LEY HIPOTECARIA DEBEN SUSTITUIRSE POR ANALOGÍA, POR LOS NECESARIOS PARA IDENTIFICAR LA HIPOTECA CON LAS CAMBIALES.

ES FACTIBLE TAMBIÉN QUE SE CONSTITUYA UNA SOLA HIPOTECA EN GARANTÍA DE UNA SERIE DE LETRAS CON VENCIMIENTOS SUCESIVOS A LA VISTA DEL ARTÍCULO 1.861 DEL CÓDIGO, AUNQUE PAREZCA RESULTAR OTRA COSA DE UNA INTERPRETACIÓN LITERALISTA DEL 1.876 DEL MISMO Y 104 DE LA LEY HIPOTECARIA.

TAMBIÉN CABE ESTABLECER LA DOBLE POSIBILIDAD DE LA EJECUCIÓN AISLADA Y PARCIAL POR IMPAGO DE UNA O VARIAS LETRAS, Y LA EJECUCIÓN TOTAL Y VENCIMIENTO DE LA HIPOTECA POR NO SER SATISFECHA CUALQUIERA DE ELLAS A SU VENCIMIENTO, SIEMPRE QUE EL EJECUTANTE SEA TENEDOR DE TODAS LAS RESTANTES DE VENCIMIENTO POSTERIOR Y LAS APORTE A LA DEMANDA EJECUTIVA.

Resolución de 31 de octubre de 1978 (B. O. del E. de 5 de diciembre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Vigo por el Notario don Luis Solano Aza, el 26 de abril de 1976, don Antonio López Marcote, en representación de su esposa, doña Dolores Asorey Bustelo, constituyó hipoteca a favor de don Benigno Villameá Pato, sobre una finca rústica denominada «Tallo Redondo», situada en el lugar de Rial, parroquia de Conjo, municipio de Santiago de Compostela, propiedad de dicha señora; que la hipoteca se constituye, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, en garantía del cobro a sus vencimientos, de 27 letras de cambio libradas por don Benigno Villameá y aceptadas por don Antonio López Marcote, en representación de su esposa, con la misma fecha de la escritura, y que suman 1.512.000 pesetas que cubren el total importe de la obligación representada por las letras de cambio mencionadas, y la suma adicional de 320.000 pesetas para gastos y costas, en su caso, cuya cantidad global se distribuirá proporcionalmente al importe de cada letra que dé lugar a la ejecución y a los gastos, siendo el vencimiento de la primera letra el 30 de agosto del año en curso, y el de las demás, en igual día de los meses siguientes sucesivos; que en la cláusula 6.ª se establece:

«Vencimiento de la hipoteca:

a) Normal: A efectos de la acción hipotecaria, se señala como vencimiento el de las letras de cambio reseñadas y como domicilio de pago el del aceptante, pudiendo cada tenedor ejercitar la acción hipotecaria del artículo 155, 2.º, de la Ley Hipotecaria.

b) Vencimiento anticipado: El tenedor o tenedores de cualquiera de las cambiales reseñadas podrá ejercitar la acción hipotecaria antes de los expresados términos, por estipularse expresamente que quedará vencida la hipoteca en cualquiera de los casos siguientes:

A. Si las cambiales o cualquiera de ellas no fueran satisfechas a su vencimiento y protestadas por falta de pago, lo cual dará lugar al vencimiento anticipado de las demás, siempre y cuando el tenedor de todas las restantes cambiales, de vencimiento posterior a la que hubiese resultado impagada, fuera la misma persona física o jurídica.

B. Si la hipotecante no asegurase contra incendios o destrucción el inmueble hipotecado, y por un valor no inferior a la suma que garantiza.

C. Si la finca hipotecada sufriese en cualquier momento y por cualquier causa menoscabo o depreciación que llegara a alcanzar un 30 por 100 de los valores que se le atribuyen en esta escritura, según informe del Perito que designen los tenedores, y los deudores no aumentasen la garantía a satisfacción de los mismos en el término que éstos señalasen.

D. Si la hipotecante o cualquier adquirente de la finca hipotecada dejase de pagar puntualmente alguno de los impuestos que la graven o el seguro de incendios, en su caso, o incumpliere los deberes de conservación.

E. Por infringir la hipotecante cualquiera de las estipulaciones pactadas en la presente escritura. Serán inmediatamente exigibles las obligaciones, si sobre la finca resultase carga o gravamen no declarado en esta escritura, en cuyo caso se considerará también vencida la hipoteca.»

Presentada en el Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor

literal siguiente: «Dengada la inscripción de la hipoteca a que se refiere el precedente documento, por los defectos siguientes:

1. Porque por las fundamentales diferencias existentes entre las letras de cambio y los títulos endosables emitidos en serie a que se refiere el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, y por las formalidades exigidas por tal artículo para la emisión de dichos títulos, tal precepto resulta inaplicable a aquéllas.

2. Porque representando cada letra de cambio una obligación, por esencia autónoma, y siendo la hipoteca un derecho accesorio de una obligación principal, a cada una de éstas debe corresponder su accesoria, a menos que la Ley expresamente permita otra cosa.

3. Porque al establecerse en el contrato un vencimiento de la única hipoteca constituida en garantía del pago de 27 letras de cambio, para casos distintos del vencimiento de dichas letras, se produce una notable confusión o falta de claridad jurídica contraria a los principios que informan la legislación hipotecaria sobre inmuebles, y se vulneran preceptos sustantivos, tales como los artículos 1.876 del Código Civil, 104 de la Ley Hipotecaria y 452, 4.ª; 455 y 488 del Código de Comercio. Tales defectos se consideran insubsanables.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó. Que es inaceptable la afirmación contenida en la nota de que el artículo 154 de la Ley Hipotecaria no es aplicable a las letras de cambio, por las fundamentales diferencias entre ellas y los títulos endosables en serie; que algunos de los requisitos exigidos por dicho precepto, tales como consignación del número y valor de las obligaciones que se emitan, serie o series, fecha de emisión, plazo y forma de amortización, es evidente que no son de aplicación a las letras de cambio, ya que se refieren exclusivamente a los títulos al portador, y no a los endosables que jamás pueden emitirse en serie; que la doctrina, unánimemente, considera aplicable el citado artículo a la hipoteca en garantía de letras de cambio, y en el mismo sentido se pronuncia con toda claridad la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 26 de octubre de 1973; que el Notario recurrente ha autorizado en su vida profesional gran cantidad de escrituras de hipoteca en garantía de letras de cambio, que fueron inscritas sin ningún problema; que en cuanto al segundo defecto de la nota ha de defenderse el criterio contrario aplicado en la escritura de que el hecho de que la letra de cambio sea una obligación autónoma, no obliga a la constitución de una hipoteca independiente para cada letra, lo cual supondría que en vez de una escritura deberían haberse autorizado, en nuestro caso concreto, 27; que es perfectamente lícito que en un solo instrumento se hayan constituido 27 hipotecas que garantizan el pago de cada una de las 27 letras de cambio reseñadas, y ello, de conformidad con el artículo 1.861 del Código Civil que habla de «obligaciones» en plural y con la Resolución de 15 de febrero de 1926 que determina que las obligaciones garantizadas con hipoteca pueden tener por objeto las más variadas prestaciones; que no hay ningún precepto legal que exija que cada obligación deba ser garantizada con una hipoteca independiente y en instrumento independiente, lo cual es lógico, pues el criterio contrario supondría que en una hipoteca en garantía de un préstamo, único y normal, habría que constituir, además de la que

garantiza el principal, otra para los intereses, otra para los gastos y costas y así sucesivamente; que en cuanto al tercer defecto señalado en la nota cabe señalar que no es exacto que en la escritura denegada se señale un solo vencimiento de la hipoteca distinto al de las letras garantizadas, sino que al contrario, en su cláusula sexta se consigna en primer término el vencimiento normal, que es el de las letras reseñadas, y en la octava se añade que podrá procederse a la ejecución aislada o parcial de la hipoteca por razón de las letras que hayan ido a ejecución, subsistiendo la hipoteca respecto de las demás, todo ello de acuerdo con el artículo 155, 2.º, de la Ley Hipotecaria y 211 de su Reglamento; que, así pues, la hipoteca, aunque única, irá venciendo y sería parcialmente ejecutada según las fechas del vencimiento de cada letra; que el hecho de que la cláusula sexta prevea un posible vencimiento anticipado nos indica que la misma es una pura cláusula de estilo que figura con más o menos variantes en todas las hipotecas en las que se pacta una posibilidad de vencimiento anticipado por falta de pago de intereses, descubiertos en amortizaciones o contribuciones y así sucesivamente, todo lo cual es perfectamente lícito de conformidad con el artículo 1.255 del Código Civil; que no existe confusión alguna ni falta de claridad, puesto que cualquier tercero está en disposición de conocer, a través del Registro, todas las circunstancias y consecuencias de la hipoteca constituida.

El Registrador informó: Que la Ley Hipotecaria en su artículo 154 exige para la constitución de la hipoteca especial sobre bienes inmuebles en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, que dichos títulos habrán de ser talonarios, y el 207 de su Reglamento precisa que tendrán doble matriz, una de las cuales se depositará en el Registro; que al no ser las letras de cambio títulos talonarios no puede ser inscrita la constitución de una hipoteca especial inmobiliaria que las garantice; que tal es el criterio lógico sostenido por parte de la doctrina; que un conocido hipotecarista, aplicando un criterio analógico basado en el artículo 7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, se muestra partidario de considerar las letras de cambio incluidas en la autorización concedida por el artículo 154, pero ha de aclararse que el citado artículo 7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria no puede modificar el 154 de la Ley Hipotecaria, porque dichas leyes se refieren a garantías de distinto orden y de distintos efectos, pues mientras la hipoteca sobre inmuebles no impide la transmisión de los mismos ni la constitución de ulterior hipoteca sobre ellos, la hipoteca sobre bienes muebles impide su enajenación sin consentimiento del acreedor, y la nueva hipoteca sobre los mismos; que por ello, ha de entenderse que las letras de cambio, por no ser títulos talonarios, no podrán garantizarse con la especial hipoteca inmobiliaria, autorizada por el artículo 154 para los títulos-obligaciones talonarios; que este criterio tiene su razón de ser porque entre la letra de cambio—representativa de una obligación de pago abstracta, que omite toda referencia a la causa, permitiendo que sean englobadas en su importe el de obligación principal y el de sus intereses como ocurre normalmente cuando se trata de asegurar una operación de crédito—, y los títulos-obligaciones, representativos de préstamos retribuidos, emitidos con publicidad por un capital y tipo de interés determinados, utilizados para la realización de Empresas públicas o privadas de interés general, recogiendo los ahorros de pequeños prestamistas, a quienes trata de proteger el artículo 154 de la Ley Hipotecaria frente a la

potente Entidad emisora, existen fundamentales diferencias que no pueden ser borradas por la simple circunstancia de que una y otros sean transmisibles por endoso y así lo reconoce la Resolución de 10 de noviembre de 1925; que es cierto que por Resolución de 26 de octubre de 1973 se declaró inscribible una escritura de constitución de hipoteca en garantía de letras de cambio, al amparo del artículo 154 de la Ley Hipotecaria, apartándose del tradicional criterio de cautela y disfavor mantenido en Resoluciones anteriores, pero es posible que el problema planteado en aquella ocasión no coincida exactamente con el ahora planteado; que según los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria cada obligación debe ser asegurada con su correspondiente hipoteca, por lo que, fuera del caso especial a que se refiere el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, no puede constituirse una sola hipoteca en garantía de varias obligaciones independientes, lo cual no obsta para que, en un solo contrato, y en garantía de varias obligaciones autónomas, puedan constituirse las correspondientes hipotecas simultáneas, cada una de ellas totalmente cancelables por pago, quedando las demás subsistentes, aun en caso de ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario; que de los términos en que aparece redactada la escritura que nos ocupa, parece claro que no se constituyen 27 hipotecas simultáneas, cada una en garantía del importe de cada letra y de sus gastos y costas, sino que se constituye una sola hipoteca como partiendo del supuesto de ser una sola la obligación asegurada, olvidando que cada letra representa una obligación autónoma; que constituida la hipoteca en garantía de las 27 letras de cambio, no es lícito establecer un vencimiento de la hipoteca para casos distintos del vencimiento de las letras; que los pactos de vencimiento anticipado, establecidos en la escritura, producen tal confusión que resulta subvertido el orden jurídico establecido en los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria al elevar la hipoteca a la categoría de obligación principal y reducir las obligaciones cambiarias a la de accesorias; y que la nota marginal del asiento de presentación, prorrogando su vigencia hasta la resolución del recurso, impide se produzca daño alguno irreparable al interesado.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y declarando además que las estipulaciones de la escritura controvertida infringen la doctrina de los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1.876 del Código Civil en cuanto ambos ordenan que cada obligación sea asegurada con la correspondiente hipoteca, de donde *a contrario sensu* se infiere que una única hipoteca no puede asegurar genéricamente una diversidad de obligaciones independientes, con la excepción admitida en el referido artículo 154 que es inaplicable al supuesto del recurso.

Interpuesta apelación por el Notario recurrente, la Dirección General acordó revocar el auto presidencial apelado y la nota del Registrador (1) en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—El primero de los defectos señalados en la nota de calificación plantea de nuevo una cuestión, que ya fue aborda-

(1) Vistos los artículos 1.876 del Código Civil; 444, 452, 4.º: 458 " 488 del Código de Comercio; 150, 154 y 155 de la Ley Hipotecaria y 247 del Reglamento para su ejecución y las Resoluciones de este Centro de 10 de noviembre de 1925, 16 de junio de 1936, 25 y 26 de octubre de 1973.

da por la resolución de 26 de octubre de 1973. A saber: la de si, en base al artículo 154 de la Ley Hipotecaria, cabe encuadrar en la práctica de nuestro ordenamiento jurídico la hipoteca constituida en garantía de letras de cambio.

La expresada resolución, tras enumerar las peculiaridades que este tipo de hipotecas presenta debido a las características del crédito garantizado, por lo que habían de ser siempre examinadas con cautela, terminaba reconociendo lo conveniente que fuera facilitar su constitución en atención a las exigencias del tráfico mercantil, y que, siempre que no se produzca una infracción de las normas legales y resulten salvaguardados los principios hipotecarios, no debe haber obstáculo a la inscripción de una hipoteca que aparece reconocida en el ordenamiento legislativo, aunque lo haya sido de una manera incompleta e insuficiente.

Dicha resolución declaró igualmente que la exigencia del título-talonnario a que hace referencia el artículo 154 de la Ley Hipotecaria para la constitución de hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, es indudable que no se refiere al supuesto de las letras de cambio, dados los términos del artículo 444 del Código de Comercio, así como tampoco cabe el hacer constar los restantes requisitos de identificación, como la serie, amortización, etc., ya que la incompatibilidad entre ambos artículos es tan manifiesta que claramente indica que el 154 se refiere a los títulos al portador, y no ha podido comprender, dentro de su contexto, a las letras de cambio, pese a resultar mencionadas y, en consecuencia, lo que cabe hacer, por vía de analogía para suplir esta falta de regulación, es reseñar en la escritura de constitución los datos y circunstancias que vengan a individualizar e identificar las cambiales—lo que ha sucedido en el supuesto de este expediente—y, a su vez, en cada una de las letras de cambio expresar sucintamente los datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial, para que de esta manera la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro.

En cuanto al defecto segundo, si bien de los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, y con una interpretación meramente literalista, podría pensarse que no puede constituirse una sola hipoteca en garantía de varias obligaciones independientes o autónomas, no cabe duda que a la vista de otros preceptos legales, como el artículo 1.861 del propio Código Civil y de una interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible, y sin ningún género de duda en el caso cuestionado, de acuerdo con el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, lo que reconoce el propio Registrador en su informe, por lo que hay que estimar que tácitamente ha rectificado su calificación, desistiendo de este defecto.

En cuanto al tercer defecto, relativo a la existencia en el contrato de un vencimiento de la única hipoteca para casos distintos del vencimiento de cada una de las letras de cambio, habrá de examinarse la cláusula discutida, distinguiendo, tal como en la misma se hace, entre el vencimiento normal y el anormal.

En cuanto al primero de los supuestos—vencimiento normal—, no resulta de la lectura de la cláusula reseñada un vencimiento de la hipoteca distinto del que tienen las letras garantizadas, y cada tenedor podrá proceder, de acuerdo con el artículo 155, 2, de la Ley, a ejecutar aislada o parcialmente la hipoteca en base al impago—justificado con el

correspondiente protesto—de la letra o letras que sirvan de justificante a la ejecución, y con subsistencia de la hipoteca en cuanto a las restantes, según se deduce del artículo 211 del Reglamento.

En cuanto al segundo de los supuestos (y sin entrar—por no haber sido materia de recurso—en la cuestión de la posible antijuricidad de la cláusula discutida motivada por el vencimiento anticipado de la hipoteca a causa del impago de una cambial), el pacto controvertido de la escritura calificada y que es objeto de nota se encuentra amparado en el artículo 1.255 del Código Civil, que establece el principio de autonomía de la voluntad, y los posibles obstáculos que pudieran presentarse, dado lo establecido en el artículo 1.170, 3, del mismo cuerpo legal, quedando soslayados en la cláusula octava de la mencionada escritura al exigir, como condición inexcusable para el ejercicio de la acción, que se aporte en la demanda, además de los documentos exigibles en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, todas las cambiales cuyo cobro ha sido garantizado y son de vencimiento posterior a la que ha resultado impagada, por lo que ya no cabe que, a la vez que la ejecución hipotecaria, pueda tener lugar la de una cambial aislada, y desaparecen a su vez las objeciones que, derivadas de la aplicación del derecho cambiario, fueron puestas de manifiesto en la Resolución de 26 de octubre de 1973.

COMENTARIO.—La llamada hipoteca cambiaria es una figura jurídica difícil, como corresponde a su condición de fronteriza entre Derecho civil y mercantil. Es también plural, por las múltiples funciones jurídico-económicas que la letra de cambio puede cumplir. Por todo ello es frecuente que se la distinga mal de otras figuras que acampan también en la misma línea fronteriza entre el Derecho hipotecario y el mercantil y que resultan de garantizar con hipoteca las más variadas relaciones de negocios en las que juegan, de muy diverso modo, letras de cambio y operaciones de descuento.

En los últimos tiempos, la bibliografía sobre la hipoteca cambiaria es abundante, y la doctrina dominante es favorable a su admisión. No obstante, los problemas que plantea y las dificultades que ofrece su adaptación a la normativa vigente distan mucho de estar en vías de solución.

La Resolución de 31 de octubre de 1978 culmina un proceso de admisibilidad jurisprudencial de la hipoteca cambiaria y concede las máximas facilidades para la inclusión en ella de pactos que venían siendo imposibles o dudosos. Probablemente convenga mirar con cierta prevención el excederse en este camino de plena libertad de pacto en las escrituras de hipoteca cambiaria, pues se corre el peligro de desnaturalizarla.

El Registrador de Santiago enumera tres defectos, que vienen a ser tres escalonadas líneas de defensa frente a la solicitud de inscripción de la escritura que califica. El primero consiste en rechazar la hipoteca cambiaria en términos absolutos, aunque lo haga con el circunloquio de afirmar que el artículo 154 de la Ley resulta inaplicable a las letras de cambio, por las diferencias existentes entre éstas y los títulos endosables emitidos en serie. El segundo resulta de negar la posibilidad de una sola hipoteca en garantía de varias letras de cambio, negativa que claramente se hace en previsión del fracaso del primer defecto. Como tercera línea defensiva, el último defecto consiste en rechazar todos y cada uno de los casos de vencimiento anticipado de la hipoteca que se pactaban

en la escritura, a saber: si alguna de las cambiales fuera impagada y protestada a su vencimiento; si no se asegurase debidamente el inmueble hipotecado; en caso de menoscabo o depreciación del mismo de más del 30 por 100, según perito designado por tenedores; en el de impago de impuestos o de primas del seguro; si resultase sobre la finca carga o gravamen no declarado, o si el hipotecante incumpliera cualquiera de las obligaciones pactadas.

Veremos por separado cada uno de los defectos y, en su consecuencia, trataremos brevemente de los tres siguientes problemas de la hipoteca cambiaria: su admisibilidad en nuestro Derecho, la posibilidad de hipoteca única en garantía de varias letras de cambio y la inscribibilidad y validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en esta figura de hipoteca.

a) *La admisión de la hipoteca cambiaria en nuestro Derecho.* Actualmente carece de interés plantearse esta cuestión, porque creo que ha triunfado plenamente la tesis positiva, pero también creo que esto sólo puede afirmarse siempre que mantengamos la hipoteca cambiaria dentro de unos determinados límites en cuanto a su concepto, contenido, requisitos y efectos. Rebasados estos límites, sobre los que no hay doctrina unánime, la hipoteca cambiaria debe continuar siendo rechazada.

Más adelante veremos la evolución de la doctrina de la Dirección General en este punto. No cabe aquí intentar siquiera hacer una síntesis de los autores que se oponen a la misma y sus argumentos muy atendibles, y los sucesivos esfuerzos de otros para tratar de buscarle un encaje en nuestro Derecho, forzando un tanto nuestros textos legales. Sólo intentaremos relativizar la cuestión de la admisibilidad mediante la demostración de su inutilidad en tanto que no delimitemos el concepto de la hipoteca cambiaria y la separemos de otras figuras próximas tan varias y frecuentes en el mundo de los negocios mercantiles, principalmente nacidas en torno a las operaciones bancarias, y últimamente como solución a situaciones con peligro de insolvencia en los que uno o varios acreedores, generalmente entidades bancarias, transigen con una espera a cambio de una acumulación de garantías, personales, hipotecarias y cambiarias.

Como no podía faltar, tratándose de comentario mío, vaya por delante la indicación de que la visión de otras legislaciones, el Derecho comparado, debe ser también aquí fuente de luz y elemento de clarificación de problemas. Precisamente una insuficiente comparación con el Derecho alemán ha dado pretextos a la corriente enemiga de la hipoteca cambiaria y, por el contrario, el estudio más o menos detenido del Código y de la doctrina italianos ha dado pie para la consagración de su figura y para la elaboración de las posibles soluciones para sus dificultades.

Nuestra doctrina sigue dócilmente a la extranjera en la búsqueda de un concepto estricto de la hipoteca cambiaria, y no hay autor que no destaque la necesidad de que la garantía verse directamente sobre la obligación cambiaria, sobre la letra misma y no sobre la relación causal subyacente. Pero luego, cuando se trata del contenido permisible a la escritura de constitución de hipoteca cambiaria, nos olvidamos en gran parte de ese requisito inicial y no extraemos de él todas sus consecuen-

cias, e incluso es frecuente criticar la solución del B.G.B., que relega la hipoteca cambiaria al campo de la hipoteca de seguridad (2). Como dice NUSSBAUM, para que exista hipoteca cambiaria no basta que un crédito se asegure simultáneamente mediante una letra de cambio y una hipoteca; la hipoteca regulada por el parágrafo 1.187 (necesariamente de seguridad, aunque erróneamente se la designase como de tráfico) se establece *directamente* en garantía de un crédito cambiario, y es distinta de la constituida en garantía de los créditos de la relación causal de una letra de cambio. NUSSBAUM atribuye la escasa utilización de la hipoteca cambiaria a que el crédito cambiario suele ser a corto plazo, al contrario que el crédito hipotecario, a que la hipoteca quede expuesta a los riesgos derivados del «rigor cambiario» y a no haberse regulado una forma práctica de registrar sobre la letra la existencia de la hipoteca. Por ello, lo frecuente es asegurar el crédito con letra de cambio y además con una hipoteca de tráfico, de manera que la hipoteca lo que viene a garantizar es el crédito o créditos que forman la relación causal de la letra de cambio. WOLFF estudia la razón de por qué no se admite la hipoteca de tráfico en garantía de títulos valores y la encuentra en el modo de transmitirse la hipoteca (acuerdo y entrega del título, endosado si es a la orden). Si se admitiese como hipoteca de cédula, se originarían confusiones entre la cédula y el título garantizado, principalmente si viniesen a parar a manos de distintas personas; pero aunque solo se admitiesen hipotecas de Registro, aparecerían en pugna los principios de confianza en la apariencia del título y del Registro, por ejemplo, para el caso de extinción. Por ello hubo necesidad de abstenerse de extender la *publica fides* del Registro al crédito hipotecario (y esta abstención y no otra es la característica de la hipoteca de seguridad), y por ello el tercer poseedor de la finca puede oponer al tenedor *todas y sólo* las objeciones y excepciones que el emitente o aceptante puede alegar contra el tenedor del título (3).

Si en Alemania la hipoteca cambiaria *stricto sensu* carece de interés frente a la hipoteca en garantía de títulos emitidos en serie y a la orden (4) y frente a la hipoteca ordinaria superpuesta a una letra de cambio, en Italia, por el contrario, la doctrina se ha encariñado con la hipoteca cambiaria hasta el punto de que cuando los tratados generales estudian la hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador (artículos 2.831, 2.839, 2.844, 2.845 y 2.887 del Código), se vuelcan sin querer en la hipoteca en garantía de la cambial, y también llegan al mismo concepto estricto: el título constitutivo de la hipoteca debe atribuir la garantía al título valor, a la cambial como tal, y no a la relación subyacente (*sottostante*). Si la garantía se concede para esta relación subyacente, y ésta se garantiza después también por la cambial, la acción ejecutiva promovida en base a ésta no goza de la garantía hipotecaria. Si la garantía viene concedida por la cambial (verdadera hipoteca cambiaria), no queda garantizada la acción ejecutiva promovida en base

(2) Así, GONZÁLEZ LAGUNA critica la concepción de la hipoteca cambiaria como hipoteca de seguridad. No estoy conforme con esta crítica. La hipoteca cambiaria no es de seguridad en el sentido de la hipoteca de máximo, pero sí lo es en el sentido de la hipoteca en garantía de títulos al portador.

(3) ARTHUR NUSSBAUM: *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, Madrid, 1929, págs. 214 a 225.

MARTIN WOLFF (en ENNECCERUS): *Derecho de Cosas*, II, págs. 326, 331 y ss.

(4) En ocasiones se hacen emisiones de obligaciones a la orden con endoso en blanco para eludir los comerciantes las trabas administrativas de las emisiones de títulos al portador.

a la relación subyacente. Es cierto que la hipoteca puede ser extendida al débito cambiario y a la relación subyacente; pero esto ha de resultar de modo claro en la inscripción, y no cabe hablar aquí de una cuestión de interpretación. Lo que más discuten los italianos son las consecuencias de la nulidad de la cambial: si hay una conversión de la garantía hacia la relación subyacente y si hay una conversión de la letra en prueba de la relación subyacente (FERRI).

Repetimos que nuestros autores suelen partir de un concepto estricto de la hipoteca cambiaria, concepto facilitado por los esfuerzos de los mercantilistas para separar lo más meticulosamente posible lo causal y lo abstracto en la letra de cambio. En lo que no insisten demasiado es en extraer de este concepto estricto y de los innegables momentos abstractos de la cambial un acertado tratamiento de la hipoteca en garantía de varias letras con vencimientos sucesivos y de las cláusulas de vencimiento anticipado.

El escrito de recurso en relación con esta primera cuestión comienza rechazando por inaceptable la afirmación de que el artículo 154 de la Ley Hipotecaria no es aplicable a las letras de cambio, aunque reconozca que algunos de sus requisitos no pueden aplicarse a las mismas, y han de ser referidos exclusivamente a los títulos al portador, y no a los endosables, que jamás pueden emitirse en serie. Refuerza su tesis con la doctrina—que estima unánime—, con la Resolución de 26 de octubre de 1973 y con la práctica confirmada por experiencia propia. El Registrador, partiendo del argumento de que la letra de cambio, al no ser extendida en libro-talonario de doble matriz, no puede ser garantizada por hipoteca conforme al referido artículo, reconoce como lógica la doctrina (parte de la doctrina) que rechaza la hipoteca cambiaria, desvirtúa el argumento basado en el artículo 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, insiste en el argumento de que entre la cambial y los títulos-obligaciones emitidos para la realización de empresas públicas o privadas (recogiendo el ahorro de pequeños prestamistas a los que trata de proteger el art. 154) existen fundamentales diferencias que no pueden borrar la simple circunstancia de que una y otros sean transmisibles por endoso (5), y se apoya en la Resolución de 10 de noviembre de 1925 y en la posibilidad de que el problema planteado en la de 26 de octubre de 1973 no coincida exactamente con el ahora planteado.

La Dirección dedica a este primer defecto los tres primeros considerandos, en los que, remitiéndose a la doctrina ya consagrada por la Resolución de 26 de octubre de 1973—que consideró encuadrable, aunque con cautela, la hipoteca cambiaria en nuestro sistema—, hace una breve síntesis de los requisitos de la misma para que, por vía de sustitución de los establecidos en el artículo 154 por los necesarios para identificar la hipoteca con las letras, pueda estimarse amparada tal tipo de hipoteca en dicho precepto, y, en concreto, sustituyendo el de título-talonario por la reseña de las cambiales en la escritura y la expresión de los datos de constitución de la hipoteca en las letras para su conexión con el Registro.

(5) Es importante la discordancia entre el artículo 155 («títulos tanto nominativos como al portador») y el 156 de la Ley (y 257 del Reglamento) (títulos transmisibles por endoso y/o al portador), en relación con las antitéticas afirmaciones del Notario (los títulos endosables jamás pueden emitirse en serie) y el Registrador (los títulos-obligaciones hipotecables conforme a estos preceptos pueden ser transmisibles por endoso). Sin duda, la Ley Hipotecaria reformada se produjo con cierto descuido.

No podemos detenernos en los argumentos en pro y en contra de la admisión de la hipoteca cambiaria en nuestro Derecho, que han esgrimido, respectivamente, sus partidarios y sus detractores. La lista de los enemigos de la hipoteca cambiaria va desde don JERÓNIMO GONZÁLEZ hasta CAMY, y sus argumentos legales son de todos conocidos. Más numerosa es ya la lista de los partidarios de la misma (ROCA, SAPENA, CANO, GONZÁLEZ LAGUNA, etc.); pero insisto en que la discusión sobre su admisibilidad a nada conduce sin precisar antes lo que cada autor entiende por hipoteca cambiaria y sin entrar a fondo en su naturaleza, caracteres, requisitos, efectos y problemas fundamentales de la figura en cuestión.

En cambio, si creemos conveniente, antes de seguir adelante, hacer un resumen de las resoluciones de la Dirección que han resuelto casos de hipotecas relacionadas de una manera u otra con letras de cambio, y especialmente de aquellas que han ocasionado el giro, en 1973 en orden a la admisibilidad de la hipoteca cambiaria *stricto sensu*.

La *Resolución de 10 de noviembre de 1925* recayó sobre la calificación de una hipoteca otorgada por un librador, un librado-aceptante y un endosatario, todos personas físicas, de 11 letras por un valor total de pesetas 300.000 y constituida en el momento de ir las a renovar. No se trataba de una hipoteca cambiaria clara, porque expresamente se constituía nominalmente a favor del endosatario sobre dos fincas del librador, aunque se decía que garantizaba el pago de las once letras y el de las que por renovación sucesiva se extendiesen, por un máximo de la expresada cifra y diez años; no se expresaba en ningún momento que se constituyese a favor de los sucesivos tenedores en su caso, aunque sí se facultaba al endosatario otorgante para hacer endosos y se decía que la cantidad total expresada se entiende hipotecariamente dividida en tantos créditos especiales e independientes como letras de cambio estén en circulación en cada momento. Imposible sintetizar los escritos e informes del Notario recurrente y del Registrador, pero, en síntesis, puede decirse que el primero no defendió la escritura como constitutiva de una hipoteca cambiaria, sino ordinaria, de máximo y a favor exclusivamente del endosatario otorgante y que el Registrador mantuvo que al garantizar las letras ha de ser cambiaria, pero al no estar constituida a favor de los sucesivos endostarios no es inscribible, por confusa y susceptible de ocasionar perjuicio a tercero, confusión que se agravaba por la introducción para la ejecución y la cancelación de unas certificaciones de determinados corredores de comercio que habrían de intervenir la negociación de las letras renovadas. La Dirección estima que hay, efectivamente, falta de claridad, por no saberse si es ordinaria de máximo o en garantía de títulos endosables y, por tanto, no está extendida la escritura con arreglo a las formalidades legales.

En la *Resolución de 28 de febrero de 1933*, el dueño de un establecimiento constituía hipoteca a favor de una sociedad proveedora de mercancías, de la que había solicitado un crédito hasta la suma de la hipoteca, de manera que al retirar las partidas de mercancías, éstas estarían representadas por letras de cambio, cada una de las cuales impagada y protestada daría lugar a la acción hipotecaria por la suma impagada, dándose al contrato de garantía duración indefinida, pero resoluble en todo momento por cualquiera de las partes, si bien el deudor no podría exigir la cancelación en tanto se encontrase pendiente de cumplimiento la

obligación contraída. Se denegó la inscripción, por lo indefinido del plazo tratándose de hipoteca en garantía de cuentas de crédito, por no fijarse la forma de acreditar el importe de la deuda, y por ser contrario al espíritu de la Ley ejecutar la hipoteca por el importe de cada operación, aunque esté representado por letra de cambio. Como vemos, el supuesto era híbrido de hipoteca cambiaria, en garantía de crédito simple y en garantía de cuenta corriente de crédito, y la Dirección la estimó inscribible, por estimar la hipoteca amparada en los artículos 142 y 143 de la Ley (hipoteca en garantía de obligación futura) y no comprendida en el artículo 153 de la misma, por lo que el plazo no es necesario ni se requiere determinar forma especial para acreditar el importe de la deuda en el procedimiento de ejecución.

La *Resolución de 16 de junio de 1936* derivó de una escritura de hipoteca constituida para responder—hasta determinada cifra de capital y otra de crédito supletorio—de la efectividad de todas las operaciones y obligaciones que dimanasen de letras de cambio en las que el hipotecante, el Banco Español de Crédito, y cualquier tercera persona figurasen como elementos personales de tales letras en sus más variadas posibilidades (6).

A pesar de que las letras de cambio parecían ser el único objeto de las cláusulas destinadas a fijar los créditos garantizados, resultaba claro que no se trataba de una hipoteca cambiaria en sentido estricto, sino de una de tantas hipotecas de máximo dedicadas a garantizar relaciones de negocios mercantiles (en este caso, bancarios-cambiaros). Los defectos de la nota que nos interesan (prescindiendo de varios obstáculos resultantes del Registro y de unas insuficiencias de poder) parten precisamente de la ambigüedad sobre si se trataba de una hipoteca en garantía de crédito simple (arts. 142 y 143 de la Ley) o en garantía de cuenta corriente de crédito. La Dirección sentó la siguiente doctrina: a) Conveniencia de facilitar las hipotecas en garantía de negocios mercantiles y operaciones de descuento, dándoles flexibilidad; b) Considerar la hipoteca del recurso como de máxima regida por el artículo 142 de la Ley (en garantía de obligaciones futuras), aunque el crédito se determine en su día por un saldo de la contabilidad del banco, ya que ello es consecuencia de la índole especial de las operaciones de descuento, lo que la aproxima a la hipoteca de cuentas corrientes de crédito, pero por las diferencias derivadas de la distinta naturaleza de las operaciones garantizadas, ha de estimarse inaplicable la limitación en cuanto al tiempo del artículo 153 de la Ley, y, en cambio, por las expresadas analogías, no hay inconveniente en admitir la forma de acreditar el saldo del mismo precepto, siendo admisible la certificación bancaria, por la eficacia probatoria de los libros de los comerciantes, por la seriedad y solvencia de estas entidades, porque en las pólizas de apertura de créditos con garantía de

(6) La hipoteca garantizaba la efectividad: a) De las operaciones que dimanen de cuantas letras se expidan por el hipotecante a cargo de tercera persona y a la orden de Banesto (acreedor hipotecario) o de otra persona que endose a este Banco b) De las obligaciones que dimanen de cuantas letras se expidan por tercera persona a cargo del hipotecante a la orden de Banesto o de persona que endose al Banco c) De las operaciones que dimanen de cuantas letras se expidan a la orden del hipotecante y éste endose al Banesto; y d) En general de las obligaciones que dimanen de cuantas letras sea tenedor el Banesto y el hipotecante figure como librador, librado, endosatario, avalista o en cualquier otro concepto.

valores se establece igual cláusula, no obstante su cuantía elevada y porque no se obstaculiza el ejercicio por el deudor de las acciones que le asistan para impugnar el saldo.

La *Resolución de 18 de enero de 1939* declaró no inscribible un auto de adjudicación en juicio ejecutivo instado por quien no era titular registral de la hipoteca, sino endosatario de un pagaré a la orden emitido por el deudor, a pesar de haber sido inscrito el pacto según el cual el deudor reconocería como cesionario del crédito a la persona en cuyo poder se halle dicho pagaré por medio de endoso hecho conforme al Código de Comercio. La duda estaba en si se trataba de una hipoteca ordinaria, a pesar de habérsele adherido un pagaré endosable (en forma parecida a la hipoteca de cédula germánica), o si se trataba de una hipoteca en garantía de tal pagaré endosable (figura, pues, similar a la hipoteca cambiaria propia). Los considerandos más decisivos dicen: que por el principio del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, no puede admitirse la adjudicación, como único postor, a favor del ejecutante no titular del derecho de hipoteca, aunque sí endosatario del referido pagaré, porque la hipoteca no garantizaba obligaciones transmisibles por endoso, sino que la inscripción estaba extendida a favor de persona determinada, sin las garantías del artículo 154 de la ley y sin que el título tuviese doble matriz; que el pacto de reconocer como cesionario al tenedor, al no incluirse en la cláusula de constitución de la hipoteca, quiere expresar que el deudor renuncia al derecho a la notificación del cambio de acreedor, y no que los tenedores del pagaré tengan la facultad de conservar la validez del crédito hipotecario; y que si se extendiese a los títulos endosables y al portador emitidos por particulares la excepción concedida a sociedades y comerciantes inscritos, se iría contra el crédito público y los intereses de la Hacienda (en el caso concreto existían posteriores anotaciones de embargo a favor de la Hacienda y del Ayuntamiento de Sevilla). Como vemos, es una Resolución manifiestamente contraria a la hipoteca cambiaria.

La *Resolución de 5 de febrero de 1945* trató de una hipoteca de máximo en garantía de un crédito en cuenta corriente de 48.800 pesetas, constituida a favor del Banco Hispano Americano por un plazo de tres años, crédito que se reflejaría en una cuenta corriente en la que se adeudarían las cantidades de las que responda el cuentacorrentista hipotecante, sus intereses, etc.; y las devoluciones de letras de cambio o efectos de giro que éste hubiese cedido o descontado al banco. El Registrador, además de un defecto subsanable de representación, señaló como insubsanables el de pretenderse acreditar el saldo de la cuenta para la ejecución por certificación del banco y el de pactar el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la ley.

Se recurrió sólo del defecto referente a la certificación bancaria, y la Dirección, no obstante el fallo del auto presidencial favorable a la nota, y a pesar de combatirse en un considerando en el que la ejecución, respecto de tercero, derive de las declaraciones formuladas por el apoderado de un banco, cualesquiera que sean su respetabilidad y solvencia, resolvió basándose en la Resolución de 16 de junio de 1936 y en el artículo 153 de la Ley de Reforma de 1944 en el sentido contrario a la

nota recurrida, por la normativa de derecho transitorio, máxime cuando la reforma de la ley en este punto parece ser interpretativa (7).

En 1973, la Dirección cambia totalmente su opinión sobre la hipoteca cambiaria *stricto sensu*. La *Resolución de 25 de octubre de 1973* no entró en el fondo, limitándose a revocar el auto presidencial, en el extremo de falta de personalidad del recurrente, estimando que no la tenía por no resultar legitimado con la aportación de las letras endosadas a su favor, sin ser suficiente un escrito alegando esto ni el que fuese presentante del título calificado. La nota contenía dos defectos insubsanables: 1.º Faltar el requisito del talonario con doble matriz del artículo 154 de la Ley Hipotecaria, y 2.º Insuficiencia del poder en que se basaba la hipoteca en cuanto a la mitad indivisa de las fincas hipotecadas. El recurrente, alegando el artículo 7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, estima inaplicable aquel requisito a la hipoteca cambiaria y perfectamente sustituible por la clara determinación de los elementos del derecho real constituido (personales, reales y responsabilidad), y el Registrador alegó las Resoluciones de 10 de noviembre de 1925 y 18 de enero de 1939. El auto presidencial, aparte de ciertas consideraciones sobre la cuestión del poder, desestima expresamente las demás causas de denegación.

La *Resolución de 26 de octubre de 1973* consagra directamente el cambio de criterio. El Registrador comienza también con el defecto general de inadmisibilidad de la hipoteca cambiaria, se centra después en la falta de título-talonario de doble matriz que exige la ley, y, por último, rechaza las cláusulas de vencimiento anticipado y otras. La Dirección resuelve dispensando a la hipoteca cambiaria del talonario de doble matriz, sustituible por la suficiente identificación de las cambiales en la escritura y expresión de la hipoteca constituida en las letras, desautoriza los pactos de vencimiento anticipado y admite, en cambio, el pacto de ejecución por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la ley.

Sus cuatro primeros considerandos se destinan a recoger la posición favorable a la hipoteca cambiaria con los más conocidos argumentos de sus defensores; el sexto permite la sustitución del requisito de los títulos-talonarios de doble matriz del artículo 154 de la ley (y 247 del Reglamento) por el de reseñar en la escritura los datos y circunstancias que individualicen las cambiales y expresar sucintamente en cada una de éstas los datos de constitución de la hipoteca bajo la fe notarial, para que la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro. Pero el que más nos interesa ahora es el considerando sép-

(7) La *Resolución de 27 de abril de 1945*, aunque se suele citar en ocasiones al tratar de la hipoteca cambiaria, se encuentra más lejos de ésta. Se trataba de una hipoteca de máximo constituida a favor de una Caja de Ahorros en garantía del reintegro de un crédito entregado al hipotecante, por tres años, prorrogables por otros dos períodos de tres años cada uno, liquidándose de común acuerdo los saldos a cuenta nueva resultantes de la facultad de hacer devoluciones parciales concedida al deudor y devolviendo los saldos en una o varias entregas en el cuarto año o dentro del año siguiente al vencimiento de las prórrogas, en su caso. El Registrador señala como defectos: la contradicción en cuanto a la duración que se dice de tres años, pero resulta ser de cuatro por dicha facultad de reintegro del saldo durante el cuarto, duración que vulneraría la Ley, y el no ser admisible la certificación de la Caja, sin conformidad ni intervención del deudor para determinar el saldo para la ejecución. Del primer defecto desistió luego. La Dirección confirma el Auto que revocó la nota en cuanto al segundo defecto, partiendo de la evolución legislativa de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes y de la reforma legal de 1944, de la que resulta que los requisitos de notificación del saldo y extracto de la cuenta y la falta de alegación de error o falsedad dentro de ocho días no necesitan ser expresamente mencionados en la escritura, en la que bastará indicar la posibilidad de acreditar el saldo mediante certificación de la Entidad acreedora.

timo, referente a la cláusula de vencimiento anticipado, que considera no inscribible (si bien dejando a salvo la aplicación del art. 434, 2, del Reglamento), dado el carácter imperativo de las normas del Derecho cambiario, porque podría afectar a los derechos del tenedor acreedor hipotecario, al tener cada letra vida independiente de las restantes y pudiendo existir, si se endosan, distintos tenedores ignorantes de que por falta de pago de una letra de vencimiento anterior la hipoteca habría quedado vencida.

No nos extendemos más en el análisis de esta conocida Resolución. El comentario de F. CABALEIRO en esta revista (8), además de unas interesantes indicaciones históricas relativas a la laguna legal en materia de hipoteca cambiaria, indica cómo la Resolución nos deja en la duda de si tampoco son admisibles las otras causas de vencimiento anticipado que la escritura contenía, además de la de impago y protesto de alguna de las letras, y la resuelve en el sentido de que tampoco son admisibles partiendo de la tesis (acaso excesiva) de que es preciso entender constituidas tantas hipotecas como letras, por lo que habrá siempre una implícita distribución de la responsabilidad hipotecaria entre éstas. Las diversas hipotecas—dice—habrán de ejecutarse, en su caso, a medida que vayan ocurriendo los respectivos vencimientos (arts. 455 y 488 del Código de Comercio) acreditados mediante los oportunos protestos (arts. 502 y siguientes), sin que el impago o protesto de una letra pueda provocar el vencimiento de las demás, por tratarse de hipotecas independientes. Y, por lo mismo, no cabe pactar vencimiento anticipado por las otras causas que contenía la escritura, ajenas al puro Derecho cambiario.

Tampoco nos detenemos en la Resolución de 19 de octubre de 1979 (*Boletín Oficial* de 14-11-79). En ella se resuelve recurso en el que el Registrador se abstiene ya de invocar la inadmisión de la hipoteca cambiaria, limitándose a exigir en la escritura todas las circunstancias del artículo 444 del Código de Comercio, y la distribución de la responsabilidad por cada letra en cada una de las fincas hipotecadas, y a rechazar el pacto de vencimiento anticipado por impago de alguna de las letras y otros pactos que contenía la escritura (pacto de pago anticipado por deudor, de domiciliación y de prohibición de disponer). Como era de esperar, el Registrador alega la resolución de 1973, pero el Notario no alega la que es objeto de este comentario, acaso no publicada en el momento de recurrir, y se abstiene de impugnar el defecto relativo al pacto de vencimiento anticipado. En su día trataremos de dicha resolución e intentaremos averiguar si consagra un criterio más restrictivo sobre la hipoteca cambiaria que el de la que ahora comento.

b) *Hipoteca en garantía de varias letras*. La alegación del Notario recurrente en cuanto al segundo defecto, tal como aparece recogida en el resultando tercero, no es completamente clara, y hace dudar si lo que rechaza es que el hecho de que la letra de cambio sea una obligación autónoma obligue a constituir tantas hipotecas como letras o que obligue a otorgar tantos instrumentos como letras, porque en cierta frase parece dar a entender que era perfectamente lícito que en un solo instrumento se hubieran constituido tantas hipotecas como letras. La alegación del artículo 1.861 del Código (y de la Resolución de 15 de febrero

(8) E. F. C., núm. 501, marzo-abril de 1974, págs. 326 a 339

de 1926) para este tema de la unidad o pluralidad de hipotecas en garantía de varias letras la estimamos de muy relativa eficacia. El Registrador contesta con el artículo 1.876 del Código (104 de la ley), que—dice—exige una hipoteca para cada obligación autónoma e independiente como es cada letra, y añade que en la escritura se constituye una sola hipoteca como si fuese una sola la obligación garantizada.

Este segundo defecto es objeto del cuarto considerando, y en él la Dirección hace prevalecer el artículo alegado por el recurrente—reforzándole con la lógica jurídica y con el artículo 154 de la Ley Hipotecaria—, sobre los preceptos alegados por el Registrador. Creo que tanto el artículo 1.876 como el 1.861 son totalmente inadecuados para resolver nuestro problema. Creo tan pueril deducir, del singular en que van las palabras hipoteca y obligación en el 1.876, que es necesaria una hipoteca para cada cambial, como el deducir, del plural en que va la palabra obligaciones en el 1.861, que una hipoteca puede garantizar varias obligaciones independientes y autónomas (9). Más decisivo podría ser el artículo 154 y la lógica jurídica, que también utiliza el considerando; pero debemos tener en cuenta que aunque de este precepto resulte que en la mayor parte de los sentidos hay una hipoteca en garantía de toda la emisión de obligaciones y a favor de la colectividad de los tenedores, en otros sentidos las cosas ocurren como si hubiera una hipoteca por cada título. Por otra parte, si el 154 no es aplicable en muchos aspectos a la hipoteca cambiaria, no está claro por qué deba serlo en este de la unicidad de la hipoteca. Creo dudoso que sea posible constituir una sola hipoteca en garantía de una serie de letras de vencimientos sucesivos sin que la hipoteca deje de ser estrictamente cambiaria, porque no hay plena similitud entre este supuesto de pluralidad de letras, que no forman ningún conjunto sin trasladar los créditos garantizados al campo de la relación causal subyacente, y la hipoteca en garantía de una emisión de títulos-obligaciones en masa. La apelación a la lógica jurídica tampoco es suficiente sin que previamente se relacione la cuestión que nos ocupa con las características esenciales de la letra de cambio y de la hipoteca cambiaria, que debe ser concretada al débito cambiario sin extenderse a la relación subyacente.

Aunque toda la exposición de ROCA SASTRE está hecha pensando en la hipoteca en garantía de una letra de cambio y sólo en muy contadas ocasiones habla de letra o letras garantizadas, al tratar de su constitución dice que si la hipoteca se extiende a varias letras escalonadas de un mismo deudor no quedan constituidas tantas hipotecas como letras. No obstante, considera aplicable el segundo apartado del artículo 155 de la ley, en el sentido de que cabe la ejecución aislada o parcial por razón de las cambiales que han ido a la ejecución, con subsistencia de la hipoteca respecto de las demás, con aplicación también del 227 del Reglamento, aunque dice que conviene prever este extremo en la escritura (10). Resulta así que hablar de una sola hipoteca en garantía de varias letras no es del todo exacto, en cuanto existe una posible ejecución aislada por cada letra, máxime cuando siendo las letras escalonadas en sus vencimientos, en un momento determinado unas serán de posible ejecución

(9) En general, cuando un texto legal se propuso únicamente decir una cosa o resolver una cuestión es inútil pretender utilizarle para un problema distinto no tenido en cuenta por el legislador al redactarle.

(10) ROCA SASTRE *Variaciones sobre la hipoteca cambiaria*, págs. 257-258.

y otras no. Pero Roca no entra en este problema ni en el derivado de la posibilidad de pactos de vencimiento anticipado.

SAPENA (11) admite la garantía hipotecaria para una o varias letras. En el segundo caso, puede constituirse la hipoteca como única para todas las letras en conjunto, o dividiendo la responsabilidad entre las varias cambiales, de manera que resulten tantas hipotecas como letras. Constituida la hipoteca como única, si se promueve ejecución por separado de alguna letra, estima (siguiendo a Roca, aunque reconoce que la cuestión es dudosa) que es posible la ejecución parcial con subsistencia de la hipoteca en cuanto al montante correspondiente a las no ejecutadas (arts. 155 de la Ley y 227 del Reglamento).

También CANO (12) estima posible la hipoteca en garantía de varias letras, tanto a favor de un tomador único como a favor de diversos tomadores; en el primer caso, por analogía con la hipoteca ordinaria con crédito a satisfacer en diversos plazos, y en el segundo, por ser éste el supuesto normal del artículo 154 de la ley, de manera que la hipoteca garantizará cada letra por el importe de su respectiva cuantía, aunque estima que la escritura debe expresar la sujeción a lo dispuesto por los indicados artículos de la Ley y Reglamento. No obstante, destaca la grave diferencia entre la hipoteca ordinaria con crédito dividido en entregas periódicas y la hipoteca cambiaria en garantía de varias letras, por que en ésta no es admisible el pacto de vencimiento anticipado por impago de alguna de las letras, como luego veremos (13). Acaso la distinción entre el supuesto de tomador único y el de varios tomadores no sea tan decisiva porque el tomador no es el protagonista en la hipoteca cambiaria, sino el tenedor o el conjunto de los sucesivos tenedores. Sí es totalmente distinto la pluralidad de plazos o entregas del crédito hipotecario ordinario y los varios créditos cambiarios derivados de distintas letras, porque entre aquéllos hay una íntima conexión, derivada de la unidad de causa y de relación obligatoria y, en cambio, entre los varios créditos cambiarios nacidos de distintas letras no hay tal conexión, sino que de cada letra derivan, o pueden derivar, débitos y créditos abstractos, y si la constitución de hipoteca única en garantía de las varias letras produce de alguna manera (y acaso a posteriori) tal conexión íntima entre las letras, ha de ser a costa de desnaturalizarlas y causalizarlas en un conjunto negocial, por lo demás oculto y clandestino.

c) *Los pactos de vencimiento anticipado.* El tercer defecto, reducto defensivo último del Registrador, consiste en la confusión o falta de claridad que producen los varios casos de vencimiento anticipado de la hipoteca, pactados en la cláusula 6.ª b), confusión o falta de claridad que se estiman contrarias a los principios hipotecarios y en todo caso a los

(11) JOAQUÍN SAPENA «La hipoteca cambiaria», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 62, octubre-diciembre de 1956, págs. 249 y ss., en especial 261 y ss.

(12) EMILIANO CABO. *La hipoteca cambiaria* Ponencias y comunicaciones al II Congreso Internacional de Derecho Registral, tomo I, págs. 575 y ss.

(13) GONZÁLEZ LAGUNA (MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA «La hipoteca cambiaria», núm. 533 de esta Revista, julio-agosto de 1979, págs. 869 y ss.) sigue las conclusiones de CANO y, en consecuencia, critica la doctrina sentada por la Resolución que comento respecto al vencimiento anticipado YÁGUEZ (RICARDO DEL ÁNGEL YÁGUEZ «La hipoteca cambiaria de constitución unilateral», núm. 531 de esta Revista, marzo-abril de 1979, págs. 347 y ss.) tampoco profundiza en esta cuestión, pero sus tajantes afirmaciones de concederle la garantía para la cambial y no para la relación subyacente y la forma que destaca la abstracción que caracteriza a la relación «cartular» permiten incluirle entre quienes rechazan que la escritura de hipoteca o su inscripción puedan ocasionar la total causalización de las letras en el sentido de que dejen de representar créditos cambiarios, autónomos, independientes y abstractos.

artículos 1.876 del Código Civil, 104 de la Ley Hipotecaria y 452, 4; 455 y 488 del Código de Comercio.

Entre los varios supuestos de vencimiento anticipado pactados en dicha cláusula podemos separar el primero (impago y protesto de alguna de las cambiales) de todos los restantes, por ser aquél el que destaca más la posible contradicción del vencimiento anticipado con la esencia y naturaleza de la hipoteca cambiaria.

Cuando la escritura objeto del recurso distingue el vencimiento normal de la hipoteca, derivado respecto de cada letra del suyo—de manera que, una vez impagada y protestada una letra determinada, puede ocasionar la ejecución parcial individual y aislada de la hipoteca en cuanto al montante de la misma—, del vencimiento anticipado de toda la hipoteca y, consiguientemente, de todas las letras, por el hecho de haberse impagado y protestado solamente alguna de ellas, está dejando al tenedor o tenedores que, en este caso, opten por ejecutar la hipoteca sólo en cuanto a la letra vencida o impagada, o en su totalidad en cuanto a todas las letras, aunque las restantes no hayan vencido y no quepa, por tanto, hablar de impago. Esta posibilidad de pactar que se pueda ir a la ejecución por letras aún no vencidas es lo discutido.

El recurrente, acaso asustado de esta consecuencia, reconoce existir cierta contradicción entre la cláusula de vencimiento anticipado 6.ª b) A y la cláusula 8.ª (13 bis), según la cual podría procederse a la ejecución aislada o parcial de la hipoteca respecto a la letra impagada, subsistiendo la hipoteca respecto a las demás. Cuando el Notario alega esta cláusula 8.ª, y afirma que la 6.ª es una mera cláusula de estilo, parece estar reconociendo que en los estrictos términos de la 8.ª estaba la decisiva voluntad negocial consistente en admitirse la ejecución sólo respecto a las letras vencidas e impagadas, sin extenderla a las no vencidas. Siendo así, la cláusula 6.ª no debía calificarse de cláusula de estilo, sino de cláusula ineficaz, por contradictoria, y puesta sin más finalidad que la de intimidar. En rigor, cuando el recurrente destaca la cláusula 8.ª para obtener resolución favorable, está comprendiendo y reconociendo que la cláusula de vencimiento anticipado encaja mal en la hipoteca cambiaria.

CANO FERNÁNDEZ (14) argumenta contra el pacto de vencimiento anticipado basándose en la Resolución de 26 de octubre de 1973, pero la critica: a) Por no aclarar si el vencimiento anticipado que rechaza es sólo el producido por impago de alguna o algunas de las letras o también el derivado de las restantes causas que figuraban en la cláusula 6.ª de la escritura calificada (no asegurar la finca hipotecada, etc.), y b) Por dejar también dudoso si lo inadmisibles es el vencimiento anticipado de las restantes cambiales o el de la hipoteca. CANO cree que la Resolución de 1973 debe interpretarse en el sentido de rechazar todos los supuestos de vencimiento anticipado de las letras, pero no el de la hipoteca., que se podrá ejecutar por las letras vencidas e impagadas, aplicándose entonces en cuanto a las no vencidas los artículos 155 de la Ley y 227 del Reglamento (15). El razonamiento con el que refrenda la inadmisión de la

(13 bis) El primer resultando no transcribe esta cláusula 8.ª de la escritura

(14) EMILIANO CANO FERNÁNDEZ en el trabajo citado en la nota 12.

(15) Pero creo inútiles los esfuerzos para admitir un vencimiento anticipado de la hipoteca como un todo sin que vaya unido a un vencimiento anticipado de la totalidad de las letras. La cláusula es suficientemente clara si una o algunas de las letras fracasan por impago a su vencimiento, todas las letras, y con ellas la hipoteca, vencen y serán ejecutivas al menos por la vía de la ejecución hipo-

cláusula de vencimiento anticipado es el siguiente: en las hipotecas ordinarias es normal y válido, por el principio de libertad de contratación del artículo 1.255 del Código, el pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca, como consecuencia de la resolución del préstamo por el impago de alguno de los plazos del capital o de los intereses, o por cualquiera de las demás causas (impago del seguro, deterioro de la finca, etcétera); pero tratándose de la hipoteca cambiaria, nos movemos en el campo del Derecho imperativo; el vencimiento puede establecerse libremente al emitir la letra y tal vencimiento ser aceptado por el aceptante o endosatario; pero luego, una vez en circulación, el momento de vencimiento no puede ser alterado, ni el artículo 488 del Código de Comercio puede ser eliminado por pacto. El librador aceptante se obliga a pagar la letra a su vencimiento, y no antes.

Ahora bien: creo que CANO se excede, de un lado, al considerar el peligro que para los tenedores de las letras restantes puede representar el vencimiento anticipado (pues son beneficiarios de tal vencimiento anticipado) y, de otro, al presentar el supuesto de deudor-hipotecante-librador (que no es el típico) describiendo después las incidencias de tal supuesto. Más razón tiene al preguntarse en términos generales: Si la letra no puede vencer anticipadamente (art. 488) ¿cómo puede la hipoteca, que es accesoria de la letra, vencer anticipadamente desligándose del crédito que garantiza? La unidad crédito hipotecario se disociaría por cuanto la letra ha de continuar su vida hasta el momento de su vencimiento mientras la hipoteca entra en ejecución; pero ¿cómo reclamar el pago de una obligación aún no exigible?

GONZÁLEZ LAGUNA (16), más sintético, pero siguiendo la misma línea de CANO, dice que el pacto de vencimiento anticipado de las letras, y por tanto de la hipoteca en caso de no ser satisfecha alguna de ellas a su vencimiento, lo que produciría el anticipado de las demás, así como todos los demás supuestos de vencimiento anticipado usuales, son perfectamente lícitos cuando se trata de una obligación civil, pero chocan con lo dispuesto en el artículo 488 del Código de Comercio que es de carácter imperativo, como lo ha reconocido la Resolución de 26 de octubre de 1973, en el considerando según el cual, tal pacto entre librador y librado puede afectar a los derechos del tenedor-acreedor hipotecario, que puede ignorar tal vencimiento, por tener cada letra vida independiente de las restantes y poder ser endosada (17). GONZÁLEZ LAGUNA, que probablemente se vio sorprendido por el giro de la Resolución de 31 de octubre de 1978, después de terminado su trabajo, dedica a esta Resolución una nota al pie en la

tecara. Por ello, en la escritura de nuestro caso se distingue entre vencimiento normal (cada letra tiene su vencimiento y su ejecución hipotecaria individual y aislada sin perjuicio de acumular la ejecución de varias letras ya vencidas) y vencimiento anticipado (ejecución total de la hipoteca y de todas las letras por impago de alguna o algunas a su vencimiento). Lo que ocurre es que en la cláusula octava, olvidándose de esto, existe una cláusula en la que parece admitirse sólo el vencimiento normal, de manera que en tanto no estén vencidas todas, sólo cabe la ejecución de las vencidas, subsistiendo la hipoteca en cuanto a las demás.

(16) En el trabajo antes citado.

(17) Insistimos en que el endosatario obtendría beneficios del vencimiento anticipado, por lo que el argumento no es muy fuerte. El perjudicado sería el endosante, al que se le habrán descontado los intereses desde endoso a vencimiento y luego éste se anticipa. En caso de triunfar la hipoteca cambiaria en garantía de letras sucesivas con cláusula de vencimiento anticipado, sería necesario indicar ésta en la letra. Claro es que el argumento se hace decisivo si se lleva el vencimiento anticipado de las restantes cambiales a sus últimas consecuencias, como serían el perjuicio de las letras por falta de protesto y la iniciación del plazo de prescripción de las acciones cambiarias, desde el impago de la letra que ocasiona el vencimiento de las restantes, circunstancia ajena y desconocida del tenedor.

que estima erróneo el nuevo criterio por vulnerar preceptos imperativos del Código de Comercio (arts. 452, 4.º; 455 y 488). No cabe emitir—dice—una letra a fecha fija y luego alterarla en un documento distinto tanto si las letras están todas en manos del mismo tenedor como si no lo están, y alega a su favor el régimen del protesto de mejor seguridad (art. 481, apartado 2.º) y el que sólo quepa protesto por falta de pago antes del vencimiento en el caso de quiebra (art. 510).

En lo que no estoy totalmente conforme con GONZÁLEZ LAGUNA es en mantener que la Dirección no está muy convencida de lo que afirma porque dice no entrar en la posible antijuricidad de la cláusula por no haber sido materia del recurso. En esta frase de la Resolución ve GONZÁLEZ LAGUNA una *excusatio non petita* que implica, conforme al viejo brocardo *acusatio manifesta*.

El considerando último no es un modelo de claridad ni cuando considera la cláusula octava (acaso contradictoria con la 6.ª, b). A) suficiente para soslayar los posibles obstáculos derivados del artículo 1.170, apartado 3.º, del Código (18), ni cuando acude a dicha cláusula octava 'para aclarar que «a la vez que la ejecución hipotecaria pueda tener lugar la de una cambial aislada». Pero en cuanto al paréntesis del mismo considerando, en el que se justifica no entrar en la cuestión de la posible antijuricidad de la cláusula 6.ª, pienso que se debe referir a la antijuricidad exclusivamente determinable por el Juez en procedimiento contencioso en que se impugnara la cláusula atendidas las circunstancias del caso y remontándose a la relación causal de letras e hipoteca en razón a su carácter usurario, abusiva, de manera que debiera estimarse el pacto sin justa causa para derogar el principio derivado de los artículos 1.127, 1.129 y 1.915 del Código Civil y 883 del Código de Comercio. Tal antijuricidad actuaría incluso prevaleciendo sobre la autonomía de la voluntad en el campo de la obligación civil e *inter partes*, y en el supuesto de hipoteca ordinaria con pacto de vencimiento anticipado del préstamo garantizado por impago de intereses o de alguno de los plazos de amortización.

Siendo así, no debió decirse que no se entraba en esta cuestión de la posible antijuricidad por no haber sido materia de recurso, sino porque no podía ser objeto del mismo por exceder del ámbito de la jurisdicción voluntaria en la que se mueve tanto la calificación del Registrador como las Resoluciones de la Dirección. Si la cuestión era posible objeto del recurso, debió entrarse en ella, porque la nota de calificación estaba redactada con suficiente amplitud para permitir al Centro Directivo moverse libremente en orden a decidir sobre la inscribibilidad de la cláusula en cuestión.

El giro que supone la Resolución que comento respecto a la de 26 de octubre de 1973, en la cuestión del pacto de vencimiento hipotecado, se justifica en forma poco clara en el último considerando, pues aunque se afirma que desaparecen las objeciones puestas de manifiesto en dicha resolución, la cláusula que parece hacer desaparecer dichas objeciones es la octava, la cual no se recoge en el primer resultando, pero que—de lo dicho por el Notario recurrente en su informe—parece estaba destinada a reforzar el supuesto de vencimiento normal en el que se proceda a la

(18) Ni la Resolución de 26 de octubre de 1973 centró en este precepto del Código los obstáculos del Derecho cambiario a la cláusula de vencimiento anticipado, ni cabe traerle a colación sin reconocer que con él entramos en los terrenos de la relación causal subyacente.

ejecución aislada o parcial de la hipoteca por razón de las letras vencidas que hayan ido a la ejecución, subsistiendo la hipoteca respecto a las demás; de manera que la hipoteca, aunque única, irá venciendo y será parcialmente ejecutada según las fechas de vencimiento de cada letra. Esta cláusula octava, según el considerando último, no parece tener tal contenido, sino el de exigir como condición inexcusable para el ejercicio de la acción que se aporten a la demanda todas las cambiales cuyo cobro ha sido garantizado y son de vencimiento posterior a la impagada. Según esto, lo que se permite es la ejecución total por la totalidad de las letras cuando sólo una ha vencido y ha sido impagada, y por tanto, parece que se está admitiendo la cláusula sexta, b), A) (vencimiento anticipado de todas las letras), precisamente en atención a la segunda parte de este apartado A) que añade al requisito de impago y protesto de cualquiera de las cambiales el de que sea la misma persona el tenedor de todas las restantes cambiales de vencimiento posterior a la impagada.

Por otra parte, el considerando último da a entender que las objeciones puestas de manifiesto en la resolución de 1973 derivadas de la aplicación del derecho cambiario descansaban pura y simplemente en el peligro de que a la vez que la ejecución hipotecaria pueda tener lugar la de una cambial aislada. Y esto no es así. Como en la hipoteca auténticamente cambiaria no es posible ejecutar la hipoteca sin la aportación de las letras, tal peligro no existe ni era este peligro la razón de las objeciones derivadas del derecho cambiario a la cláusula de vencimiento anticipado. Por otra parte, el que sea una persona sola la tenedora de todas las cambiales es un requisito en cierto sentido insuficiente, si no hay tenedor único durante toda la vida de las letras, y en otro sentido, innecesario porque al ejecutar todas las letras por vencimiento anticipado o normal deben aportarse todas las letras, pero no es necesario que sea una sola persona quien demande y aporte todas. La cláusula A) de vencimiento anticipado era por lo menos en un punto imprecisa, en el de no determinar cuándo ha de ser una misma persona la tenedora de todas las cambiales. Y es que para que la cláusula sea admisible, en rigor tenía que ser la misma persona durante toda la vida de las letras y entonces dejan de ser propiamente letras y la hipoteca deja de ser cambiaria.

Pero si entendemos el considerando final en el sentido de que es la frase final del caso A) del apartado b) de la cláusula 6.ª lo que hace desaparecer las objeciones puestas de manifiesto en la resolución de 1973 a la cláusula de vencimiento anticipado, tenemos que poner los siguientes reparos a dicha frase final en la cual se exige que «el tenedor de todas las restantes cambiales de vencimiento posterior a la que hubiese quedado impagada, fuera la misma persona»:

— En primer lugar, que si este requisito fuese necesario estaría implícito en el presentar todas las letras para la ejecución de la totalidad de la hipoteca y por ello resultaría innecesario hacerlo constar en la cláusula.

— Por otra parte, no se comprende por qué haya de existir un solo tenedor de todas las letras si los varios tenedores, acaso los mismos varios tenedores (tomadores) originarios, concurren a la ejecución de sus respectivas letras.

— Acaso el requisito verdaderamente exigible sería que el tomador o tomadores originarios o primeros fuesen los mismos que van a la ejecu-

ción, por no haber habido negociación ninguna de las letras, para evitar que pueda haber algún endosante, etc., perjudicado por su desconocimiento de la cláusula. Pero si este requisito tiene tal sentido, su exigencia nos demostraría que la cláusula de vencimiento anticipado desnaturaliza la letra y, por consecuencia, la hipoteca cambiaria.

— La frase final del caso A) de vencimiento anticipado de la cláusula 6^a discutida no indica el momento en el que el tenedor de todas las restantes cambiales ha de ser una misma persona y tampoco aclara que esta persona sea el tenedor de aquella cuyo impago al vencimiento desata el anticipado de las demás (19). Por ello la frase además de inútil e inexacta es en otro sentido insuficiente. Lo único decisivo para la total realización del valor de la hipoteca es que se aporten a la demanda ejecutiva todas las cambiales y esto, por sabido, bien puede callarse en la cláusula. El problema está en si cabe la ejecución total incluyendo letras aún no vencidas en base a tal cláusula sin que las letras queden inmovilizadas en el momento de constituirse la hipoteca con la expresada cláusula por virtud de la causalización de las letras que resultan inidóneas para la circulación como títulos abstractos base de créditos cambiarios abstractos.

De todo lo expuesto podemos deducir que los tres obstáculos que el Registrador de Santiago encontró para la inscripción de la hipoteca objeto del recurso estaban muy relacionados. La admisión de la hipoteca cambiaria es ante todo un problema de determinación de su contenido y efectos; la posibilidad de que exista una sola hipoteca en garantía de varias cambiales de vencimientos distintos y sucesivos no puede afirmarse ni negarse sin analizar en qué sentido puede hablarse de hipoteca única en garantía de una serie de títulos valores y en qué sentido debe estimarse que existen tantas hipotecas como títulos y sin matizar, además, las diferencias entre las hipotecas en garantía de obligaciones al portador y la hipoteca cambiaria en garantía de una pluralidad de letras. Por último, la admisión o el rechazo de las cláusulas de vencimiento anticipado nos vuelve a retornar al contenido y efectos de la hipoteca cambiaria *stricto sensu* y a su deslinde con las hipotecas en garantía de la relación subyacente a la letra o serie de letras.

Sospechamos, por tanto, que la doctrina española y la jurisprudencia de la Dirección se encuentra aún lejos de llegar a soluciones convincentes y claras sobre la hipoteca cambiaria. Es necesario precisar más todo aquello establecido en la ley para la hipoteca en garantía de títulos valores que es aplicable a la hipoteca cambiaria y lo que no lo es. Es preciso determinar qué causalizaciones de la letra pueden producirse a través del acto constitutivo de la hipoteca cambiaria y cuales no pueden producirse sin desvirtuar la letra. Todo ello después de una neta separación de la hipoteca cambiaria de los demás tipos de hipotecas de máximo y de obligaciones futuras destinadas a garantizar relaciones de negocios en que de una manera u otra aparecen operaciones de descuento de cambiales. En el tema de las causalizaciones permisibles o inadmisibles debe tenerse en cuenta que dada la multiplicidad de funciones económico-jurídicas de

(19) La cláusula cabe interpretarse en el sentido de que es en el momento de la ejecución cuando ha de ser una misma persona el tenedor de todas las restantes cambiales, pero también cabe entender que es el momento del protesto de la vencida impagada. Para que no surja el inconveniente al que nos venimos refiriendo, la identidad de tenedores debe ser durante todo el tiempo desde la constitución de hipoteca al vencimiento anticipado.

la letra de cambio acaso más que de hipoteca cambiaria pueda hablarse de hipotecas cambiarias y acaso haya que admitir distingos según cual sea el elemento subjetivo de la letra que constituya la hipoteca (librado, librador, etc.).

Grosso modo y teniendo en cuenta la cuestión básica de hasta dónde la hipoteca cambiaria puede causalizar las letras en garantía de las cuales se constituye sin desnaturalizarlas y sin dejar de ser hipoteca cambiaria, podemos resumir:

El Registrador no tenía razón en el defecto primero. Rechazar la hipoteca cambiaria es sin duda el camino más cómodo para resolver de raíz sus múltiples problemas; pero sinceramente creo que ya es tarde para seguirle.

En cuanto al segundo defecto creo que los formularios de hipoteca cambiaria en garantía de varias letras deben tener la suficiente elasticidad para no prejuzgar que a todos los efectos hay tantas hipotecas como letras, pero tampoco que, también a todos los efectos, hay una e indivisible hipoteca. Como los resultandos no recogen literalmente las cláusulas principalmente orientadas a esta cuestión, no podemos opinar sobre la mayor o menor corrección del formulario; pero la cuestión por sí misma no era trascendental.

En cuanto al tercer defecto no queremos ocultar nuestra simpatía por la doctrina de la resolución de 1973 y estimamos, por tanto, muy discutible la sentada por la resolución que comento. Las cláusulas de vencimiento anticipado son, en rigor, pactos de una relación causal subyacente, acaso respetabilísima y perfectamente lícita, pero que no es lo garantizado por la hipoteca y tales cláusulas en cuanto vienen a causalizar totalmente las cambiales, no sólo transforman éstas en cosa muy distinta, sino que desfiguran totalmente la hipoteca cambiaria, desnaturalizándola.

Creo, por tanto, que en principio deben rechazarse las cláusulas de vencimiento anticipado en las hipotecas cambiarias propiamente dichas por producir las siguientes consecuencias:

a) La escritura de hipoteca cambiaria con cláusulas de vencimiento anticipado invierte la relación normal de crédito-hipoteca, haciendo las letras accesorias de la hipoteca, eliminando de aquéllas todas sus consecuencias legales, para transformarlas en meros documentos probatorios del crédito garantizado por la hipoteca, que deja de ser el cambiario para pasar a ser el derivado de la relación subyacente, a pesar de quedar ésta silenciada.

b) Que la letra se causaliza a través de la escritura de constitución de hipoteca, cuando ésta contiene tales cláusulas de vencimiento anticipado, y la primitiva y originaria relación causal subyacente a la emisión de la serie de letras y de la constitución de una hipoteca en garantía de todas ellas, viene a superponerse a las letras mismas de manera que éstas dejen de ser auténticas letras y la hipoteca auténtica hipoteca cambiaria.

T. C. G.

6. ES JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE, AUNQUE EL ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL EMPLEE EL TÉRMINO REQUERIMIENTO, EL REQUISITO QUE EXIGE TIENE EL VALOR DE UNA INTIMACIÓN REFERIDA NO AL PAGO DEL PRECIO, SINO A DAR CUENTA AL COMPRADOR DE LA VOLUNTAD PATENTE DEL VENDEDOR DE QUE EL CONTRATO QUEDE RESUELTO Y FINALIZADA LA PRÓRROGA LEGAL DEL PLAZO, POR LO QUE SE TRATA DE UNA SIMPLE NOTIFICACIÓN—COMO RECONOCE EL ACTUAL ARTÍCULO 59 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO—QUE DEBERÁ AJUSTARSE A LOS ARTÍCULOS 202 Y SIGUIENTES DEL REGLAMENTO NOTARIAL, SIN QUE QUEPA DISTINGUIR EN ÉSTE ENTRE ACTAS DE NOTIFICACIÓN Y DE REQUERIMIENTO, PARA ESTIMAR QUE EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 202 SÓLO SE APLICA A LAS DE NOTIFICACIÓN Y QUE EL 203 SÓLO ES APLICABLE A LAS DE REQUERIMIENTO.

Resolución de 17 de noviembre de 1978 («B. O. del E.» de 2 de diciembre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Antonio Cuerda y de Miguel el 28 de noviembre de 1975, «Suvise» vendió a «Procisa» una finca llamada Prado de la Tejera, en el término de Hoyo de Manzanares, que estaba formada por agrupación de otras tres en virtud de escritura que se cita; el precio de venta es de 2.750.000 pesetas, de los cuales la Sociedad vendedora recibe 250.000 pesetas, quedando aplazadas las restantes 2.500.000 pesetas para ser satisfechas por la Sociedad compradora a la vendedora en un plazo con vencimiento al día 15 de octubre de 1976, consignándose en la estipulación tercera, de conformidad con los artículos 1.504 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria, el pacto expreso de que el impago de la cantidad aplazada a su vencimiento daría lugar a que la Sociedad vendedora pudiera resolver la venta de pleno derecho, perdiendo la compradora las cantidades entregadas, y fijándose como domicilio de la Sociedad compradora el de avenida de América, número 33, de Madrid; no habiéndose verificado el pago del precio aplazado en la fecha pactada, don Florentino Viñuela Bayón, en representación de la Compañía mercantil «Suvise», requirió al Notario de Madrid don Blas Piñar López, el 15 de julio de 1977, para que se constituyera en el domicilio de la Sociedad «Procisa» a fin de que ésta se diera por notificada de las consecuencias jurídicas y efectos prevenidos en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, para que tenga lugar de pleno derecho la resolución del contrato de compraventa con nueva inscripción a favor de la Sociedad

vendedora; por diligencia del mismo día, hizo constar el fedatario que se constituía en la casa 33 de la avenida de América, informándose por la portería que la Compañía «Procisa» tiene su domicilio en el piso primero del inmueble; que subió a dicha planta y llamó al primero derecha, en cuya puerta existía una placa que decía «Procisa, constructora», sin que contestase nadie, y que seguidamente llamó a la puerta del piso izquierdo de la misma planta sin recibir respuesta, consignando que en la puerta había un papel en el que se leía «Cerrado por vacaciones», «Procisa promotora»; el fedatario volvió a constituirse en la portería entendiendo la diligencia con el portero, don Manuel Leria Martínez, al que dio lectura íntegra del acta y entregó copia simple de la misma, como cédula de notificación, haciéndose cargo el señor Leria de dicha copia y manifestando que la hará llegar a «Procisa» a la mayor brevedad, cerrando el fedatario la diligencia con la lectura de la misma por el señor Leria y por él mismo, aprobándola aquél, que prestó su consentimiento;

Presentada en el Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo primera copia de la referida acta, fue calificada con la siguiente nota: «No practicada operación alguna de inscripción y cancelación en relación a este documento por observarse los siguientes defectos:

1.º No acompañarse el título del vendedor, pues lo aportado es copia de la escritura de compraventa otorgada por «Suvisse, Empresa Constructora, S. A.», a favor de la Compañía «Promotora de Construcciones Industriales, S. A.» (Procisa), y el título de vendedor a que se refiere el artículo 59 del Reglamento Hipotecario es la escritura de agrupación formalizada por la primera Sociedad ante el Notario de Madrid don Blas Piñar López, el día 9 de julio de 1975, copia que deberá ir acompañada de los títulos de adquisición por tal Sociedad de las fincas que fueron objeto de agrupación;

2.º No acompañarse copia autorizada de la escritura de delegación de facultades a favor del señor Viñuela por parte de la representación legítima de «Suvisse, Empresa Constructora, S. A.», de fecha 30 de noviembre de 1973, ante el mismo Notario, y necesaria por no transcribirse en lo pertinente el acta que nos ocupa;

3.º Estimarse no formulado el requerimiento ni la diligencia subsiguiente, con arreglo a los artículos 1.504 del Código Civil y 202 y 203 del Reglamento Notarial, por cuanto que:

a) Debió instarse al formular el acta notarial la práctica de un requerimiento y no de una notificación;

b) No proceder la notificación al portero, que acepta el artículo 202 para las notificaciones, pero no para los requerimientos, que deben considerarse regulados por el artículo 203, y

c) No constar si la copia simple entregada como cédula de notificación se hallaba debidamente autorizada por el fedatario;

De estos defectos se consideran:

I. El primero, subsanable;

II. El segundo, subsanable en principio, a reserva de su calificación al aportarse, y

III. El tercero, insubsanable;

No procede la anotación preventiva de suspensión;

Se hace constar la conformidad de mis cotitulares en el desempeño de este Registro, consultados al efecto a tenor de lo previsto en el inciso letra c) del artículo 475 del Reglamento Hipotecario;

Don Santos de Gandarillas, Procurador de la Sociedad vendedora, «Su-
vise, Empresa Constructora, S. A.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que a fin de subsanar los defectos primero y segundo de la nota se presentan los documentos indicados por el funcionario calificador; que en relación con el tercer defecto entiende el recurrente que el acta notarial a que se refiere cumple todos los requisitos legales necesarios para obtener el efecto que se pretende (artículo 1.504 del Código Civil, en relación con los artículos 202 y 203 del Reglamento Hipotecario);

El Registrador informó que habrá que tener en cuenta que, por escritura otorgada en la misma fecha y ante el mismo Notario que autorizó la de compraventa ya citada, «Procisa» segregó de la finca matriz cincuenta y ocho parcelas, que se inscribieron como independientes y sobre las que se declaró la obra nueva, en construcción de otras tantas viviendas, quedando constituida registralmente la finca primitiva por un resto y apareciendo cincuenta y ocho fincas más; que posteriormente se extienden hasta diez anotaciones preventivas de embargo y dos hipotecas sobre el resto de la finca, las parcelas segregadas o sobre la totalidad en garantía de diversas obligaciones; que entre estos gravámenes inscritos cabe citar: Dos anotaciones preventivas de embargo a favor del Banco Latino para responder de un total de 21.500.000 pesetas.—Otra anotación preventiva de embargo para responder de un principal de 12.000.000 de pesetas a favor del Banco Hispano Americano.—Y una hipoteca en garantía de un préstamo de 46.400.000 de pesetas a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid; que estos asientos, si bien no afectan directamente a la calificación registral, han sido objeto de examen detallado, toda vez que deberán ser cancelados si prospera el recurso; que, en efecto, existiendo un precio aplazado de 2.500.000 pesetas, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid concede a la Entidad compradora un préstamo hipotecario de 46.400.000 pesetas de principal, sin que la hipoteca que lo garantiza se anteponga a la condición resolutoria, ya que, conforme a las estipulaciones de la escritura de compraventa, el plazo máximo a que debería sujetarse el préstamo, para que tuviera lugar la posposición de la condición resolutoria, debería ser el de diez años, y el préstamo de la Caja se concede por doce años, y sin que esta última Entidad exija al efectuar entregas parciales de capital la cancelación de la condición resolutoria, como es norma habitual en dicha Institución; que, por otra parte, ninguno de los dos Bancos acreedores exige a la Sociedad compradora el pago del precio aplazado, ni ellos efectúan el pago, por cuenta de aquélla, con cargo a los créditos concedidos; que vencido el plazo para el pago del precio aplazado, o sea, cumplida la condición resolutoria explícita el 15 de octubre de 1976, meses después la Sociedad vendedora insta y obtiene tres anotaciones preventivas de embargo por una responsabilidad global de 26.500.000 pesetas, cuando su actuación más sencilla, y sobre todo de mayor seguridad para sus intereses, hubiera sido la de utilizar la derivada del cumplimiento de la condición, y al no hacerlo deja a sus créditos en el orden de prelación especial que corresponde a las anotaciones preven-

tivas; que también llama la atención el que, después de esta cantidad de cargas reales, la Sociedad compradora venda nueve parcelas con viviendas unifamiliares en construcción a otra Sociedad; que todo ello evidentemente tiene que influir en el ánimo del calificador al exigirle un mayor rigor y una extremada cautela, dadas las situaciones y hechos que se citan; que los defectos alegados en la nota han sido subsanados el primero y el segundo, al haberse acompañado los títulos indicados, y que en cuanto al tercero de los defectos, que se considera insubsanable, hay que indicar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina terminantemente a considerar que en el artículo 1.504 nos encontramos ante un requerimiento, no referido a la negativa del pago, sino a la voluntad de resolver el contrato, y que esta voluntad sea aceptada por el comprador y no ponga impedimentos a la resolución; que, en opinión del informante, la comunicación del vendedor al comprador debe hacerse a través de un requerimiento y no de una notificación; que no es aceptable el criterio del fedatario de que nos encontremos ante el hecho de que el Notario autorizante del acta es portador de la voluntad unilateral y terminante del vendedor de tener por resuelto el contrato de compraventa, y que por ello notifica una voluntad y no requiere al comprador para nada, puesto que esa voluntad unilateral contiene algo más: contiene un acto de fijación jurídica y cuya comunicación compele a la otra parte a que conteste, fijando su posición; que las actas notariales de notificación y requerimiento son materia insuficientemente regulada, y la propia Dirección General reconoce la existencia de lagunas y deficiencias en su reglamentación (resolución de 1 de abril de 1965); que es indiscutible que el Notario en su actuación, en cuanto le sea factible, podrá suplir lagunas, pero lo que no puede hacer con este pretexto es ampliar su campo de intervención si está taxativamente limitado por algún precepto legal o reglamentario; que el funcionario calificador informante considera que existen dos tipos de actas bien diferenciadas en cuanto a notificaciones y requerimientos, a pesar de estar reguladas conjuntamente por los artículos 202 a 207 del Reglamento Notarial; que aunque la generalidad de la doctrina consideró en principio que no era posible señalar los claros matices que separan las actas de notificación y requerimiento, lo cierto es que, no obstante esta afirmación genérica, todos reconocen en definitiva la existencia de esos dos grupos de actas; que en las de notificación, en el caso de no encontrarse la persona a quien vayan dirigidas, podrán hacerse a cualquiera de las que encuentre el Notario en el mismo lugar y, en su defecto, al portero del inmueble o a un vecino que se preste a ello; que en las de requerimiento, en cambio, cuando por resistencia activa o pasiva del requerido, o por no serle permitida la entrada en el domicilio o no encontrar en él a nadie, considera el Registrador que el Notario no puede evacuar la diligencia y le ordena imperativamente: «levantará de ello acta a los fines que al requirente convenga»; que el Notario, en nuestro caso, obró ateniéndose exclusivamente a las inscripciones contenidas en la minuta que presentó el compareciente, que instó una notificación simple, como se desprende del contexto del acta, pero que en realidad lo que debió instarse fue una notificación requisitoria o requerimiento; que el Registrador opina que el artículo 203 del Reglamento Notarial excluye la posibilidad de la aplicación del 202 en punto a personas que pueden ser requeridas, pues, si fuera factible, no ordenaría levantar el acta a los fines que al requirente convenga, ya que lo lógico

sería que el Notario terminara el proceso comunicativo buscando para ello al portero o a un vecino; que en el caso que estudiamos, en la diligencia de entrega, la persona que recibe la copia simple manifiesta que se hará llegar a la Sociedad a la mayor diligencia, pero en ella no se consigna que se le manifestara la obligación legal de hacer llegar a poder de la Sociedad el documento que se le entrega; que, por otra parte, el artículo 204 indica que en todo acto de carácter requisitorio la persona requerida o notificada tendrá derecho a contestar el requerimiento o intimación en el acto o dentro del término de dos días laborables, y es constante práctica notarial consignar el Notario, en la diligencia, esta advertencia;

El Notario autorizante del documento calificado informó: Que el pacto comisorio regulado en las Partidas es admitido en nuestro Código Civil, cuyo artículo 1.504, por diversas razones, mitiga el automatismo resolutorio del impago, y exige para que se produzca el reintegro de la finca al patrimonio del vendedor, además del incumplimiento previsto y sancionado contractualmente, una manifestación de voluntad hecha por el vendedor al comprador de dar por resuelto el contrato (sentencia de 1 de mayo de 1946); que no se trata, pues, de un requerimiento de pago, que supondría una renuncia al automatismo resolutorio, ya que lo que el vendedor quiere es que el comprador conozca de manera auténtica no su voluntad de requerirle el cumplimiento de la obligación de pago, sino, al contrario, de poner fin a la prórroga del plazo (sentencia de 16 de octubre de 1961); que el Notario autorizante del acto es, pues, portador de la voluntad unilateral terminante y explícita del vendedor de tener por resuelto el contrato de compraventa; que por ello varias sentencias del Tribunal Supremo, así como la doctrina, hablan más bien de notificación que de requerimiento al comentar el artículo 1.504 del Código Civil, y en igual sentido se manifiesta el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, que puede considerarse como interpretación declarativa auténtica realizada por el propio legislador; que, en cualquier caso, en el acta autorizada por el fedatario informante consta no sólo la notificación de la voluntad resolutoria del vendedor, sino la intimación requisitoria a que alude el citado artículo 1.504, puesto que se menciona dicho precepto en unión de los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, reproduciéndose el contenido de la cláusula resolutoria pactada en la escritura de compraventa; que en cuanto al segundo defecto hay que alegar que aunque se admitiese—a fines puramente dialécticos—que el artículo 1.504 del Código Civil exige un requerimiento y no una notificación, el fedatario debe hacer todo lo posible para que llegue al destinatario de la diligencia el contenido del acta, no limitándose a cerrarla cuando no encuentre a nadie en el domicilio designado (como autoriza el artículo 203 del Reglamento), sino esforzándose, por razones de celo profesional y de seguridad jurídica, en practicar dicha diligencia con las personas a que alude el artículo 202, párrafo primero, del mismo texto legal; que en cuanto al tercer defecto hay que resaltar, en primer lugar, la contradicción que supone el calificar de insubsanable un defecto atribuido a una diligencia no sólo innecesaria, sino excluida por el calificador, al entender como inaplicable el artículo 202 del Reglamento Notarial; que la práctica notarial utiliza no la cédula de notificación, que sería un extracto del acta, sino una copia literal de la misma, con lo que la notificación resulta plena y sin posibilidad de equívoco; que esta copia literal del acta, extendida y entregada al practicar la diligencia, no es una

copia autorizada, como dice la nota: tan sólo una cédula de notificación que comprende el texto literal del acta y, por ello, una copia simple, que como cédula de notificación no va autorizada, sino diligenciada con media firma y el sello de la Notaría, tal y como el artículo 202 del Reglamento Notarial preceptúa;

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y el Notario autorizante del instrumento.

Y la Dirección General (1) acordó confirmar el auto apelado en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Uno de los pactos más frecuentes introducido por la práctica notarial en las compraventas con precio aplazado es aquél en que a la falta de pago se le da el carácter de condición resolutoria explícita, y que amparado en el artículo 1.504 del Código Civil se desarrolla en los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 y 175-6.º del Reglamento para su ejecución.

Los mencionados preceptos introducen un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor, que le permite obtener la reinscripción de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento por el comprador de su obligación de pagar el precio a través de un procedimiento caracterizado por su automatismo, pero que por su mismo rigor debe ser examinado en su aplicación con todo tipo de cautelas, a fin de salvaguardar los posibles derechos de todos los interesados y terceros y evitar que el vendedor—en particular en los casos en que se ha pactado en concepto de indemnización que pueda apropiarse de la parte de precio ya entregada—, por su sola voluntad y sin la intervención de los Tribunales, pueda decidir unilateralmente una cuestión en la que, por otra parte, el artículo 175, 6.º, del Reglamento sólo le autoriza a realizarla en el supuesto de que devuelva el importe de los plazos recibidos con las deducciones que en su caso procedan, mediante la consignación en el correspondiente establecimiento bancario o Caja de Ahorros;

Dentro del estrecho marco del recurso gubernativo, en donde sólo pueden ser examinadas las cuestiones debatidas como consecuencia de la nota de calificación, no cabe el estudio de todos aquellos prolijos y complejos problemas que este caso concreto ofrece, por lo que ha de limitarse únicamente a resolver el tercero de los defectos señalados al estimar los Registradores subsanados los otros dos mediante los documentos aportados, y que consiste, en definitiva, en saber si en el acta autorizada debió practicarse un requerimiento notarial en lugar de la notificación realizada;

La materia relativa a las actas notariales no se encuentra desarrollada en las disposiciones legales con la misma precisión con que aparecen reguladas las escrituras públicas, sin duda porque la Ley del Notariado de 1861 se refería exclusivamente a estas últimas, y han sido los distintos Reglamentos Notariales los que han tratado de ir supliendo aquella falta de regulación al introducir las normas necesarias, y así el Reglamento de 1935 es el que distingue, por primera vez, entre actas de requerimiento y de

(1) VISTOS los artículos 1.504 del Código Civil, 11 y 23 de la Ley Hipotecaria, 59 y 175, 6.º, del Reglamento para su ejecución, 276 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1917, 30 de octubre de 1922, 13 de marzo de 1935, 30 de mayo de 1942, 11 de noviembre de 1943, 1 de mayo de 1946, 28 de enero de 1948, 9 de marzo de 1950, 30 de diciembre de 1955 y 23 de septiembre de 1959, y las Resoluciones de este Centro de 8 de enero de 1921 y 1 de abril de 1965.

notificación, pero sin establecer una clara distinción entre ambas, y el Reglamento de 1944, con la modificación establecida por el Decreto de 1967, las regula conjuntamente en los artículos 202 a 207 como una subespecie de las actas de presencia;

La diferencia que existe entre el acta de notificación y la de requerimiento radica, a juicio de la mayor parte de la doctrina, en que la primera sólo se trata de dar a conocer a la persona notificada el contenido de una información o decisión adoptada por quien solicitó la actuación notarial, mientras que en la segunda, que tiene un carácter más complejo, el destinatario, una vez enterado del contenido de la misma, es intimado a adoptar una determinada actitud;

En cualquier caso, la regulación reglamentaria de ambos tipos de acta es idéntica, pues a las dos conjuntamente se refieren, como ya se ha indicado, los artículos 202 a 207 del Reglamento Notarial vigente, que emplean indistintamente los términos «notificación» o «requerimiento» o similares, tanto en el artículo 202, 1.º, como en el 204 ó 205, por lo que la distinción que pretende hacerse por el funcionario calificador, de que el primer párrafo del mencionado artículo 202 es aplicable sólo a las notificaciones, y queda excluida para éstas la aplicación del artículo 203, carece de toda base legal, ya que lo dispuesto en este último artículo es complemento de lo ordenado en el primero, y habrá de acudirse a este medio tanto en uno como otro tipo de acta, en los concretos supuestos a que se refiere, y que presuponen que no ha podido ejercitar su ministerio el Notario con arreglo al sistema establecido en el artículo anterior;

Es copiosa la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en numerosas sentencias ha declarado—y aun empleando el término «requerimiento»—que este requisito exigido por el artículo 1.504 del Código Civil tiene el valor de una intimación que está referida no al pago del precio, sino, por el contrario, a dar cuenta al comprador de la voluntad patente del vendedor de que el contrato quede resuelto y finalizada la prórroga legal del plazo, por lo que se trata de una simple notificación, término que introduce ya con precisión al recoger esta reiterada jurisprudencia el Reglamento Hipotecario a partir de la reforma de 1947 en su artículo 59, que regula esta cuestión y en donde reproduce sustancialmente, y casi con las mismas palabras, el texto del artículo 97 del Reglamento anterior, con la excepción del cambio del mencionado término;

De todo lo expuesto se deduce que lo procedente por parte del vendedor era realizar la notificación, que es lo que ha tenido lugar, y que se ajustase a lo establecido en los artículos 202 y siguientes del Reglamento Notarial, y sin que haya de tomarse en consideración el apartado c) de este defecto tercero, en cuanto que la copia simple entregada como cédula de notificación al portero del inmueble no es documento sujeto a la calificación registral, al no tener que presentarse en el Registro, y a que en principio hay que presuponer que reuniría todos los requisitos formales exigidos por la legislación notarial y a los que daría cumplimiento el fedatario.

COMENTARIO.—a) Sería sencillo comentar favorablemente esta resolución, porque es cierto que la doctrina dominante y la jurisprudencia citada en los vistos, colocándose de parte de los vendedores, estiman que el artículo 1.504 del Código y el artículo 59 del Reglamento Hipotecario introducen un enérgico sistema de autotutela en favor de los mismos, y que

el requerimiento de que habla el Código no es sino, como dice el Reglamento, una notificación de resolución obstativa del pago posterior, y que esta notificación no tiene carácter requisitorio, no requiere contestación del notificado y no ha lugar a aplicar el artículo 204 del Reglamento Notarial.

Pero lo cierto es que la actitud del Registrador de Colmenar Viejo ante el acta de notificación de resolución origen del recurso es muy frecuente, y comprensible que en todo caso similar, en donde el contenido del acta está totalmente carente de la intervención del comprador y de toda referencia a las oportunidades de contestación que éste haya tenido, el Registrador se resista a una resolución por impago, sin otro indicio de tal impago que la aseveración—que incluso a veces también falta—hecha unilateralmente por el vendedor.

El tema de la *lex commissoria* (mal llamada condición resolutoria expresa o explícita) ha sido oscurecido por un exceso de literatura que le ha contemplado desde mil aspectos (2). Sin duda el tema es muy importante, pues supone una cota muy valiosa en la batalla de derechos e intereses de vendedores y compradores con aplazamiento del precio; pero los planteamientos teóricos no han aclarado casi nada las cuestiones decisivas para su aplicación práctica. Tampoco la jurisprudencia ha estado muy acertada en la interpretación de los artículos 1.124 y 1.504 del Código (y sus concordantes 11 y 23 de la Ley Hipotecaria y 59 y 175, 6.º, de su Reglamento). Lo prueba la abundancia de pleitos sobre la materia y de sentencias del Tribunal Supremo sobre el particular.

b) *Los resultandos*.—El resultando primero no transcribe literalmente la cláusula de pacto resolutorio. Sólo se deduce del mismo que se estableció—de conformidad con los artículos 1.504 del Código y 11 de la Ley Hipotecaria, que probablemente se citaban—el pacto expreso de que el impago de la cantidad aplazada a su vencimiento daría lugar a que el vendedor pudiera resolver la venta de pleno derecho (3). Al parecer se ajustaba al formulario más breve y simple de cláusula de resolución por impago, sin establecer una resolución automática por el mero transcurso

(2) Aunque en este comentario se harán algunas referencias doctrinales, resulta imposible todo intento de presentar un cuadro sintético de los muy diversos planteamientos y soluciones doctrinales. Sólo a título de ejemplo citaremos algunos de los trabajos que me han hecho desistir de tal intento.

- DOMINGO IRURZUM GOICOA «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio». Editorial de Derecho Privado *Revista Internacional del Notariado*, 1961, núm. 32, págs. 43 y ss.
- RAFAEL FLORES MICHIO: «Formas indirecta o atípicas de garantía», en *Estudios de Derecho Privado* de A. DE LA ESPERANZA M. Rado, Madrid, I, 1962, pág. 588.
- CELESTINO MAS ALCARAZ: «El pacto comisorio», en los mismos *Estudios*, Madrid, II, 1965, páginas 1 a 93.
- ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN: «Condiciones resolutorias expresas», *Revista de Derecho Privado*, 1964, pág. 186.
- FRANCISCO RUIZ MARTÍNEZ «Precio aplazado Artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, octubre 1948, pág. 601.
- BUENAVENTURA CAMY *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, 1.ª ed., págs. 655 y ss., y 725 y siguientes del tomo II.
- FRANCISCO JAVIER ROVIRA JAÉN: «La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 463, noviembre-diciembre 1967, págs. 1673 y ss.
- ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADES: «Algunos aspectos de la *lex commissoria*», en esta Revista, número 464, enero-febrero 1968, págs. 49 y ss.
- RAMÓN M. MULLERAT BALMAÑA. «El pacto comisorio en la venta de inmuebles», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIV, fascículo II, abril-junio de 1971, pág. 482.

Y los más importantes tratados generales, y en especial MANRESA y ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., II, págs. 748 y ss.).

(3) Antes de nada observemos cierta contradicción entre el conceder al vendedor la facultad de resolver y decir que la resolución será de pleno derecho. En realidad, la frase de pleno derecho quiere decir sin intervención judicial y la consecuencia debe ser que la intervención notarial sustitutiva debe extenderse a la justificación del requisito del incumplimiento.

del plazo sin necesidad de requerimiento (*dies adjectus interpellat...*), ni tampoco concediendo un término de gracia, a determinar en el mismo requerimiento o determinado de antemano en la misma cláusula. Por lo tanto, no se estaba en el caso de preguntarse si el pacto se ajustaba o no a lo que tenga el artículo 1.504 de *jus cogens*, sino en el de interpretar el sentido natural de dicho artículo cuando no ha sido objeto de ninguna modalización ni aclaración.

Tampoco los resultandos son muy explícitos en la descripción del contenido del acta de notificación presentada para resolver registralmente la venta, pero debemos partir de que era de mera notificación y que ninguna contestación fue esperada durante el plazo del artículo 204 del Reglamento Notarial ni se dio expresamente al notificado oportunidad de contestar.

El Registrador, aun sin desconocer la jurisprudencia del Tribunal Supremo, estima que procede un requerimiento, porque la voluntad unilateral de resolver contiene además un acto de fijación jurídica y se debe compeler a la otra parte para que conteste fijando su posición. En cuanto al aspecto formal, afirma que en las actas de notificación, en el caso de no encontrarse el notificado, podrá acudir a las personas que indica el artículo 202 del Reglamento Notarial; pero en las de requerimiento, cuando no se pueda evacuar la diligencia con el requerido, levantará de ello acta a los fines que al requirente convenga (art. 203); lo que prueba que en ellas se excluye la aplicación del artículo 202. Por otra parte, en las de requerimiento, el requerido o notificado tendrá derecho a contestar el requerimiento o intimación, o bien en el acto, o bien en el término de dos días laborables, lo que es práctica notarial advertir en la diligencia.

Nos remitimos al resultado correspondiente para conocer la forma en que el Notario autorizante, en su informe, desarrolla las escuetas alegaciones del escrito de recurso. Como si no estuviese muy seguro de la equidad de la tesis de la notificación pura y simple, sin mezcla de requerimiento de pago alguno, afirma que en el acta consta no sólo la notificación de la voluntad resolutoria del vendedor, sino la intimación requisitoria a que alude el artículo 1.504, puesto que este artículo se menciona en ella en unión del 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, con reproducción además de la cláusula resolutoria de la escritura. Este comentario se dedicará fundamentalmente a sembrar la duda de que todo esto sea suficiente si no hay una constancia en el acta de la actitud del comprador, siquiera sea totalmente pasiva o de rebeldía.

c) *Los considerandos*.—Los dos primeros considerandos hacen una descripción crítica del pacto de condición resolutoria explícita por impago del precio, que al destacar las cautelas que requiere para salvaguardar los derechos de los interesados (comprador y terceros), dado que falta la intervención judicial, nos da la sensación de que la Dirección se dispone a mostrarse rigurosa con los términos en que se había autorizado el acta notarial para la resolución de la venta. Más adelante se ve que la intención era la contraria.

El considerando tercero centra el recurso en la duda notificación-requerimiento, excluyendo, por subsanados, los otros dos defectos, y afirma que no cabe entrar en los prolijos y complejos problemas que el caso concreto ofrece en cuanto no se incluyeron en la nota. Se refiere sin duda a la segregación, obra nueva, hipoteca y abundantes embargos de que fue

objeto la finca desde la venta a la resolución, que, como justificación de su calificación, expone el Registrador en el informe con gran detalle, pero que no mencionó nada en la nota. Aun teniendo en cuenta la doctrina de la resolución de 3 de junio de 1961 (4) y del artículo 175, regla sexta, apartado segundo, del Reglamento, no cabe duda de que la extraña historia de la finca posterior a la venta con pacto de *lex commissoria*, sin que nadie se acordara de ésta, no debió dejar de valorarse, y especialmente los embargos a favor de la Sociedad vendedora, vencido el plazo de pago del precio, que parecen derivar de reclamaciones judiciales que incluían el precio de las ventas, cosa que, de ser así, nos conduciría al problema de si existiendo reclamación judicial del pago del precio cabe ya la notificación notarial de resolución.

En los considerandos cuarto al sexto la Dirección reconoce que la doctrina dominante diferencia por su objeto las actas de notificación y las de requerimiento, y entiende que las segundas intiman a un comportamiento del requerido; pero de la normativa vigente deduce que su regulación es idéntica (aun habida cuenta de su evolución histórica: reformas de 1935, 1944 y 1967) y no proceden las diferenciaciones que pretende el Registrador. Estima, por el contrario, que el artículo 203 del Reglamento Notarial es complementario del 202 y hay que acudir a él, tanto tratándose de notificaciones como de requerimientos, en los supuestos que prevé, cuando por las circunstancias que indica no se ha podido cumplir el sistema del 202 (5).

Partiendo de esta postura de no diferenciar entre actas de notificación y de requerimiento y, lo que es más grave, de despreocuparse de la contestación del requerido en los supuestos del artículo 203 del Reglamento Notarial, la cuestión estaba decidida. Sólo faltaba que el séptimo considerando trajese a colación la que se dice reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el requerimiento exigido por el artículo 1.504 del Código Civil, y que el octavo y último sustrajese de la calificación registral el contenido y las formalidades del documento de cédula (porque debe presuponerse expedido con las legales), para que quedase establecida una doctrina tan benévola para las resoluciones de compraventa «ex artículo 1.504» y tan favorable para la parte vendedora, normalmente la fuerte, que con todos los respetos la estimo en general peligrosa, por muy ajustada a la equidad que haya podido resultar para el caso concreto.

d) *El vistos* relaciona solamente dos resoluciones de la Dirección y ninguna de ellas se refiere directamente al problema debatido:

— *La resolución de 8 de enero de 1921* trató del documento idóneo para hacer constar en el Registro el pago de un precio aplazado de una compraventa en la que se dejaba afecta la finca a dicho pago y se pactaba que

(4) Ver más adelante una breve referencia a esta Resolución.

(5) No cabe entrar en el complicado Derecho comparado sobre las diferencias entre notificaciones y requerimiento y relacionarlas con la variada mecánica del derecho potestativo de resolución, pero sí diremos que tales diferencias son fundamentales, y así, por ejemplo, cuando ENNECERUS estudia los actos semejantes a los negocios jurídicos (que con los actos reales y los contrarios a Derecho agotan el grupo de los Actos jurídicos *sensu stricto* o actos de Derecho en la clasificación germánica de los actos jurídicos en sentido amplio) clasifica tales actos semejantes a los negocios en exteriorizaciones de voluntad parecidas a los negocios (reclamaciones, requerimientos de pago, fijaciones de plazo, etc.) y exteriorizaciones de una representación o idea (notificaciones). El requerimiento del 1.504 es, sin duda, una exteriorización de voluntad, lo que no impide que tal voluntad pueda o deba ser compleja: decisión de resolver si no se paga en el acto o bien requerimiento de pago con apercibimiento de resolución si no se paga en el acto.

éste se haría constar en el Registro por acta notarial. El Registrador denejó por no considerar el acta notarial título apropiado para inscribir una relación consensual cancelatoria, que debe consignarse en escritura. Del cuarto considerando resulta, aunque en el recurso no se destaca mucho este punto, que comparecieron ambas partes y el acta contenía fe de conocimiento. El Notario recurrente entendió que la entrega del precio es única y exclusivamente un hecho que ha de acreditarse por acta, y alegó que no cabía rechazar ésta después de haber inscrito el pacto en el que se estipuló la constancia del pago por acta notarial. El Presidente de la Audiencia estimó que, aunque el acta no es documento bastante en general para la constancia del pago y la cancelación de la afección real, sí lo era en el caso concreto por virtud del pacto de la escritura de venta. La Dirección, después de negar que sean verdaderas condiciones las estipulaciones relativas a prestaciones esenciales del contrato y de destacar cómo el pago se reviste de requisitos extraordinarios de capacidad y forma cuando ha de ir acompañado de la cancelación de un derecho real inscrito, considerando que constaba en el Registro que los pagos se autenticarían por acta y que la mención registrada tiene naturaleza que oscila entre la hipoteca, la acción rescisoria y la obligación con fuerza real, estima que el acta presentada era documento suficiente para hacer constar el pago. La resolución ayuda poco a resolver nuestro caso, pues versa sobre el supuesto contrario (pago del precio que cancela la afección real) y además es anterior a la reforma de 1944-46, que ha obligado a diferenciar más la resolución por impago, según haya o no facultad resolutoria expresa.

— *La resolución de 1 de abril de 1965* trató de la notificación al arrendatario de una casa, de la venta de la misma a los efectos del retracto arrendaticio, notificación hecha por el Notario autorizante de la venta por correo certificado con acuse de recibo, conforme al artículo 202 del Reglamento Notarial. La Dirección, revocando la nota y el auto presidencial, estima suficiente el acta notarial presentada, por los inconvenientes—entre ellos el encarecimiento—que tendría el realizarse las notificaciones fehacientes exigidas por la Ley de Arrendamientos Urbanos con inmediatez del notificado ante el Notario, por lo cual la práctica notarial utiliza la remisión de la cédula de notificación que no tenga carácter requisitorio (art. 202, 3.º, hoy 4.º, del Reglamento Notarial), por medio de cédula o copia remitida por correo certificado con acuse de recibo, teniendo en cuenta también que el empleado de Correos ha de dar cumplimiento a su Reglamento. Afirma también que la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando habla de notificaciones fehacientes, no entiende que necesariamente hayan de hacerse inmediatamente a la persona notificada, pues esto no sería posible en la mayoría de los casos, incluso sin conducta maliciosa del requerido, sino que pretende que se adopten las medidas que prudencialmente sean necesarias para que llegue a su poder, y por eso el artículo 202 señala con quién han de entenderse las diligencias si no se encuentra el notificado en el domicilio señalado, y el Reglamento de Correos, a quién puede entregarse la carta certificada y acusar recibo de ella, sea o no el notificado, y también la Ley de Procedimiento Administrativo con norma similar al Reglamento Notarial.

Como vemos, ninguna de las dos resoluciones citadas en el visto aportan doctrina aprovechable para resolver el recurso.

El vistos ha omitido, en cambio, toda referencia a las abundantes resoluciones dedicadas a dirimir el agotador enfrentamiento de varios Notarios de Madrid con el Registrador del número 2 (señor Reza). No obstante, en cierto sentido todas estas resoluciones guardan estrecha relación con el tema de la comentada, porque si bien directamente sólo decidieron sobre las fórmulas necesarias y suficientes para que una cláusula de resolución por impago del precio surta efecto en perjuicio de tercero, por darse a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita (6); indirectamente—y sobre todo por los comentarios de que fueron objeto las mismas por BUENAVENTURA CAMY en la *Regista de Derecho Privado* y la réplica de A. MARTÍNEZ SARRIÓN en la misma revista—, estas resoluciones vinieron implícitamente a consagrar las diversas modalidades de cláusulas resolutorias por impago en las que se concede, en beneficio del comprador, la posibilidad de pagar aun después del requerimiento, bien en el plazo de dos días del Reglamento Notarial, bien en plazos más dilatados fijados de antemano en la cláusula o dejados a la voluntad del comprador en el acto mismo del requerimiento de pago. Contra esta posibilidad se alzó CAMY en su comentario a la resolución de 13 de junio de 1962, afirmando que se había escamoteado en ella la cuestión principal que verdaderamente impedía la inscripción de la cláusula de la escritura del señor Vallet y que consistía en la imposibilidad de que se pueda establecer una resolución *ex lex commissoria* conforme al artículo 1.504, permitiendo el pago en el momento del acta notarial, e incluso en el período de dos días del Reglamento Notarial para contestar. Esta posición de CAMY, que apoya

(6) La historia de la agotadora polémica sobre las condiciones expresas y explícitas resumida es así. Se inicia con la calificación que dio lugar a la *Resolución de 3 de junio de 1961*. En base a una venta (escritura del señor Jiménez Arnáiz) en la que se estipuló que la falta de pago de cualquiera de las letras emitidas (por el precio en parte aplazado) daría lugar de pleno derecho a la resolución del contrato, se hizo por el vendedor el acta de requerimiento del artículo 1.504, declarándole resuelto. El Registrador admitió la reinscripción a favor del vendedor, pero suspendió la cancelación de una hipoteca constituida por el comprador por no acreditarse la consignación del artículo 175, regla 6ª, del Reglamento Hipotecario v denegando la cancelación de unos embargos trabados contra el comprador también en el tiempo intermedio por no mediar mandamiento judicial. El Presidente de la Audiencia dio la razón al Registrador, pero la Dirección, aunque está conforme con la suspensión de la cancelación de hipoteca, estima innecesario, por superfluo y dilatorio, el mandamiento de cancelación de los embargos.

Las restantes resoluciones de la polémica versan sobre si la cláusula de resolución del respectivo caso debía surtir efectos en perjuicio de terceros o no. En la de 13 de junio de 1962 (escritura del señor Vallet) el Registrador tenía parte de razón. La cláusula podía interpretarse como mero recordatorio del artículo 1.124, aunque se establecía la pena convencional de retención de lo percibido y se admitía el pago fuera de plazo hasta terminado el plazo reglamentario del acta notarial.

En la de 18 de junio de 1962 (escritura del señor G. Palomino) la venta se sometía a la condición resolutoria del impago de las letras, bastando para acreditarla con su protesto que operaría de pleno derecho desde los quince días siguientes sin otra intimación.

La de 27 de septiembre de 1962 (escritura del señor Pelayo Horc) versó sobre una cláusula más larga y detallada. Aunque comenzaba con la opción entre exigir el pago o la resolución de la venta por la falta de pago de dos plazos consecutivos, después, para el caso de optar por la resolución, se preveía un acta de requerimiento de pago, y si de ella no constaba haberse consignado el pago, treinta días hábiles después, se puede con ella obtener la reinscripción, pues la «referida falta de pago queda pactada expresamente como condición resolutoria de pleno derecho».

En el año 1963 (16, 23 y 29 de diciembre) nos encontramos aún tres más (tres escrituras del señor Sanz), en las que, por el contrario, la cláusula es breve, nada se dice de condición resolutoria, pero se habla de resolución de pleno derecho y se hace expresa referencia al artículo 1.504 del Código y 59 del Reglamento Hipotecario.

Como puede suponerse, las notas de calificación y los informes del Registrador del número 2 de Madrid varían mucho ante tal variación de cláusulas. La Dirección, en cambio, se cansó pronto de matizaciones y sutilezas, y en casi todas se conforma con un considerando en que estima, acaso con excesivo simplismo y exagerada generosidad que cualesquiera que sean los términos empleados será la cláusula inscribible y eficaz respecto de terceros, siempre que resulte configurado el impago como condición resolutoria.

La Resolución de 9 de junio de 1910 rechazó en una escritura de hipoteca el pacto de venta extrajudicial estipulando que el deudor debe darse por requerido para el pago desde ahora para después de vencido el plazo.

en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y lleva a sus últimas consecuencias la tesis de la notificación excluyente del pago en el acto, y todo ello con carácter de *jus cogens*, fue reiterada, acomodándola a las circunstancias de cada cláusula, en sus comentarios a las siguientes resoluciones sobre lo mismo de 1962 y 1963 (7). Damos por conocidos sus argumentos, así como la, también en ciertos aspectos extremosa, reacción de A. MARTÍNEZ SARRIÓN en la misma revista donde se publicaron los comentarios de CAMY (8).

Creo que sería absurdo tratar de insistir en la vieja y manoseada cuestión de la condición resolutoria del impago del precio, que no puede ser verdadera condición y de su correcta formulación para que sea inscribible y *erga omnes* (9), pero también creo que no debe estimarse dicha la última palabra en la cuestión conexas de las modalizaciones convencionales permisibles de la *lex commissoria*, que vengan a despejar las dudas sobre la interpretación del artículo 1.504 y de cuál es la naturaleza del requerimiento de dicho precepto cuando la cláusula escrituraria no la haya aclarado.

d) *La jurisprudencia*.—1. El considerando principal es el penúltimo, que recoge la que califica de copiosa y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que el requisito del artículo 1.504 tiene el valor de una intimación referida no al pago, sino a la notificación de la voluntad patente del vendedor de que el contrato quede resuelto. No cabe negar que son varias las sentencias que con ligeras variantes recogen en algún considerando la doctrina según la cual el requerimiento de dicho artículo, por su fin, tiene el valor de una intimación concreta que no se refiere al pago, sino a que se allane el comprador a la resolución y se abstenga de poner obstáculos a la misma. No obstante, creo que la jurisprudencia no debe estimarse tan copiosa y uniforme como parece. La larga lista del vistos, que casi coincide totalmente con las reseñadas en el fundamental trabajo de ADRADOS, no quiere decir que todas las sentencias sean unívocas, y estimamos que no pueden ser catalogadas como uniformes en el sentido expresado, prescindiendo de sus fallos y del supuesto concreto. Así, por ejemplo, la que ADRADOS destaca como muy interesante, la de 30 de mayo de 1942, que recoge el expresado considerando de la de 3 de julio de 1917 (ROCA cita otra anterior de 7 de julio de 1911), y que dice que el fin del requerimiento es obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido; si se tiene en cuenta su fallo, no es completamente seguro que consagre la tesis de la mera notificación, porque, prescindiendo de que el requerimiento se practicó judicialmente, termina por decidir que no procedía resolver por estimarse insuficiente para ello el requerimiento hecho al comprador instándole a que en «el acto satisficiera la parte de precio no pagada .. con el apercibimiento legal correspondiente», excluyendo el Tribunal Supremo la resolución por no declararse expresamente la voluntad de resolver y porque los términos empleados implican, inicialmente al menos, la voluntad de cobrar y no de resolver. Por ello, no creo completamente lógico deducir de las sentencias rechazando la resolución

(7) BUENAVENTURA CAMY: Comentarios a las resoluciones reseñadas en la nota anterior en *Revista de Derecho Privado*, 1962, págs. 681 y 913; 1963, pág. 90, etc.

(8) A. MARTÍNEZ SARRIÓN: «Repercusiones prácticas de escrituras notariales II. Las condiciones resolutorias expresas o explícitas», *Revista de Derecho Privado*, 1964, págs. 180 y ss.

(9) También resultaría trasnochado el intento de diseñar las implicaciones fiscales que merodeaban en torno al problema sustantivo y registral.

por entender que hubo un simple requerimiento de pago, algo que es casi lo contrario: el que baste una notificación de la voluntad de resolver para impedir el pago en el acto mismo, e incluso para impedir cualquier alegación referida al pago o al impago.

También la sentencia de 11 de noviembre de 1943 reitera la doctrina de las anteriores y afirma que el fin del requerimiento es obstar al pago tardío. Las de 1 de mayo de 1946 y 9 de marzo de 1950 también exigen que exista una manifestación auténtica que haga patente la decisión del vendedor de optar por la resolución, pero ambas estiman el impago como presupuesto básico de la resolución. La de 28 de enero de 1948 también afirma que el requerimiento del artículo 1.504 tiene la finalidad de obtener que el comprador se allane a dar por resuelto el contrato. La sentencia de 30 de diciembre de 1955, adhiriéndose excesivamente al *dies adjectus interpelat*, dice también que el fin del requerimiento es obstar formalmente al pago hecho fuera del término, pero la cuestión principal era si cabía ir directamente a una demanda judicial de resolución sin efectuar el requerimiento del artículo 1.504, resolviéndose que éste es diferente y debe ser previo a la demanda, ya que constituye antecedente de la disolución del vínculo contractual. Denegar la resolución por faltar el requerimiento del artículo 1.504 no presupone nada sobre el correcto formulario y contenido de dicho requerimiento, cualesquiera que sean los óbites, dicta de los considerandos.

El vistos no recoge una sentencia, la de 8 de julio de 1933, que sienta la doctrina más extremosa a favor de la resolución contra los intentos de pago por el comprador, pues llega a admitir que pueda hacerse la notificación de resolución aun después de haber sido emplazado el vendedor de la demanda del comprador dirigida a obtener el otorgamiento de la escritura y a que se le cobrase el precio, si bien antes de la contestación y reconvencción del vendedor que obtuvo la resolución en base a la reconvencción. Creemos que esta sentencia no ha sido recogida en el vistos precisamente porque prueba la falta de equidad a la que puede conducir la tesis de la notificación llevada a sus últimas consecuencias contra el comprador (10).

2. Otras sentencias del vistos, que también encontramos recogidas en el trabajo de ADRADOS, hacen referencia a la forma de realización externa de la actuación notarial. Pero en su cita va implícita cierta reticencia porque induce a pensar que el Tribunal Supremo dijo expresamente que está ajustada a las disposiciones legales la notificación-requerimiento he-

(10) En el caso de esta sentencia el comprador parecía estar dispuesto a pagar contra el otorgamiento de la escritura, cosa bastante razonable, pero para su desgracia la tendencia a concebir la resolución de pleno derecho (*lex commissoria*) en el sentido tradicional anterior al Código Civil (artículo 1.504) se vino a complicar con los lamentables hábitos jurídicos, en parte doctrinalmente acogidos, de minusvalorar el momento de formalización notarial de la venta, no sólo en cuanto a los efectos traslativos, sino también en cuanto a los de cumplimiento de la obligación del vendedor.

Prescindiendo de las especiales circunstancias que pudieran concurrir en el caso, esta Sentencia de 8 de julio de 1933 demuestra que la tesis de la pura notificación obstativa del pago, aun en el acto mismo, interpreta el artículo 1.504 tan en contra de los intereses del comprador dispuesto a pagar, que parece descansar en una presunción de mala fe en los compradores que recuerda el, con menos razón, criticado final del artículo 1.584 del Código (el amo será creído sobre el pago de los salarios del año).

La Sentencia de 6 de julio de 1949 estimó ineficaz el requerimiento de pago de una cantidad inexacta porque siendo la causa de la resolución la falta de pago de una parte del precio, no puede desligarse la resolución de que sea o no exacta la cantidad que se reclama. Y demuestra que una notificación sin posibilidad de contestación hubiese conducido en opinión del Tribunal Supremo a una resolución injusta.

cha por cédula entregada a vecinos por encontrarse cerrada la puerta y no contestarse a las repetidas llamadas (sentencia de 30 de octubre de 1932) y que admitió expresamente el requerimiento por carta certificada con la garantía de la fe notarial de su texto y dirección (sentencia de 23 de septiembre de 1959. Lo cierto es que, según reconoce el propio ADRADOS, ambas tolerancias provenían de pronunciamientos de los respectivos Tribunales de instancia en los que el de casación no tuvo ocasión de entrar.

3. Por otro lado encontramos las sentencias, no citadas en el vistos, que hacen referencia al impago como presupuesto básico de la resolución. Así, MULLERAT BALMAÑA (11) reseña aquellas que han destacado esto (sentencias de 1 de mayo de 1946, 30 de octubre de 1956 y 9 de febrero de 1950) y las que han venido a sentar la doctrina de que, en principio, el impago ha de ser resultado de una conducta culposa por negligencia más o menos grave (sentencias de 9 de julio y 24 de octubre de 1941, 5 de junio de 1944 y 20 de octubre de 1964) en la que exista una voluntad decididamente rebelde (sentencia de 1 de febrero de 1967), voluntad deliberadamente rebelde patentemente demostrada de modo indubitado (sentencias de 2 de enero de 1961 y 1 de febrero de 1967). No obstante, MULLERAT, siguiendo a PINTÓ (12), entiende que esta jurisprudencia no quiere decir que no quepa resolver cuando el cumplimiento se hace imposible por la conducta del comprador, con independencia de que exista o no culpabilidad en la imposibilidad del cumplimiento.

4. Muchas sentencias del Tribunal Supremo posteriores al trabajo de ADRADOS no sólo desvirtúan de hecho la tesis de la notificación, sino que en ocasiones, incurriendo en la extremosidad contraria, parecen conducir a la ineficacia del pacto de *lex commissoria*. Reseñamos algunas al azar.

La sentencia de 25 de octubre de 1969 considera ineficaz la aplicación del invocado artículo 1.504, no obstante haber habido requerimiento de resolución, porque reiterada doctrina de la Sala relaciona dicho precepto con el 1.124, que requiere que exista por parte del comprador calificado de incumplidor «una voluntad deliberada y rebelde que se oponga al cumplimiento de sus obligaciones.

En la sentencia de 23 de abril de 1975 el Tribunal Supremo confirma sentencias de instancia desestimatorias de la resolución, diciendo que los artículos 1.124 y 1.504 exigen una voluntad rebelde en el comprador cuya apreciación corresponde al Tribunal de instancia (sentencias de 23 de septiembre de 1959, 20 de octubre de 1964, 1 de febrero de 1967, 24 de junio de 1968, 31 de octubre de 1968 y 3 de junio de 1970), no bastando con la previa declaración de la voluntad del vendedor, expresada en forma auténtica judicial o notarial recepticia para el comprador, de tener por resuelto el vínculo.

(11) *Obra citada*. MULLERAT BALMAÑA considera que la excepcional ventaja que concede al comprador el artículo 1.504 representa una triple excepción al *dies adiectus interpellat*, que a su vez es excepción en el artículo 1.100, 1.º, del Código (Sentencia de 9-11-44), al principio de la *lex commissoria* general del artículo 1.124, señalando aquí las diferencias entre ambos preceptos (Sentencias de 30-5-42 y 5-6-44), y al principio *pacta sunt servanda* (Sentencias de 30-12-55 y 1-5-46). Para MULLERAT la normativa del artículo 1.504 vale tanto para el pacto comisorio expreso como para el tácito, como demuestran sus palabras iniciales «Aun cuando». Para nuestro fin la importancia del trabajo de MULLERAT estriba en la equilibrada ponderación de los dos elementos o requisitos de la resolución: el impago y el requerimiento. No obstante, en cuanto al requisito del requerimiento termina también por bordear los excesos de la tesis de la notificación de resolución pura y simple.

(12) PINTÓ «En torno a la llamada condición resolutoria tácita», *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-agosto de 1953, págs. 438 y ss. Ver también JORDANO «Comentario a la Sentencia de 9 de junio de 1950», *Anuario de Derecho Civil*.

La sentencia de 12 de mayo de 1977 afirma que a los efectos del artículo 1.504 se debe acreditar que el comprador demandado fue requerido de pago y notificado de la resolución del contrato por la que el vendedor optaba. Y la de 25 de junio del mismo año dice que el 1.504, y no sólo el 1.124, exige que quede patentizada una rebelde voluntad de incumplimiento, y además concede carácter requisitorio al requerimiento de aquel precepto en relación con el artículo 202, párrafo último, del Reglamento Notarial para rechazar la fórmula de la carta por correo certificado con solicitud de acuse de recibo, aunque sea por conducto notarial, porque el carácter requisitorio del requerimiento es revelador por su propia esencia de su efectividad pasiva.

La sentencia de 22 de octubre de 1977 (que casa la sentencia de la Audiencia que había revocado la del Juzgado desestimatoria de la resolución) exige que el incumplimiento del comprador sea total e imputable y que se evidencie una voluntad deliberadamente rebelde, exigencias incrementadas cuando, conforme al 1.504, hay que dar cumplimiento al requisito de adecuado requerimiento (sentencias de 9 de junio de 1950, 6 de julio de 1952, 28 de febrero de 1958, 28 de noviembre de 1961, etc., y 30 de diciembre de 1955, 30 de octubre de 1956, 11 de marzo de 1959, 23 de septiembre de 1959, etc.). Y añade que no basta para la resolución que ésta se haya pactado de pleno derecho, pues el no supeditar la resolución a la previa apreciación del incumplimiento conduce al absurdo de impedir al supuesto incumplidor desvirtuar esa acusación y singularmente impedirle acreditar que el incumplimiento no le es imputable, como exige la jurisprudencia (sentencias de 9 de julio de 1941, 24 de octubre de 1941 y 11 de marzo de 1959).

La sentencia de 14 de abril de 1978 insiste en que los artículos 1.124 y 1.504 se complementan y niega la resolución por no haberse justificado la voluntad deliberadamente rebelde del comprador a pagar el precio aplazado. Y la de 20 de octubre de 1978 rechaza la resolución porque en el acto de conciliación se indicaba cantidad distinta, y, en fin, la de 22 de diciembre de 1978 afirma que el *requerimiento* del artículo 1.504 debe ser hecho en forma recepticia para el comprador y que dicho artículo tiene por finalidad evitar resoluciones y procurar firmeza y seguridad a la contratación, y que el impago es elemento básico al que se une el otro elemento consistente en la declaración resolutoria.

Como vemos, en ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina ya peligrosamente a la total identificación entre la resolución «ex artículo 1.124» y la resolución «ex artículo 1.504». Por ello creo conveniente llegar a la lógica postura intermedia que luego expondremos. Todo antes que caer en la solución que apuntaba LA RICA, y que conduciría una vez más a la inexactitud registral buscada por el ordenamiento mismo y consistente en que la reinscripción registral a favor del vendedor fuese muy sencilla, pero la cuestión sustantiva de la resolución, recobro del dominio y de la posesión, estuviera relegada a un procedimiento judicial en todo caso y prescindiendo totalmente del pacto de *lex commissoria* y de su efectación notarial.

5. Conviene también destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo deriva de sentencias de casación dictadas después de largo proceso en el que resultarán sobradamente probados, con intervención de las dos partes, el impago en plazo y sus circunstancias, los intentos o intenciones

de pago por el comprador para evitar la resolución y la interpretación de cada parte de la coordinación entre la cláusula de resolución y los términos en que haya sido hecho el requerimiento notarial o judicial. En cambio, el Registrador no tiene prueba alguna de todo esto si el acta notarial no se lo proporciona en cuanto posible. Por ello las actas notariales de resolución no deben ser de simple referencia de la voluntad de resolver del vendedor, porque éste no tiene facultad de resolver más que en el caso de impago en plazo o hasta el requerimiento, y si bien el mecanismo resolutorio no puede montarse de forma que el comprador pueda conseguir nuevas demoras no queridas por el vendedor, tampoco puede serlo de forma que el comprador dispuesto a pagar, o que ha pagado, resulte privado de la garantía registral e incluso de su dominio (si se descuida) por una conducta dolosa o culposa de su vendedor.

e) *El Reglamento Hipotecario*.—El artículo 59 del Reglamento Hipotecario de 1947, que habla de notificación, se esgrime también en apoyo de la tesis de que ni hay requerimiento de pago ni cabe pagar en el acto mismo de la notificación contra la voluntad del vendedor. Pero LA RICA, en sus comentarios, nos demuestra que la reforma en la que se sustituye la palabra requerimiento por la de notificación acaso fue un tanto precipitada, si nos fijados en sus menguadas explicaciones de la reforma y el poco convencimiento con el que se opone a las opiniones adversas al pacto comisorio automático, ya que alega que el artículo 59 sólo alude a la revocación registral, pero no prejuzga la efectiva (entrega de la finca), que quedará sometida a la resolución judicial, y termina recordando que la posición del comprador aún poseedor no es tan lamentable como se dice (13).

f) *La doctrina*.—El problema de nuestro caso no es nuevo, y uno de sus episodios doctrinales más significativos lo encontramos en el enfrentamiento de las tesis de IRURZUM y ROVIRA JAÉN. Aun partiendo ambos del Manresa, llegan a interrogantes distintas y casi contrapuestas. El primero encuentra paradójico requerir de pago precisamente para impedirle al comprador pagar y fundar en tal requerimiento la resolución con negativa a cobrar. El segundo, encontrando absurdo que el vendedor pueda resolver sin acreditarse el supuesto de hecho fundamental de la resolución que es el impago, mantiene que existe a la vez un requerimiento y una notificación y que ambas cosas son necesarias. La tesis de ROVIRA parte de una distinción acaso discutible: la de que el artículo 1.504 es correcto al hablar de requerimiento, puesto que refleja el aspecto civil del problema (acreditar el hecho del impago), y que el artículo 59 del Reglamento también lo es, al hablar de notificación, refiriéndose al aspecto registral en el que la voluntad de resolver del vendedor es básica para que el Registrador practique el asiento de cancelación-reinscripción a favor del mismo.

Pero si esta separación del aspecto sustantivo del registral es discutible, creo fundamental el acierto de ROVIRA en que, siendo imprescindibles tanto el impago como la voluntad de resolver, lo lógico o al menos lo ideal será que el acta notarial sea a la vez de notificación de la decisión de resolver condicionada al impago en el acto, si no se concede mayor dila-

(13) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL. *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1949, páginas 93 a 95.

ción; y de requerimiento de pago en el acto con apercibimiento de resolución sin necesidad de más notificación ni requerimiento.

Por otro lado, la tesis de IRURZUM y de todos los defensores de la pura y simple notificación de resolución, sin posibilidad de admitir el pago ni siquiera en un mismo acto de notificación, se aproxima tanto a la dureza del pacto de resolución sin requerimiento (resolución *sans sommation*, tan restringidamente admitida por la doctrina francesa y rechazada por la jurisprudencia española) que, comparándolos en la realidad práctica de los hechos, apenas quedan separados por minutos o segundos. No es pura fantasía imaginar al comprador tratando de localizar al vendedor para pagarle, mientras éste busca a aquél para resolver.

El trabajo de RODRÍGUEZ ADRADOS fue fundamental para adentrarse en los entresijos de los principales problemas de la *lex commissoria* del artículo 1.504. Supongo que aún lo sigue siendo, y su gran impacto ha tenido necesariamente que influir no sólo en el expurgo de jurisprudencia del vistos de la Resolución, sino en sus orientaciones básicas (14).

RODRÍGUEZ ADRADOS, a pesar de que nuestro artículo 1.504 coincide literalmente con el 1.656 del Code, y no obstante reconocer que son normas sustancialmente idénticas, cree que pueden ser objeto de interpretaciones contrarias en razón a derivar de contextos históricos también contrarios. El precepto francés es una reacción contra la excesiva dulcificación que la jurisprudencia francesa había hecho del rigorismo de la *lex commissoria* al introducir en ésta criterios de la resolución legal por incumplimiento; por el contrario, nuestro 1.504 vino a romper una tradición legal y doctrinal que mantenía la cláusula de revocación por impago del precio dentro de los rigurosos términos de la *lex commissoria* romana.

En realidad ADRADOS destaca la divergencia de antecedentes históricos de ambos preceptos con la intención de mantener soluciones diferentes a las dadas por la doctrina dominante francesa en algunos puntos concretos, y en especial en el de si el requerimiento del vendedor es en todo caso notificación de resolución o si en principio debe ser requerimiento de pago que no impide éste en el acto mismo, o dentro de un corto plazo fijado en el contrato, en el requerimiento mismo o por el uso y la equidad. También se trata de determinar, en sentido contrario, la validez del pacto de resolución sin requerimiento, problema que también presenta una doble faceta, pues a la cuestión de si tal pacto quita al vendedor el derecho de opción entre resolución y reclamación del pago una vez transcurrido el plazo, se añade la de si desde el punto de vista del comprador le impide pagar después del vencimiento o es de orden público la existencia de un requerimiento de pago previo a la resolución.

(14) Aunque ROCA no es en este punto tan claro como acostumbra, parece opinar: a) Que la jurisprudencia se inclina a que el requerimiento del artículo 1.504 es mera notificación de la resolución que prohíbe al comprador pagar incluso en el acto mismo de la notificación; b) que cabe hacer en el acta notarial un requerimiento de pago unido a una notificación de la decisión de resolver si no se paga en un plazo que se determine; c) que en la venta se puede pactar 1, el requerimiento de pago dentro de un plazo superior a los dos días laborables que determina el artículo 200 del Reglamento Notarial, o bien supletoriamente en este plazo de dos días, 2, que sea notificación, de manera que una vez efectuada ésta el deudor ya no puede pagar; 3, la necesidad de requerimiento de pago dentro de cierto plazo, que es lo que viene haciéndose en muchos casos, y d) que no es admisible, por ser de *jus cogens* el artículo 1.504, el pacto de resolución sin notificación ni requerimiento, a pesar de la Sentencia de 10 de diciembre de 1910. En efecto, la Sentencia de 16 de octubre de 1961 lo determina así, siguiendo a las de 28 de enero y 9 de noviembre de 1944, 1 de mayo de 1946, 30 de diciembre de 1955 y de 30 de octubre de 1956. Estas sentencias no declaran inválido el pacto de resolver sin notificación-requerimiento, sino que imponen la necesidad de que haya tal notificación o requerimiento, en todo caso, pero la consecuencia es la misma.

Pero aunque ADRADOS pretende deducir de los contrarios antecedentes de los artículos 1.656 del Code y 1.504 de nuestro Código—normas sustancialmente idénticas—un sentido distinto que conduzca a interpretarles de forma diferente, luego termina por llegar a soluciones casi idénticas a las de la doctrina dominante francesa en lo referente a la posibilidad de que el comprador pague en el mismo momento del requerimiento e incluso en un corto plazo posterior. En lo que sí llega aparentemente a soluciones diferentes a la doctrina francesa es en la cuestión de la resolución sin requerimiento, que termina por rechazar. No obstante, si nos atenemos a la tesis de la notificación pura y simple, resultará que nuestra cláusula usual de *lex commissoria*, conforme al artículo 1.504, en realidad lleva incluida una subcláusula de resolución sin requerimiento.

ADRADOS, después de una amplia y completa reseña de doctrina y jurisprudencia extranjera y española y de analizar el enfrentamiento de los partidarios de la notificación de la decisión de resolver con los partidarios del requerimiento de pago con apercibimiento de resolución *ipso facto* en caso de impago, dice que los primeros no admiten el pago ulterior, pero pareciéndoles dura su postura suelen admitir el pago en el acto mismo del requerimiento (BAUDRY-LACANTINERIE Y SAIGNAT, que dice que efectuándose el pago en el mismo momento de poner en mora no se ha estado un solo instante en retraso). Esta es la opinión de ADRADOS, conforme con la de SAPENA, y dice que por razón de equidad, por el principio de conservación del contrato y por el de *favor debitoris* debe admitirse el pago en el momento mismo del requerimiento e incluso en los dos días laborables que el Reglamento Notarial establece para contestar a todo requerimiento, que no es un término de gracia (que resultaría impedido por el artículo 1.504), sino el tiempo estimado legalmente necesario para igualar al requerido ausente, en el momento de la diligencia inicial, con el presente y en cierto modo con el requirente que ha podido meditar y asesorarse.

Como vemos, la posición de ADRADOS no es totalmente coherente. Por un lado, expone y se somete totalmente al criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo e incluso la refleja en las sentencias más orientadas a la notificación obstativa del pago, y, en esta dirección, dice textualmente que la teoría del requerimiento de pago no puede defenderse actualmente. Pero, por otro lado, desinfla el globo de la tesis de la mera notificación, al propugnar la aplicación de la medida con la que queda planteado el problema en BAUDRY, en SAIGNAT y en SAPENA, medida que conduce, igual que la práctica frecuente, a admitir el pago en el acto del requerimiento e incluso en los dos días laborables posteriores que el Reglamento Notarial establece para contestar al requerimiento. La consecuencia de todo esto sería que el 1.504 establece un requerimiento de pago en el acto, so pena de resolución también en el acto, teniendo en cuenta que este acto de requerimiento-notificación se desarrolla por razones de equidad durante los dos días del Reglamento Notarial (15).

(15) Ni es ocasión ésta ni resulta fácil hacer la crítica de algunas afirmaciones de ADRADOS en su trabajo, referentes a las legislaciones extranjeras, con ocasión de situar la naturaleza jurídica de la resolución derivada del pacto comisorio entre la de una verdadera condición resolutoria y la del artículo 1.124. Pero en cuanto al Derecho francés no creo conveniente en ningún aspecto abultar artificialmente las diferencias entre los artículos 1.184 y 1.656 del Code y los artículos 1.124 y 1.504 de nuestro Código. Y en cuanto al Derecho alemán no es bueno disimular el carácter personal que, en general, tiene la facultad resolutoria por el incumplimiento de la otra parte, que en el caso concreto de resolución de las ventas de fincas se refuerza con la prohibición de someter a condición la

PLANIOL, estudiando el pacto comisorio previsto en el artículo 1.656 del *Code*, dice que su efecto esencial es suprimir la intervención del Juez y estima que las condiciones en las que se incurre en la resolución no podrán ser modificadas por severas que parezcan. En tanto que el vendedor no haya puesto al comprador en mora por un requerimiento (*sommaton*) éste puede pagar incluso después de la expiración del plazo. El requerimiento notarial (*sommaton*) del 1.656 puede ser reemplazado por una demanda judicial, según la Jurisprudencia. El requerimiento es un requerimiento de pagar el precio que constituye al deudor en mora, también según la Jurisprudencia (16), aunque esta solución es combatida por algunos, como GOUILLOUAR, que cree que se trata de una declaración por la cual hace conocer la intención de hacer jugar el pacto comisorio. Ante estas dudas, PLANIOL aconseja que el contrato dé al comprador cierto plazo (ocho o quince días) para pagar sin que juegue la resolución, de manera que solamente si el comprador no ha pagado en este plazo la venta será resuelta. (En igual sentido BAUDRY y SAGNAT.) Por otra parte, el pacto comisorio no tiene más efecto que suprimir la intervención del Juez; no da derecho al vendedor a hacer resolver el contrato si el comprador consiente en pagar en el plazo y sin haberse asegurado de que el comprador rehúsa pagar.

Continúa PLANIOL diciendo que, sin embargo, se ha admitido que la regla del artículo 1.656 en cuanto exige un *requerimiento de pago inatendido*, no es de orden público y por ello es válido el convenio por el cual el comprador acepta que la resolución sea lograda por el vendedor por el solo hecho del transcurso del término estipulado sin requerimiento (*sommaton*) ninguno; pero estima que esta cláusula de resolución sin requerimiento no es admisible más que en el caso de que el pago deba ser hecho en el domicilio del vendedor. Si, por el contrario, el pago debe ser hecho en el domicilio del comprador es siempre necesario que el vendedor demuestre el impago, y lo normal es que sea por un requerimiento (*sommaton*) de pago como se constata tal impago (17).

g) En *conclusión*: La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina no es tan reiterada y uniforme sobre la cuestión del requerimiento del artículo 1.504 como a primera vista parece. Por ello no debe darse un valor absoluto a la resolución comentada para tener por definitivamente resuelto este aspecto de la actuación notarial y registral de la resolución *ex lex commissoria*.

Y con este comentario hemos pretendido:

a) Que la práctica notarial remate con éxito su tarea de perfilar las cláusulas de *lex commissoria* de manera que consigan superar con equidad las dificultades y dudas que el artículo 1.504 viene originando.

«Auflösung», de manera que el mecanismo de nuestra *lex commissoria* ha de funcionar a través de una «Vormerkung» del derecho personal a la retransmisión por impago del precio (*).

Por todo ello, creo que la interpretación de nuestro Código, si en algo ha de valerse del Derecho comparado, debe ser para aproximar nuestro Derecho al de las legislaciones latinas, y en lo que proceda apartarse de ellas, para alejarse lo más posible del dominio resoluble, cosa que al fin y al cabo era la tónica del Derecho romano.

(16) La Sentencia de 15 de diciembre de 1948 dice que la *sommaton* prevista en el artículo 1.656 es una *sommaton* a fin de pagar; una *assignation* a fin de resolver la venta no puede equivaler a aquel requerimiento de pago. Dejamos en el original las expresiones *sommaton* y *assignation* para no dar por prejuzgada la solución de la Jurisprudencia francesa a nuestro problema.

(17) PLANIOL-RIPERT. *Tratado práctico*, tomo X, 1ª parte, París, 1956, págs. 189-190. Al parecer están conformes con PLANIOL en todo esto: LAURENT, BAUDRY-LACANTINERIE y GOUILLARD.

(*) ENNECCERUS-LEHMANN *Derecho de Obligaciones* (trad. Pérez González y Alguer), Barcelona, 1944, pág. 102 y párrafo 83 del B G B. En el Código italiano ver los artículos 1.455, 1.456, 2.º, 1.458, 2.652, 1), y Disposición transitoria 165.

b) Que cuando la facultad resolutoria por impago del precio aplazado no haya sido reservada con cláusula especialmente matizada, sino en términos simples generales o de mera remisión al precepto legal (y reglamentario), se estime como solución más razonable el considerar el requerimiento a que se refiere el Código Civil como un acta notarial mixta de notificación y requerimiento: requerimiento de pago en el acto y notificación de la decisión y voluntad de resolver si tal pago en el acto no se realiza, o si se prefiere y es lo mismo, notificación de la decisión de resolver si el pago no se realiza en el mismo acto de la notificación-requerimiento.

Como tal requerimiento-notificación debe referirse a la actitud del comprador requerido-notificado estaría sometido al artículo 204 del Reglamento Notarial, contando, pues, el comprador con los dos días laborables establecidos en este artículo para pagar, de tal manera que el Notario no daría por cerrada al acta hasta que transcurrido dicho palzo hubiera de terminarla, bien como carta de pago cancelatoria de la facultad resolutoria o bien como acta de resolución idónea para la práctica de las correspondientes operaciones registrales y título suficiente de la resolución. Innecesario decir que el Notario debe realizar así cierta jurisdicción voluntaria, calificando en cierto modo el comportamiento del titular de la facultad resolutoria y del obligado al pago.

Creo que concebido así el acta de requerimiento del artículo 1.504, con posibilidad de desembocar tanto en acta de resolución como en acta de pago y cancelación de la facultad resolutoria, resultan conjugados con equidad los intereses de vendedor y comprador, superadas las dificultades originadas por la interpretación del artículo 1.504 y eliminados los injustamente calificados de «remilgos» por ROCA de algún Registrador que pretende complicar la efectuación registral de la condición resolutoria (18).

Tal solución quedaría complementada, de un lado, con la prohibición de la cláusula de *lex commissoria* sin requerimiento (sin notificación-requerimiento) y la plena admisión de las cláusulas en las que se conceda plazo más largo para el pago, bien de antemano en el contrato de venta o bien en el mismo acto de requerimiento-notificación.

T. C. G.

(18) ROCA SASTRE: *Ob. cit.*, II, pág. 768 No es justo calificar de remilgos a las muy razonables resistencias a verificar inscripciones de resolución por impago cuando no resulta haberse dado oportunidad al comprador para hacer alegaciones sobre su cumplimiento o incumplimiento. No es justo dejar indefenso al comprador que de buena fe ha confiado en una moratoria verbal o que ve dificultada su disposición de pagar por una dolosa *mora accipiendi* del vendedor. No hay que olvidar tampoco que el derecho básico y originario del vendedor es cobrar y no resolver, y que al fin y al cabo el artículo 1.504 autoriza al comprador a pagar «*interim no haya sido requerido*», o sea entretanto que el requerimiento no se haya terminado de verificar y el Reglamento notarial nos determina cuando se inicia y cuando se termina un requerimiento.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

I. PARTE GENERAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

RETRACTO DE COLINDANTES SOBRE FINCA DE SUPERFICIE INFERIOR A UNA HECTAREA SEGUN LAS PRUEBAS PRACTICADAS, AUNQUE EN EL REGISTRO FIGURA CON MAYOR SUPERFICIE. LA INSCRIPCION REGISTRAL NO ASEGURA LOS DATOS FISICOS DE SUPERFICIE, SINO SOLO LA INTEGRIDAD JURIDICA DE LA FINCA REQUISITOS PARA ADMITIR EN CASACION EL VICIO DE INCONGRUENCIA DE SENTENCIA (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1978).

Hechos.—Don Rodolfo Machado V. T. formuló demanda contra la entidad «Cía. Mercantil Per Ivonne, S. A.», sobre retracto de colindantes, alegando que la demandada había adquirido una finca rústica, colindante con la de propiedad del actor, de una extensión superficial de 9.972 metros cuadrados por precio de 200.000 pesetas, suplicando se dictara sentencia estimando la demanda.

La demandada se opone alegando que la finca que se pretende retraer excede de una hectárea, pues según escritura de los anteriores titulares, inscrita en el Registro, tenía más de 10.000 metros, concretamente 10.030 metros.

Practicadas las pruebas propuestas, el Juez de Primera Instancia número dos de La Laguna dictó sentencia desestimando la demanda, declarando no haber lugar al retracto de colindantes; pero dicha sentencia fue revocada por la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Tenerife, que dio lugar al retracto.

La parte demandada interpone recurso de casación alegando que la sentencia recurrida ha tenido en cuenta la medición que llama planimétrica o por proyección al horizonte, en lugar de la medición natural adaptada a las vicisitudes del terreno, aparte de que ha excluido de la finca un camino y una atarjea, a pesar de que tenía la compradora una quinta parte en dichos elementos. También alega la no aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues consta inscrita la finca con la superficie de 10.030 metros cuadrados, sin que la sentencia se haya pronunciado sobre la necesaria rectificación de los asientos registrales.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el concepto de la congruencia contenido en el artículo 359 de la Ley Procesal Civil permite admitir que en él se integran distintos supuestos, a que alude la distinción que la misma ley establece en el número segundo, tercero y cuarto de su artículo 1.692, todos ellos parte de un todo que en sus distintas manifestaciones quebrantan el principio que informa la necesidad de que el Juzgador acomode su fallo a las pretensiones que las partes hubieran deducido oportunamente en el juicio; de ahí la necesidad de que para impugnar el fallo alegando vicio de incongruencia haya de citarse dicho artículo 359, precepto de naturaleza sustantiva a efectos de casación, y el concepto en que haya sido cometida la infracción denunciada, según reiterada jurisprudencia, que hace decaer el motivo tercero del presente recurso, por omitir dichos requisitos que ocasionan su inadmisión y en el actual trámite se convierten en causa de desestimación.»

«Considerando que el motivo cuarto, que fundado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal invoca error de hecho en la apreciación de las pruebas, tampoco puede prevalecer, por no tener el carácter de documentos auténticos a efectos de este recurso extraordinario los básicos que han sido objeto de examen e interpretación por el Tribunal *a quo*, como son las escrituras públicas aquí deducidas.»

«Considerando que no puede merecer mejor suerte el motivo segundo, que alega la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que la inscripción registral sólo asegura la integridad jurídica de la finca, pero no los detalles físicos de la misma, como la superficie.»

«Considerando que firme en casación la declaración de hecho de la Sala sentenciadora de que la superficie real de la finca retraída es de 9.965 metros cuadrados, queda sin la necesaria base *de facto* el motivo primero, que denuncia la aplicación indebida del artículo 1.523 del Código Civil, haciendo supuesto de la cuestión contra la apreciación probatoria del Tribunal *a quo* que ha de prevalecer, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.»

COMENTARIO.—Esta sentencia hay que ponerla en relación con la de 20 de mayo de 1974, pues ambas se refieren a la repercusión que los datos del Registro relativos a la superficie de la finca pueden tener respecto al retrato de colindantes, que, como es sabido, sólo cabe ejercitar sobre fincas rústicas que no excedan de una hectárea.

La sentencia de 20 de mayo de 1974 aplicó decididamente el principio de legitimación registral en cuanto a la superficie inscrita de la finca, haciéndola prevalecer sobre la que resultó de la prueba pericial practicada. En ella se lee que «desde la fecha de la inscripción (del título en que constaba la cabida de 85,68 áreas) se originó, por el principio de publicidad, la formal de la *totalidad* del asiento, y por el de la fe pública y la legitimación registral, la presunción legal de exactitud del Registro», y al ser inscrita «accedió al Registro en la forma determinada en la escritura», cuyo contenido integra «suficiente base probatoria del dato físico de la cabida». (Puede verse en el núm. 509 de esta Revista, pág. 969.)

En cambio, en la presente sentencia leemos lacónicamente lo contrario: «La inscripción registral sólo asegura la integridad jurídica de la finca, pero no los detalles físicos de la misma, como la superficie». No es una frase nueva, ciertamente. Es la misma que a modo de martilleo viene reiterando una abundante orientación jurisprudencial, frente a la línea mar-

cada por las sentencias de 21 de marzo de 1953 y la ya citada de 20 de mayo de 1974.

Pero una frase de tal calibre, sin más aditamentos ni razonamientos, no podemos aceptarla, pues ante dos tendencias jurisprudenciales contrarias no interesa la razón del imperio cuantitativo de las decisiones más numerosas, sino el imperio de la razón, que vemos reflejada en las dos sentencias últimamente citadas.

En concreto, nosotros contamos con estos dos argumentos para defender que la legitimación registral se refiere también a la medida superficial: 1.º El párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria aplica la presunción «en la forma determinada por el asiento respectivo», y esa forma, como ya dijo la sentencia de 20 de mayo de 1974, comprende la *totalidad* del mismo y, por tanto, también los datos descriptivos. 2.º En Derecho, resulta totalmente artificioso lo físico de lo jurídico, como a modo de tópicos se viene haciendo por cierta doctrina y jurisprudencia y recoge la presente sentencia afirmando una distinción entre «integridad jurídica de la finca» y «los detalles físicos de la misma». Desde el momento en que la finca es objeto de derechos, es objeto jurídico, y, en consecuencia, lo jurídico tiñe los llamados «datos físicos», y éstos son parte de la integridad jurídica.

Mientras no se desarticulan estos argumentos, y no pueden desarticularse a base de meras afirmaciones, seguiremos manteniendo la doctrina que resulta de las sentencias de 1953 y 1974 (*).

Naturalmente, la presunción derivada del principio de legitimación registral es *iuris tantum*, por lo que cabe la salida de admitir la prueba en contrario. Ahora bien, como nosotros partimos de que la inscripción no representa sólo una «presunción», sino que es de por sí una «prueba», la demostración en contrario ha de proceder no de una simple prueba, sino de una prueba concluyente, que no deje lugar a dudas. Ya lo dijo, en cierto modo, la sentencia de 21 de marzo de 1953, cuando se refirió a lo «vigorosa» que era la presunción legitimadora del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Pero no vemos inconveniente en decir que aunque, en principio, el dato de la medida superficial está comprendido en la presunción legitimadora de los asientos registrales, cabe la prueba en contrario, que es lo que sucedía en el presente caso.

Además, una cosa es la consecuencia sustantiva del principio de legitimación registral, a que se refiere el párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y otra distinta, aunque pueda estar relacionada con aquélla, una consecuencia procesal de dicho principio, que se recoge en el párrafo segundo del mismo precepto. Mientras el párrafo primero es aplicable a la superficie inscrita, por los dos argumentos que hemos señalado, el párrafo segundo no lo es, según dijimos en otro comentario, porque la rectificación de los datos de superficie y linderos, mientras no dude el Registrador de la identidad de la finca, cabe realizarla directamente al practicar la inscripción siguiente a la última, según resulta del artículo 51, regla 4.ª, del Reglamento Hipotecario.

Pues bien, en el presente caso, el recurrente hizo hincapié en este párrafo segundo y no en el primero, pues, a diferencia de lo que ocurrió en la sentencia de 20 de mayo de 1974, en que el recurrente alegó la prevalencia

(*) Actualmente, la cuestión está resuelta para las fincas que se coordinen con el Catastro Topográfico Parcelario, por el Real Decreto de 3 de mayo de 1980, en cuya norma 9.ª, párrafo c), se aplica el artículo 38 de la Ley Hipotecaria a los datos descriptivos. El problema sigue en pie respecto a las fincas no coordinadas.

de la superficie inscrita frente a la medición realizada por el perito, al no aceptar que «lo medido» por éste fuese lo que «realmente debió ser medido», en el presente recurso no hay oposición real a la medición del perito, ya que no se dice que esté mal hecha, sino que debía haberse atendido a una «superficie natural» y no «planimétrica», y no se pone en duda la delimitación del «objeto medido». Por tanto, lo que le preocupaba al recurrente del presente caso era la consecuencia procesal del artículo 38, párrafo segundo, pues alegaba que no se había decidido en la sentencia recurrida acerca de la nulidad o cancelación del asiento registral, no obstante haberse promovido una acción contradictoria del dominio inscrito.

Teniendo en cuenta esta posición del recurrente, es acertada la conclusión final de esta sentencia, pues lo que criticamos, como en tantas otras ocasiones, es la forma de expresarse, no la solución adoptada.

Insistiendo en la forma de expresión del «considerando», hubiéramos aceptado, por todo lo dicho, una redacción del mismo, que más o menos hubiera sido así: «Considerando que no puede merecer mejor suerte el motivo segundo, que alega la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que aunque la inscripción registral asegura con el carácter de presunción *iuris tantum* los detalles físicos de la finca, incluida la superficie, como ya señaló esta Sala en sentencias de 21 de marzo de 1953 y 20 de mayo de 1974, sin embargo, en este caso ha quedado firme en casación la declaración de hecho de la Sala sentenciadora de que la superficie real de la finca retraída es de 9.965 metros cuadrados, frente a los 10.030 que constan en el Registro, sin que el recurrente haya planteado ninguna duda respecto a la identidad del objeto medido; y además, el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que se refiere a una consecuencia procesal del principio de legitimación registral, no es aplicable a las rectificaciones descriptivas que, como la presente, no desvirtúan la identidad de la finca inscrita, pues no cabe hablar de nulidad o cancelación del asiento en tal supuesto, sino de rectificación de medida superficial que cabe *a posteriori*, conforme al párrafo segundo del artículo 51, regla 4.ª, del Reglamento Hipotecario».

Pero como el Tribunal Supremo no se ha pronunciado en estos términos ni ha razonado la escueta afirmación rutinaria del «considerando» penúltimo, preferimos la doctrina que resulta de la otra línea jurisprudencial señalada.

J. M. G. G.

DONACION: REQUISITOS. FALTA DE «ANIMUS DONANDI». DONACION CON CAUSA ILICITA. CONEXION DE NEGOCIOS JURIDICOS A EFECTOS INTERPRETATIVOS: RELACION ENTRE DONACION Y APODERAMIENTO IRREVOCABLE DE LOS DONATARIOS AL DONANTE. CONCEPTO DE CAUSA DEL NEGOCIO: AUNQUE TIENE UN SENTIDO OBJETIVO, LOS MOVILES SUBJETIVOS INFLUYEN CUANDO DETERMINAN LA LICITUD O ILICITUD. NULIDAD DE DONACION CON RESERVA POR EL DONANTE DE FACULTADES SOBRE TODOS LOS BIENES DONADOS Y NO SOBRE ALGUNOS (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1978).

Hechos.—Los cónyuges don José Luis Fernández de Castillejo J. y doña Fuensanta Cerezo P. formulan demanda contra sus hijos alegando que la actora, doña Fuensanta, con ocasión de una crisis de su matrimonio, y te-

niendo poder de su esposo, había formalizado una escritura de donación a favor de los hijos de bienes parafernales de aquélla, en pleno dominio a favor de los hijos mayores y en nuda propiedad a favor de una menor, cuyo usufructo se concedía a los hermanos mayores hasta el fallecimiento de la madre; que los hijos mayores habían concedido poder irrevocable a la madre donante para que durante cuarenta años pudiese administrar y disponer de los bienes donados, y que respecto a la donación a la hija menor, ya se había reservado en la escritura la facultad de disponer. Los cónyuges se habían reconciliado e intentaron establecer contacto con sus hijos, respecto a la escritura de donación, pero nada consiguieron. Por ello suplican se dicte sentencia declarando la nulidad radical, por inexistencia, de la donación, así como de la escritura formalizada y de cuantos asientos se han practicado en el Registro de Carmona con base en dicha escritura, sin más límites que los derechos de terceros, conforme a la Ley Hipotecaria; y en defecto de lo anterior, se declare revocada la donación por incumplimiento de las condiciones impuestas por la donante de poder seguir disfrutando y disponiendo de los bienes donados.

La demandada menor de edad contestó hallándose representada por el defensor judicial nombrado al efecto. Los demás demandados se oponen alegando la firmeza de la donación ya realizada, formulando reconvencción para que se les entregue la posesión de la finca donada.

El Juez de primera instancia de Córdoba número dos dictó sentencia estimando la demanda y declarando radicalmente nula por inexistencia la donación, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

Los demandados interponen recurso de casación alegando incongruencia de la sentencia, pues la demanda pedía la nulidad de la donación por falta de causa o de *animus donandi*, y en lugar de ello, se declara la nulidad por entender que no constituía verdadera enajenación y por perseguir fin ilícito o inmoral; interpretación errónea del artículo 618 del Código Civil, pues el *animus donandi* es el mismo consentimiento contractual genérico, referido al específico contrato de donación, sin más, con independencia de los motivos internos que hayan podido mover al agente; interpretación errónea del artículo 639 del Código Civil, por partir de un literalismo del precepto, cuando en el fondo es igual que se haga reserva de la facultad de disponer de toda la suma donada que de una parte determinada de ella, pues si no se prestaría a que si la donación es de mil, se pudiera disponer de novecientos noventa y nueve; inaplicación de los artículos 1.281, 1.282 y 1.284 del Código Civil, pues la sentencia parte de que se trata de una donación con reserva de la facultad de disposición en favor de la donante por el mero hecho de existir un apoderamiento posterior hecho por dos de los donatarios, prescindiendo de lo que textualmente dice la escritura de donación, que alude a reserva de algunos bienes en la forma que determina el artículo 639 del Código; aplicación indebida del artículo 1.275 del Código Civil, por entender que la causa no es sólo el fin abstracto y permanente del contrato, sino la finalidad concreta incorporada al negocio como elemento determinante de la declaración de voluntad, y que la causa es ilícita por haber sido hecha en fraude de la facultad de administración del marido sobre los frutos de los bienes parafernales donados, y por interpretación errónea del artículo 1.305 del Código Civil en relación con el principio de Derecho *nemo propriam turpitudinem alegans auditur*, ya que la nulidad por

causa ilícita no puede favorecer a quien cometió la ilicitud, y si en este caso accionan ambos cónyuges debió distinguirse una y otra acción, para concluir que la acción de la donante no podía prosperar.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

a) *En cuanto a la alegación de incongruencia de la sentencia:* El motivo no puede ser estimado «porque la sentencia que se recurre, al confirmar totalmente la dictada en primer grado—salvo en lo referente a la condena en costas—, estima en su integridad la demanda interpuesta, y es conocida por lo reiterada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, que niega la posibilidad de incongruencia respecto de las resoluciones absolutorias o estimatorias de la pretensión actora; pero además, porque no aparece cambiada, como se dice, la acción que se ejercitó, que fue la de nulidad radical por inexistencia de la mentada donación, que es justo la concedida, y sin que tampoco pueda afirmarse que se cambió la causa o fundamento que respalde la nulidad, porque el Tribunal *a quo* estima que ésta se presenta por falta del *animus donandi*, que requiere el artículo 618, y por mediar una causa ilícita, entrando en juego los artículos 1.274 y 1.275, con lo que, sin duda, coincide con la fundamentación jurídica actora, a lo que añade y expresamente dice que lo hace *ex officio* por tratarse de una norma imperativa, la resultante de la infracción del artículo 639, sin que en ello pueda verse el cambio alegado ni pueda pensarse en la pretendida incongruencia».

b) *En cuanto a la conexión de negocios jurídicos de donación y apoderamiento, a efectos de interpretación de la donación:* La donación y el poder amplio y total de los donatarios a la donante, irrevocable por cuarenta años, para administrar y disponer de todos los bienes donados, son «actos jurídicos que en virtud de la conexión y complemento recíproco que ofrecen tienen que ser interpretados, en contra de lo sostenido por la parte recurrente, como un solo contrato, de acuerdo con la concorde doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, recogida, entre otras, en las sentencias de 21 de abril de 1951, 6 de febrero de 1954, 11 de junio de 1957 y 27 de abril de 1961, a tenor de las cuales cuando entre las partes han mediado varios negocios jurídicos relacionados recíprocamente, deberán tomarse en cuenta todos para fijar su sentido y alcance, puesto que vienen a significar los unos respecto de los otros, los actos coetáneos y posteriores, a que se refiere el artículo 1.282 del Código, en lo que se basa la sentencia recurrida, con interpretación que debe prevalecer frente a la privativa e interesada del recurrente, pues lejos de ser absurda, ilógica o contradictoria, es perfectamente ajustada a Derecho, siendo consiguientemente obli-gada la desestimación del motivo de referencia».

c) *En cuanto al «animus donandi» característico de la donación y a la interpretación del artículo 639 del Código Civil:* «Considerando que de acuerdo con cuanto antecede resulta que la llamada donación no tiene de tal sino el nombre, puesto que la donante no hizo otra cosa que desprenderse de la titularidad formal de los bienes que dijo donar, ya que conservaba no sólo el disfrute de los mismos, sino que también la administración y disposición durante el plazo de cuarenta años, que teniendo presente

su edad—setenta años—significa que lo era de por vida y que la dicha donación sólo después de la muerte de aquélla podría ser efectiva, conclusión ésta que no se desvirtúa por la circunstancia de que al producirse la reconciliación de los padres de los actuales recurrentes en septiembre del mismo año 1973, éstos el día 23 de dicho mes revocasen el poder concedido a la donante, pues en virtud de la conexión y unidad de los dos actos del 27 de julio implicaba tanto como dejar sin efecto jurídico el primero, es decir, el aparentemente aislado de donación; todo lo cual pone de relieve que lo realizado choca con el contenido del artículo 618 del Código, que considera al contrato donatorio como una figura especial de la forma genérica del 'acto de liberalidad', en el que ésta es primordial para todos los tipos de la misma, a la que es preciso añadir, para puntualizar su concepto, las notas contractuales de gratuidad y de disposición, ninguna de las cuales puede estimarse concurrente en el presente caso, demostrativo de que la donante no tuvo nunca en verdad el indispensable *animus donandi* propiamente dicho, sencillamente porque lo que quiso y ésa fue su voluntad, no fue realizar un auténtico contrato de donación, índice todo ello de que la sentencia recurrida aplicó correctamente aquella interpretación ajustándose al mandato legal, siendo obligada, en su virtud, la desestimación del motivo segundo, en que se sostiene lo contrario, y asimismo del tercero, en que con el mismo amparo procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se aduce interpretación errónea del artículo 639 del Código Civil, pues a pesar del cuidado y documentado estudio que en él se lleva a cabo de la regla del Derecho francés, según la que *donner et retenir ne vaut*, empleada indudablemente por la sentencia recurrida *obiter dictum*, no se logra desvirtuar la interpretación de ésta de que el referido precepto permite sólo la reserva de 'algunos' de los bienes donados, y la incompatibilidad sustancial con la propia institución donataria de la reserva de 'todos' los bienes que fueron donados».

d) *En cuanto a los aspectos objetivo y subjetivo de la causa y en cuanto a la nulidad por ilicitud de la causa de la donación:* «Considerando que igual suerte adversa que los anteriores debe correr el motivo quinto, combatiendo lo decidido por la sentencia recurrida en el sentido de que el contrato va contra lo dispuesto en los artículos 1.385, 1.401-3.º y 1.412 del Código Civil, lo que afecta a un doble orden de cuestiones respecto de ninguna de las cuales es susceptible de ser estimado: a) en primer lugar, la relativa al concepto de causa, porque si en principio y según lo establecido legalmente, tiene un sentido objetivo desconectado del móvil o finalidad particular de cada uno de los contratantes, al modo como se proclamó la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en las sentencias de 12 de abril de 1946, 17 de enero de 1956, 5 de abril de 1960, 23 de noviembre de 1961, 27 de febrero de 1964 y 23 de diciembre de 1966, no es menos cierto, sin embargo, que la misma doctrina admitió la posibilidad de que aquellos móviles o fines privados pudieran llegar a tener trascendencia jurídica causal cuando son incorporados a la declaración de voluntad por ambos contratantes, constituyendo un determinante tanto de su licitud como de su ilicitud, según se dijo, entre otras, en las sentencias de 2 de abril de 1941, 12 de abril de 1944, 12 de abril de 1946, 24 de marzo de 1950, 29 de abril de 1951, 17 de marzo de 1956, 23 de noviembre de 1961, 23 de diciembre de 1966 y 8 de julio de 1977, y b) en segundo término, la referente al supuesto concreto que se examina, en el que se declaró probado

en instancia—y no fue desvirtuado en este trámite—que la finalidad concreta, 'el propósito negocial de las partes litigantes, era el de sustraer de la sociedad legal de ganancias, los frutos de los bienes parafernales objeto de la donación, para que el marido no pudiera administrarlos', lo que, sin duda, debe reputarse como una finalidad contraria a la ley, ajena a la idea de causa como simple liberalidad del contrato de donación».

«Considerando que en el sexto y último de los motivos, también por el cauce del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento y como complemento del anterior, se alega interpretación errónea del artículo 1.305 del Código Civil en relación con el principio de Derecho según el que *nemo propriam turpitudinem alegans auditur*, sosteniendo que si la causa del contrato es ilícita, no puede ser aducida en su propio provecho por uno de los contratantes causantes de la misma, en este caso la donante, que en su día figuró como demandante y ahora como recurrida, lo cual constituye una cuestión nueva que no fue planteada en el momento procesal oportuno, que en este trámite incide en la causa de inadmisión quinta del artículo 1.729 de la Ley Procesal Civil, que ahora lo es de desestimación, que supone la del recurso en su totalidad.»

COMENTARIO.—Vamos a comentar por separado lo que la sentencia dice a propósito de la causa del negocio jurídico y la interpretación que da del artículo 639 del Código Civil, acerca de la reserva de la facultad de disponer por el donante sobre todos los bienes donados.

a) *La necesidad de diferenciar el negocio sin causa y el negocio con causa ilícita*.—Existe una gran confusión en la sentencia de la Audiencia entre el negocio sin causa y el negocio con causa ilícita, que la presente sentencia del Tribunal Supremo no ha denunciado, sino que, por el contrario, se ha hecho cómplice de la misma, en mayor o menor medida.

Ya se comprende, desde la perspectiva meramente lógica, que una cosa es la falta de un requisito del negocio, y otra distinta que dicho requisito adolezca de algún vicio.

Desde el punto de vista del Código Civil, nada obsta para establecer dicha diferenciación, el emparejamiento de ambos supuestos en el artículo 1.275, al decir que «los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno». La equiparación se produce únicamente respecto a la carencia de efectos de uno y otro, pues desde el punto de vista conceptual queda bien marcada la diferencia, al separarlos en cuanto a su definición. Efectivamente, el propio artículo 1.275 dice que «es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». En cambio, respecto a los contratos sin causa nada dice porque no hace falta decirlo, ya que en el precedente artículo 1.274 del Código se señala el concepto de causa, al que lógicamente hay que acudir para saber si estamos o no ante un contrato o negocio sin causa.

Además, una vez destacada la carencia de efectos de uno y otro supuesto, de la interpretación sistemática del Código se desprende que existen algunas diferencias a propósito del tipo de ineficacia. No es que defendamos que el negocio con causa ilícita es anulable y no nulo, como necesariamente ha de serlo el negocio sin causa, pues sabido es que la doctrina más autorizada entiende que la causa ilícita del negocio determina la nulidad absoluta del mismo, dado lo dispuesto precisamente en el artículo 1.275 respecto a la no producción de ningún efecto. Pero no cabe duda de que

el negocio con causa ilícita está sujeto a la regulación de los artículos 1.305 y 1.306 del Código, referentes a la llamada regla *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, que es totalmente extraña al supuesto de negocio sin causa, por lo que tratándose de ineficacia por ilicitud de la causa, la parte que hubiere procedido con culpa no podrá repetir contra la otra parte ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido.

Por todo ello, entendemos que la nulidad del negocio sin causa es la nulidad absoluta más bien consistente en inexistencia (para quien admita esta figura jurídica), como se desprende de la relación entre el número 3.º del artículo 1.261, cuando dice que «no hay contrato» si no concurre la causa, y el 1.275, ya citado, referente a la no producción de ningún efecto por parte del negocio sin causa. En cambio, la nulidad derivada de la causa ilícita, aunque es nulidad absoluta y no anulabilidad, sin embargo, tiene la especialidad de que no puede ser alegada por el que produjo con culpa la causa torpe, lo cual permitirá en tal caso que el negocio surta sus efectos, a pesar de la regla del artículo 1.275, pues ésta ha de ser interpretada en relación con las terminantes normas específicas de los artículos 1.305 y 1.306, que recogen la repetida regla *nemo auditur*.

Esta es, por otro lado, la posición de la doctrina más autorizada. Así, FEDERICO DE CASTRO separa en dos capítulos distintos «los negocios sin causa» v «los vicios de la causa». Respecto a los primeros, señala que «el negocio que carece del requisito esencial de una causa jurídicamente suficiente no es negocio jurídico, y por ello se considera la falta de causa como uno de los supuestos de la inexistencia negocial. No sirve entonces de título para una relación negocial, y con la declaración de falta de causa quedan sin base los derechos y obligaciones que comprenda o que de ella se deriven. Existen unos actos y ellos tendrán otras posibles consecuencias (extrane-gociales)» (1).

En cuanto a la ineficacia por causa ilícita, si bien «se habrán de aplicar las reglas propias de la ineficacia por nulidad» (entre ellas, la de declararse de oficio y la de no caducar la acción a los cuatro años), sin embargo, advierte que «la causa ilícita, debido a que supone una conducta culpable (de una o de ambas partes), acarrea una sanción complementaria: la de que ninguna de las partes (de las culpables) tiene acción frente a la otra y que no puede reclamar lo que hubiera entregado ni pedir el cumplimiento de lo que hubiera prometido por el contrato (arts. 1.305, 1.306). Recogiéndose así—termina DE CASTRO—la regla *nemo auditur suam turpitudinem allegans*» (2).

Dicho todo esto, pasemos a comprobar la confusión padecida—a nuestro entender—en este caso entre negocio sin causa y negocio con causa ilícita en la sentencia que estamos comentando.

Por un lado, en uno de los «considerandos» aparece la idea de «negocio sin causa», y concretamente cuando la sentencia dice que el donante «no tuvo nunca en verdad el indispensable *animus donandi* propiamente dicho, sencillamente porque lo que quiso y fue su voluntad no fue realizar un auténtico contrato de donación». Y un poco antes: «la llamada donación no tiene de tal sino el nombre, puesto que la donante no hizo otra cosa que desprenderse de la titularidad formal de los bienes que dijo donar, ya que conservaba no sólo el disfrute de los mismos, sino que también la administración y disposición durante el plazo de cuarenta años». En estos

(1) CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico*, 1967, pág. 239.

(2) *Ob. cit.*, pág. 249.

párrafos nosotros leemos «negocio sin causa», si bien en uno de ellos, en el primero, se examina la falta de causa a través de cierto subjetivismo («lo que quiso» la donante), mientras que en el segundo se atiene a la concepción objetiva («la donante no hizo otra cosa que desprenderse de la titularidad formal de los bienes»). Pero en cualquier caso, la ineficacia se contempla en estos pasajes bajo la perspectiva del negocio sin causa y no de la ilicitud de la causa.

Pero la sorpresa surge cuando en el «considerando» siguiente, en el penúltimo, se leen referencias a la «causa ilícita» del negocio, que para nada tendrían que aparecer, pues falta de causa y causa ilícita son términos lógicamente inconciliables. Así ocurre cuando después de aludir al sentido objetivo que en principio tiene el concepto de causa, desconectado del móvil o fin particular de cada uno de los contratantes, se añade que «no es menos cierto, sin embargo, que la misma doctrina jurisprudencial admitió la posibilidad de que aquellos móviles o fines privados pudieran llegar a tener transcendencia jurídica causal cuando son incorporados a la declaración de voluntad por ambos contratantes, constituyendo un determinante tanto de su licitud como de su ilicitud». Adviértase que esta doctrina jurisprudencial que hace entrar el elemento subjetivo en el concepto objetivo de causa, lo hace en los supuestos de «causa ilícita», que debe diferenciarse, lo decimos una vez más, de los supuestos de falta de causa. Y al final del «considerando» aparece la puntilla: «en el supuesto concreto que se examina, se declaró probado en instancia—y no fue desvirtuado en este trámite—que la finalidad concreta, ‘el propósito negocial de las partes litigantes, era el de sustraer de la sociedad legal de gananciales los frutos de los bienes parafernales objeto de la donación para que el marido no pudiera administrarlos’, lo que, sin duda, debe reputarse como una finalidad contraria a la ley, ajena a la idea de causa como simple liberalidad del contrato de donación». Y decimos que es la «puntilla» en un doble sentido: la puntilla del sambenito de causa ilícita que se quiere atribuir a ese propósito negocial diciendo que se trata de una «finalidad contraria a la ley», lo que revela cierto exceso de imaginación, pues del examen del Código no resulta que se haya contrariado ninguna ley en tal supuesto, y la puntilla de la confusión padecida entre negocio sin causa y negocio con causa ilícita, cuando en un mismo párrafo se habla de «finalidad contraria a la ley» (determinante de causa ilícita, según el art. 1.275, inciso último) y de que ello es ajeno a «la idea de causa como simple liberalidad del contrato de donación» (declaración aplicable a la donación carente de causa, dado lo dispuesto en los arts. 1.274 y 1.275).

La repetida confusión de la sentencia aparece también claramente en el primer «considerando», en el que el Tribunal Supremo quiere salvar a toda costa la «congruencia» de la sentencia recurrida. En él se lee que por lo visto se puede conciliar la «falta del *animus donandi*, típica de la nulidad radical por inexistencia que la parte actora ejercita, con la idea de ‘causa ilícita’. Se podía haber salvado la incongruencia diciendo que la ‘causa ilícita’ puede ser advertida «de oficio» por el Tribunal, sin haber sido alegada, pero mal se puede decir que la idea de causa ilícita «coincide con la fundamentación jurídica actora», como se añade en el «considerando», pues la parte actora ya tuvo la precaución de no aludir a la «causa ilícita»—por lo menos así hemos interpretado los «resultandos» de esta sentencia—, ya que si lo hubiera hecho, hubiera incurrido en el supuesto del artículo 1.306 del Código Civil, es decir, en la regla *nemo auditur*.

Y como justo castigo de la confusión padecida a propósito de la «causa ilícita» ahí está el callejón sin salida del último «considerando», cuando el Tribunal Supremo expone la alegación del recurrente relativa a la regla *nemo auditur* y no tiene otra contestación que la de decir que se trata de «una cuestión nueva» que no fue planteada en el momento procesal oportuno. En primer lugar, tenemos que decir que si la parte actora no planteó el problema de la causa ilícita, mal podía plantearlo la parte demandada. Y que si fue la sentencia la que enfocó la cuestión a través de la causa ilícita y se dice que no hay incongruencia, tampoco debería ser cuestión nueva desechable la alegación de interpretación errónea del artículo 1.305. Además, en el supuesto de que se defendiera la idea de que la «causa ilícita» puede detectarse «de oficio», habría que admitir en casación la alegación de la regla *nemo auditur*, en justa compensación. En definitiva, nos parece que la aplicación de esta regla, derivada de los artículos 1.305 y 1.306, es de toda evidencia en los supuestos de causa ilícita, y que por ello la disculpa de esta sentencia de no querer entrar en el asunto diciendo que es cuestión nueva, nos parece sintomática del callejón sin salida en que se ha metido la sentencia al defender la existencia de «causa ilícita» y no querer ver las consecuencias de los artículos 1.305 y 1.306 del Código.

Nos interesa insistir en el tema de la «finalidad contraria a ley» del propósito negocial buscado por la donante, que el Tribunal Supremo señala como algo evidente, cuando hemos dicho que ninguna contrariedad con la ley vemos en casos como éste. Podría suceder en el futuro que se planteara otro caso en que el donante no se hubiere limitado a transmitir una mera titularidad formal carente de contenido, sino que hubiera realizado una transmisión efectiva con verdadero *animus donandi*—lo que aquí no sucedió por la inexistencia de causa ya señalada—, pero que se tratase de un caso en que el móvil del donante al realizar la transmisión gratuita de sus bienes privativos consistiera en evitar que el otro cónyuge, con el que no se llevaba bien, siguiera percibiendo como gananciales los frutos de esos bienes privativos y que incluso los administrase. Pues bien, si se aplicara la doctrina de esta sentencia estaríamos ante una donación que en tal caso sería efectiva, por existir *animus donandi* y traspaso de titularidad real, y, sin embargo, se tacharía de «ilícita», por entenderse que va contra el párrafo primero del artículo 1.385 del Código Civil, que dice lo siguiente: «Los frutos de los bienes parafernales forman parte del haber de la sociedad conyugal y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio». Pero como no estamos de acuerdo con esta interpretación trataremos de rebatir la doctrina que resulta de esta sentencia. No hay rastro en la ley de ninguna prohibición de disponer que se imponga a los cónyuges de sus bienes privativos. Además, el artículo 1.385 se refiere a los «frutos de los bienes parafernales», no a expectativas futuras de frutos respecto a bienes que dejan de ser parafernales desde el momento mismo en que salen del patrimonio del cónyuge donante o transmitente. En cualquier caso, se trataría de un control «cuasipoliciaco» sobre los móviles de la conciencia individual en casos en que ni la moral, que es la que principalmente contempla los móviles, considera rechazables. Por todo ello entendemos que la interpretación de la presente sentencia supone una errónea deducción del texto del artículo 1.385 del Código, en la que no se puede caer dos veces, pues produciría graves consecuencias, del estilo de las que hemos expuesto.

Hubiera bastado, para llegar a las mismas conclusiones, que el Tribunal

Supremo se hubiera limitado a señalar la inexistencia o nulidad de la donación por falta de causa, sin aludir para nada a móviles ilícitos o contrarios a la ley. Incluso podía haber indicado que la teoría de los móviles subjetivos puede aplicarse no sólo para detectar si la causa es ilícita o no, sino también para detectar que no existe causa del negocio realizado, comprobando que el móvil o propósito negocial era ajeno a la idea de liberalidad y que ésta tampoco se produjo de modo objetivo y efectivo. Pero en lugar de decir esto, que hubiéramos considerado admisible, incide en la repetida confusión entre la falta de causa y la ilicitud de la misma, y encima denuncia una imaginaria finalidad contraria a la ley, que por ningún lado vemos.

En definitiva, tenía que haberse casado la sentencia de la Audiencia en todo aquello en que se refiere a la ilicitud de la causa, y tenía que haberse mantenido en todo aquello en que se refería a la inexistencia de causa.

b) *La donación con reserva a favor del donante de la facultad de disponer de todos los bienes donados.*—Que nosotros sepamos, es la primera vez que se plantea esta cuestión ante el Tribunal Supremo, resolviéndolo éste de modo terminante en el sentido de que tal donación es nula por aplicación de lo dispuesto en el artículo 639 del Código Civil.

Como se trata de una sola sentencia, entendemos que no puede vincular como doctrina legal, y sin perjuicio de reconocer el fundamento de la solución dada por el Tribunal Supremo, conviene meditar detenidamente sobre las posibles interpretaciones del artículo 639, pues la nulidad de la donación con la llamada «reserva total» de la facultad de disponer no acaba de ser convincente.

Por un lado, la sentencia parece reconocer que la regla *donner et retenir ne vaut*, del Derecho francés, no es aplicable al Derecho español, pues a propósito de la argumentación del recurrente en tal sentido, el Tribunal Supremo advierte que dicha regla fue indudablemente empleada por la sentencia recurrida *obiter dictum*, con lo cual, aunque no entra en el fondo, no cabe duda de que el Tribunal Supremo descarta la aplicación de tal regla en el Derecho español, ya que en otro caso hubiera intentado apoyarse en la misma para fundar la nulidad de la reserva total de la facultad de disponer a favor del donante.

El Tribunal Supremo se basa escuetamente en estos dos argumentos: 1.º El artículo 639 sólo permite la reserva de «algunos» de los bienes donados. 2.º La reserva de «todos» los bienes donados supone una incompatibilidad sustancial con la propia institución donataria. Con esto último parece que se vuelve a la regla «donar y retener».

La sentencia utiliza los mismos argumentos que MUCIUS SCAEVOLA, ya que este autor, en el comentario al artículo 639, también descartó la validez de la donación con reserva total, basándose en que el precepto se refiere a la reserva de «algunos de los bienes donados», no de todos, y en que «si la reserva abarcase la totalidad, entonces no habría contrato transmisivo y, por ende, no habría donación».

Pero ha llovido mucho desde que escribió MUCIUS SCAEVOLA, pues la doctrina española ha tenido ocasión desde entonces de someter tal interpretación a duras pruebas, aunque al final se haya dejado vencer por la misma en la mayor parte de los casos.

En el *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada* de 1961, número 124 (citado por RODRÍGUEZ ADRADOS), se sigue la solución contraria:

«Es lícita y permitida en el Código Civil (la reserva total), si bien el artículo 639 habla solamente de 'algunos de los bienes donados', pero la interpretación usual y corriente permite al donante reservarse todo lo donado. La extraña fórmula del Código Civil fue copiada del Código Civil francés, donde 'no es lícito donar y retener'» (3).

Aquí se alude a una práctica usual y corriente, que efectivamente yo mismo he podido detectar en ciertos lugares. Pero no se nos dicen los argumentos en favor de esa práctica, sino que, al contrario, se exponen las razones que podrían desvirtuirla, como sucede con la referencia al término «algunos» del artículo 639.

Actualmente hemos leído en LACRUZ lo siguiente: «Aunque el precepto (artículo 639) no contempla la reserva relativa a todos los bienes donados, cabe defender su posibilidad al amparo del artículo 1.255 del Código Civil; en todo caso, el contrato es útil al donatario, quien retiene las cosas con sus frutos hasta que se resuelve» (4). Si bien esta última explicación es interesante, lo que no convence es la solución del problema a través del consabido artículo 1.255, pues éste prohíbe los pactos que sean contrarios a la ley, y si la doctrina rechaza la reserva total acudiendo *a contrario sensu* al término «algunos» del artículo 639, hay que tratar de solucionar la cuestión dentro del artículo 639, pues en otro caso, el artículo 1.255 nos podría llevar de nuevo a la prohibición de reserva total en lugar de a su nermisión.

IRURZUN, aunque reconoce que la reserva total no es admisible, dado lo dispuesto en el artículo 639, sin embargo, ayuda a pensar en lo ilógico del resultado de admitir la validez de la reserva parcial y no de la total, si bien se lo plantea al contrario de lo que nosotros pretendemos, preguntándose por qué lo que es cierto respecto del todo—la imposibilidad legal de reserva de la facultad de disponer de la totalidad de los bienes donados—, no lo es respecto de la parte, la reservada como de facultad de disposición por el donante, porque en ambos supuestos se da la contradicción de donar y no donar, puesto que falta la definitiva voluntad de donar. Naturalmente, no podemos acudir a IRURZUN para nuestro propósito, pues bien claramente destaca la imposibilidad legal de la reserva total. Pero se reconocerá que es significativa su pregunta, con contestación en principio ilógica, de que cabe la reserva parcial y no la total. De todas sus cavilaciones, al menos saca la conclusión interesante de que en el supuesto del artículo 639 no hay donación dispositiva con efectos actuales en cuanto a los bienes objeto de reserva. (Véase reseña en *Anuario de Derecho Civil*, 1967, IV, pág. 873.)

RODRÍGUEZ ADRADOS estudia ampliamente la regla francesa «donar y retener no vale», destacando que no ha sido recibida por el Código Civil español. Por otro lado, rechaza el argumento literal del «algunos», pues al tener su precedente el artículo 639 en los Códigos francés e italiano de 1865, en cuanto a su redacción, y siendo indiferente en estos Códigos la reserva total o parcial, por ser nula la donación en ambos supuestos, no cabe deducir ninguna conclusión al estar trasplantada la expresión a un sistema distinto. También rechaza el argumento que podría utilizarse contra la reserva total, consistente en una irrevocabilidad especial de las donaciones, «que

(3) ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS «Donación con reserva de la facultad de disponer» (conferencia de 1966), en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XVI, 1968, pág. 456, donde cita también a MUCIUS SCAEVOLE.

(4) LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, II. *Derecho de Obligaciones*, vol. 3.º, 1979, pág. 64.

entre nosotros nunca ha existido». Estudia ampliamente la cuestión en el Derecho italiano, citando las posiciones contrapuestas de BALBI, TORRENTE y BIONDI, y al final se inclina por la solución dada por este último, partiendo de que «el artículo 639 amplía la autonomía de la voluntad de los particulares, sin que pueda extenderse más allá de sus límites; como bien dice BIONDI—añade—; de la admisión de la reserva parcial no puede deducirse la admisibilidad de la total» (5).

En mi opinión, RODRÍGUEZ ADRADOS no acaba de ser muy concluyente, pues rechaza el argumento literal del «algunos» por el acertadísimo escrúpulo histórico que comparto, pero entonces desaparece todo apoyo para decir que el artículo 639 sólo admite la reserva parcial, por lo que mal puede hacerse tal deducción del texto una vez suprimido el único obstáculo (el «algunos») para la admisión de la reserva total. Aparte de que la afirmación de que la admisión de la reserva parcial no implica la admisión de la reserva total es argumento meramente defensivo, no positivo, y en todo caso sería argumento reversible si lo planteamos al estilo de la pregunta que hemos visto se hacía IRURZUN.

Nosotros creemos que esta sentencia, al igual que la doctrina a la que sigue, se queda en la superficie del artículo 639 y no llega al verdadero fondo del mismo. En lugar de centrarse tanto en la primera parte del mismo, debería hacerse más hincapié en la última parte, que es la clave del precepto si atendemos a sus precedentes y a su razón de ser.

Lo que pretende—por lo menos de modo primario—el artículo 639 no es ampliar la autonomía de la voluntad permitiendo la reserva parcial de la facultad de disponer ni tampoco prohibir la reserva total, sino resolver cuál es el destino de los bienes reservados si el donante fallece sin haber dispuesto de ellos.

En el Código Civil francés y en el italiano de 1865, se da la solución de que los bienes pasan a los «herederos del donante», basándose en que «donar y retener no vale». Y esto es—lo decía ya acertadamente RODRÍGUEZ ADRADOS—tanto si la reserva es total como si es parcial. Es indiferente que se reserve el donante todos los bienes o parte de ellos. En todo caso, los bienes de los que el donante no dispuso en vida pasan a los herederos del mismo y no al donatario. Es más, desde el punto de vista literal, el «algunos» tampoco aparece propiamente en dichos Códigos, pues en el francés (artículo 946) se lee: «réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixée les biens données», y en el italiano de 1865 (artículo 1.069) se lee: «riservata la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione, o di una determinata somma sui beni donati». El sentido del «un» y «qualche» es indefinido, no partitivo. Por tanto, no interesa la cuestión de la parte y del todo, sino la reserva de «cualquier bien», prescindiendo de si es uno, varios o todos.

Y si se dice que estos textos han servido de precedente al artículo 639, deberían tenerse muy en cuenta estas observaciones.

Ahora pasemos a la solución del Código Civil español, que se refleja en el último párrafo del artículo 639: «si muriere (el donante) sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado». La solución es contraria a la de los Códigos que acabamos de citar. Pero si es contraria, y todos lo reconocen, contraria ha de ser la solución tratándose también de reserva total. En otro caso, resul-

(5) Ob cit, págs. 427 y ss, y 456 a 458

taría que en caso de reserva total, los bienes al fallecer el donante pasarían a su heredero y no al donatario, contra la regulación del artículo 639. Ya sé que se podría decir que el artículo 639 sólo prevé el paso de los bienes al donatario en el supuesto de reserva parcial. Pero lo que trato de decir es que, prescindiendo del «algunos» de la primera parte del precepto, la distinción que hace la doctrina entre reserva total y parcial no es lógica, desde la perspectiva final del artículo 639. Insistimos en que si se dijese que en el supuesto de reserva total, los bienes que existan al fallecer el donante pasan a sus herederos, eso sería seguir la normativa de los Códigos francés e italiano de 1865 en ese aspecto, lo que la doctrina no pretende e incluso descarta, al rechazar categóricamente la regla «donar y retener no vale».

En definitiva, nosotros no comprendemos qué diferencia puede haber entre reserva total y parcial, si en lugar de centrarnos en la cuestión de la esencia transmisiva de la institución donatoria, sobre la que también habría mucho que hablar, nos centramos en el triángulo de las relaciones entre «donante», «donatarios» y «herederos del donante».

Respecto a la literalidad del artículo 639, en su primera parte, aunque el término «algunos de los bienes» causa efectivamente una gran impresión y puede hacer tambalear la propuesta alternativa que acabamos de exponer, ya se comprende que cabe salir del laberinto terminológico de varias maneras.

En primer lugar, recordemos los precedentes francés e italiano, no ya respecto a la cuestión de fondo, en que son contrarios al sistema español, sino en la cuestión de redacción o de forma, en que se ha dicho que el legislador español los ha tenido en cuenta. Pues bien, el *qualche oggetto* del italiano es lo suficientemente concluyente para que se pueda intentar trasladar la fórmula equivalente al artículo 639. De modo que aunque el «algunos de los bienes» es gramaticalmente partitivo, comparativa, histórica y jurídicamente podría ser indefinido («cualquiera de los bienes»). Sobre todo teniendo en cuenta, que el legislador tenía otra palabra más terminante si hubiera querido darle ese sentido partitivo, como era la misma que acababa de utilizar poco antes en el artículo 634, a saber, la de «parte de los bienes».

Compárese también la primera posibilidad de «reserva», la de los bienes, con la segunda posibilidad del artículo 639, la de «reserva de alguna cantidad con cargo a ellos». Aquí sí que es claro que el «alguna cantidad» es indefinido y no partitivo, pues no se dice «con cargo a parte de los bienes» ni «con cargo a algunos de los bienes», sino que «ellos» son los bienes donados, dada la contraposición entre el «algunos de los bienes» y «alguna cantidad». Pues bien, si en la reserva de cantidad no existe límite, ¿por qué va a haberlo en la reserva de bienes? Piénsese, además, que la doctrina interpreta acertadamente que esa reserva de alguna cantidad con cargo a los bienes implica la posibilidad de reserva de la facultad de hipotecarlos. Y si en la reserva de la facultad de hipotecar no hay límite, y ésta puede implicar reserva de la facultad de disponer, no se ve por qué iba a limitarse lo que el precepto permite de modo indirecto.

En último término, quedan en pie algunas objeciones del autor italiano TORRENTE, que ha admitido decididamente para el actual Derecho italiano la posibilidad de la reserva total y en el que se apoya el recurrente. Dice TORRENTE que «la lógica debería conducir o a permitir indiscriminadamente la reserva o a proscribirla del todo». O ella es contraria a la esencia de la

donación o no es contraria: *tertium non datur*; la solución contraria conduciría a una completa incertidumbre en la determinación de los límites entre validez e invalidez, y «en el fondo es remitido a la voluntad de las partes el respetarla en la sustancia y en la realidad o nada más que en la apariencia, por ejemplo, reservándose 999 en una donación de 1.000» (6).

Aunque RODRÍGUEZ ADRADOS, siguiendo a BIONDI, contesta a este último ejemplo de la «reserva casi total» diciendo que estaríamos sencillamente ante un fraude a la ley, y señala que la «indeterminación de límites entre validez y nulidad tampoco es argumento, pues lo mismo sucede en tantas instituciones jurídicas que barajan criterios cuantitativos», no cabe duda de que si lo que se discute, a efectos interpretativos, es si en el artículo 639 debe o no hacerse la distinción cuantitativa, la indeterminación de límites entre validez y nulidad es un argumento lógico para demostrar en este caso, en que faltan los límites en el precepto objeto de estudio, lo absurdo de ser nula la donación con reserva del 100 por 100, o del 99 por 100 o tantos por cientos próximos al 100 por 100 (atendiendo al argumento de ese hipotético fraude), y no serlo, por ejemplo, la del 90 por 100 o la del 80 por 100. Y que no se diga que «la parte no afectada por la reserva parece que ha de tener una entidad suficiente para ofrecer un interés para el donatario, que de otra manera no habría aceptado» (RODRÍGUEZ ADRADOS) (7), pues ya hemos visto el acierto de LACRUZ al señalar el interés del donatario en todo caso, máxime si se contempla—y lo decimos una vez más—la contraposición de intereses entre «herederos del donante» y «donatario» en el momento de la muerte del donante.

Para los que siguen la viabilidad única de la reserva parcial sería más lógico admitir la interpretación de BALBI, que señala el límite de la validez en la mitad de los bienes donados, si no fuera porque esta limitación no aparece en Derecho positivo, lo que es bien sintomático si se compara el supuesto con esos otros en que aparecen límites cuantitativos, a los que quería referirse RODRÍGUEZ ADRADOS. Sintomático de que al legislador no le ha preocupado en realidad el problema del límite cuantitativo, pues si no lo habría fijado con más precisión.

Por último, aun para quienes no admitan la propuesta de interpretación que hemos dado, al menos se reconocerá que cuando el usufructo se ha transmitido y el donante no se reserva éste, sino sólo la facultad de disponer, no hay base para decir que no ha habido transmisión de bienes al donatario. Incluso cuando hay reserva de usufructo y facultad de disponer, cabría decir que hay transmisión de bienes sujeta a posible resolución.

En cualquier caso, tampoco pretendo mantener de modo definitivo esa posición contraria a la de esta sentencia, sino destacar que la cuestión es lo suficientemente problemática para que quede la puerta abierta a un distinto planteamiento, antes que se produzca una jurisprudencia reiterada en un determinado sentido.

J. M. G. G.

(6) Citado por RODRÍGUEZ ADRADOS. *Ob. cit.*, pág. 457.

(7) *Ob. cit.*, pág. 459.

ACCION CONTRADICTORIA DEL DOMINIO INSCRITO: PARRAFO 2.º DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA. TIENE TAL CARACTER LA ACCION DECLARATIVA DE PROPIEDAD. NO ES, EN CAMBIO, ACCION CONTRADICTORIA LA ACCION DE CONDENA A LOS TITULARES REGISTRALES AL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE APORTACION DEL INMUEBLE INSCRITO. REFERENCIA AL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1978).

Hechos.—La entidad «Frip, S. L.», formuló demanda contra don Luis de Felipe M. y don José Rodríguez L., alegando que «Campsa» se había dirigido a la entidad actora advirtiéndole que no habiéndose acreditado la inscripción en el Registro de la Propiedad de los terrenos donde radica la Estación de Servicio, se concedía un plazo de seis meses para la regularización de dicha anomalía; y como los terrenos no estaban aún inscritos a nombre de la parte actora y los demandados no querían reconocer la propiedad a favor de aquélla, suplicaba se dictara sentencia en la que se declare: 1.º Que «Frip, S. L.», es titular propietaria de la parcela de terreno que adquirieron los socios en proindiviso en escritura pública otorgada el 14 de julio de 1960. 2.º Que dicha parcela de terreno, en parte, constituye la denominada «zona de reversión al Estado» de la Estación de Servicio que la Delegación del Gobierno en «Campsa» autorizó a «Frip, S. L.», según petición deducida por los socios fundadores de la citada mercantil. 3.º Que la referida parcela forma parte del patrimonio social, al haber sido adquirida con parte del capital fundacional escriturado. 4.º Que se obligue a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a otorgar cuantos documentos públicos sean necesarios para tal fin, y si se negaren, a verificarlo el Juzgado en fase de ejecución de sentencia.

Los demandados se oponen alegando, entre otras cosas, que se ejercita una acción contradictoria en relación a una finca inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de cuatro personas, sin que se ejercite la acción de anulación y cancelación de aquella inscripción.

El Juez de Primera Instancia de Cervera de Pisuerga dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada íntegramente por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara haber lugar sólo en parte al recurso de casación interpuesto por los demandados, destacando los «considerandos» primero, séptimo, octavo, noveno y décimo:

«Considerando que en la demanda originadora de las actuaciones de las que deriva el presente recurso se ejercitan diferentes pretensiones de muy diversa índole, a saber: A) Que se declare que 'Frip, S. L.', es titular propietaria de la parcela litigiosa, adquirida en proindivisión por cuatro personas, lo cual integra en realidad una acción meramente declarativa, contradictoria del dominio que registralmente figura como de esas cuatro personas. B) Que se declare que esa parcela de terreno constituye la denominada 'zona de reversión del Estado', que también envuelve el ejercicio de una acción meramente declarativa, pues su éxito no impone a los de-

mandados la realización de ninguna actividad determinada. C) Que la tal parcela, por tanto, forma parte del patrimonio social al haber sido adquirida con parte del capital fundacional escriturado, también meramente declarativo. D) Que se obligue a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración, petición de estilo que se continúa mentando en el suplico de las demandas por verdadera inercia, pues carece de significado específico. E) Que se obligue a los referidos demandados a otorgar cuantos documentos sean necesarios a fin de que sus cuotas-partes del dominio de aquella parcela sean transmitidas a la entidad demandante, en cumplimiento del pacto convenido y sin contraprestación alguna por parte de tal entidad, y si se negaren a ello, que lo verifique el Juzgado en fase de ejecución de sentencia, pretensión que envuelve el ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato.»

«Considerando que en el tercer motivo del recurso, también formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la referida ley, se denuncia la infracción, por violación, del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que prohíbe ejercitar las acciones contradictorias del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente; en sentir de los recurrentes, se ejercita una acción contradictoria del dominio inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de unas personas individuales y, sin embargo, en la parte dispositiva de la sentencia, se llega a declarar que la finca que está inscrita a nombre de ellas pertenece a la Sociedad, sin que previamente o a la vez se hubiese declarado la nulidad o cancelación de las inscripciones correspondientes a aquellas personas particulares.»

«Considerando que efectivamente ese impedimento se establece en garantía del principio del tracto sucesivo registral y con el fin de que en el Registro no se produzcan asientos contradictorios, porque como todos están bajo la salvaguardia de los Tribunales sería imposible ampararlos cuando se contradicen entre sí.»

«Considerando que como la sentencia recurrida, en los cuatro primeros incisos de su parte dispositiva, formula unas declaraciones que contradicen unos asientos registrales que no han sido declarados nulos, resulta palmario que en esos particulares viola el precepto invocado y tiene que ser parcialmente casada.»

«Considerando que, en cambio, la petición verdaderamente fundamental de la demanda, encaminada a compeler judicialmente a los demandados a que otorguen los documentos que sean necesarios para que pueda realizarse la aportación a la Sociedad demandante de la finca litigiosa, en la forma que se había pactado entre los cuatro adquirentes de ella, constituye el simple ejercicio de una acción de condena dirigida a exigir el cumplimiento de un contrato, y no sólo no es contradictoria del dominio inscrito a favor de los demandados, sino que se basa precisamente en su reconocimiento y no exige, por consiguiente, la declaración de nulidad de ningún asiento registral; por tanto, la sentencia en el particular que condena a los demandados al cumplimiento de lo que habían convenido, no infringe el precepto invocado y tiene que ser mantenida.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda sólo en cuanto a la fundamental pretensión de condena, ya aludida.

PRELACION DE CREDITOS. LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO SOLO TIENE PREFERENCIA RESPECTO A CREDITOS POSTERIORES, NO RESPECTO A CREDITOS REPRESENTADOS EN LETRAS DE VENCIMIENTO ANTERIOR AL EMBARGO, AUNQUE LA SENTENCIA DE REMATE SEA DE FECHA POSTERIOR. LA PREFERENCIA DEL CREDITO ESCRITURARIO VIENE DADA POR LA FECHA DEL DOCUMENTO, SIN TENER EN CUENTA OTROS RASGOS DEL MISMO (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1978).

Hechos.—Doña Ana P. D. presentó demanda sobre tercería de mejor derecho contra la entidad «Seppic I...», embargante, y contra doña Concepción A. Fernández y don Rafael M. A., embargados, suplicando se dictara sentencia declarando: a) Que sobre los bienes muebles embargados por la tercerista y por la entidad «Seppic» tiene preferencia y mejor derecho aquélla, para con su producto, valor o precio ser reintegrada de su crédito con anterioridad al de la expresada Sociedad, ya que la sentencia de remate dictada en los autos de juicio ejecutivo que a su instancia se siguen en el Juzgado número 8 de Sevilla es de fecha anterior, y fue firme con anterioridad a la dictada en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos a instancia de «Seppic .» contra los mismos demandados; b) que igualmente la actora tercerista tiene preferencia y mejor derecho sobre la repetida Sociedad, para ser reintegrada de su crédito con el producto, valor o precio de la participación indivisa de doña Concepción A. Fernández sobre la casa que se describía y sobre la cuota de liquidación de gananciales que tuvo constituida con su marido, ya fallecido; c) que la tercerista tiene preferencia y mejor derecho que la expresada Sociedad sobre los derechos que le pertenecen al también demandado don Rafael M. A. en la sucesión de su fallecido padre y marido de doña Concepción, por las mismas razones.

La Sociedad demandada se opone a la demanda, negando que la tercerista tenga prelación en relación con los bienes que fueron objeto de embargo en los autos principales declarativos de mayor cuantía.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Sevilla dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad.

Doña Ana P. D., tercerista, formula recurso de casación por interpretación errónea del artículo 1.924, número 3, apartado B, y disposición *in fine*, del Código Civil, así como por violación de la doctrina legal del Tribunal Supremo, pues al estimar como título válido y eficaz anterior al embargo sólo la sentencia de remate, rechazando como título válido las letras de cambio vencidas, infringe dicha norma.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara haber lugar al recurso por lo siguiente, según la primera sentencia:

«Considerando que el número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil atribuye preferencia a 'los créditos que sin privilegio especial consten: A) En escritura pública. B) Por sentencia firme si hubiesen sido objeto de litigio'; precisando a continuación que 'estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias', casos en que la certeza del crédito parece *prima facie*

evidente, habida cuenta que la intervención del fedatario público en la primera hipótesis, y el procedimiento judicial en la segunda, garantizan la normal correspondencia entre la realidad documentada y la realidad jurídica.»

«Considerando que, por tanto, como declara la sentencia de 1 de marzo de 1978, no es el crédito en sí lo que concede el privilegio, sino la circunstancia de aparecer éste reflejado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en uno de estos documentos (escrituras, pólizas intervenidas por Agentes de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio—según reiterada jurisprudencia de esta Sala—o sentencias), y concretamente si es quirografario, su preferencia, es decir, su mejor o peor rango frente a los créditos de la misma naturaleza (los que, sin privilegio especial, consten en documentos públicos o sentencias firmes), vendrá fijada con referencia a la fecha de los documentos en que respectivamente tengan aquéllos reflejo, sin que deban intervenir en la calificación jurídica del crédito, cuya naturaleza de preferente se discute, otros rasgos del mismo (exigible o no exigible, líquido o ilíquido, documentado en título ejecutivo o no ejecutivo), trascendentes para determinar diferentes efectos jurídicos de dicho crédito, pero no para dilucidar si puede ser considerado como escriturario.»

«Considerando que también es doctrina reiterada en numerosas sentencias que la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia respecto de otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía este carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados, solamente contra los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación—sentencias de 5 de junio de 1917, 5 de noviembre de 1927 y 20 de noviembre de 1928—, pues si hubiere que atenerse exclusivamente a la prioridad de acceso al Registro, en el caso de la anotación preventiva carecería de sentido la aclaración final del número 4 del artículo 1.923 del Código Civil, ya que el embargo como acto procesal, y su subsiguiente proyección registral, la anotación, nada prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos ni altera la naturaleza de las obligaciones, habiendo declarado la jurisprudencia que la anotación preventiva no constituye título traslativo ni produce efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación, aunque no hayan sido registrados antes (sentencias de 20 de enero de 1954, 18 de febrero de 1954, 12 de junio de 1970, 21 de febrero de 1975 y 8 de abril de 1976).»

«Considerando que la aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos hace estimable el motivo primero del presente recurso, pues admitida por el Tribunal *a quo* que la existencia y crédito de la tercerista—reflejado en dos letras de cambio libradas en 1 de abril de 1970 y con fechas de vencimiento en 7 del mismo mes y año—es anterior a la fecha del embargo (8 de abril de 1970) llevado a término por 'Seppic...' contra los bienes de los deudores comunes, resulta incuestionable la total inoperancia de la precitada medida cautelar, que sólo puede surtir efecto contra los créditos contraídos con posterioridad a la misma y, en consecuen-

cia, no puede prevalecer frente a una sentencia de remate la otra que cubre el crédito de aquél.»

«Considerando que igual suerte estimatoria ha de correr el motivo segundo, porque con arreglo a reiterada jurisprudencia cualquier título será suficiente para enervar los efectos del embargo, con tal que se acredite de cualquier modo que existía y había vencido con anterioridad al mismo (sentencias de 25 de noviembre de 1926 y 24 de febrero de 1936); lo que no puede crearse es un título posterior que antes no existiera; pero sobre la base de su existencia se mejora de forma especial si deviene litigioso (sentencias de 27 de enero y 13 de junio de 1958), por lo que cuando la sentencia recurrida sólo estima como título válido y eficaz anterior al embargo la sentencia de remate, rechazando como tal las letras de cambio vencidas, infringe por interpretación errónea el artículo 1.924, número 3.º, apartado B), y disposición final, y por violación de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias anteriormente citadas, procediendo por todo lo expuesto la estimación íntegra del recurso.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda de la tercerista.

CONCEPTO DE HELECHAL EN NAVARRA. EL TERCERO HIPOTECARIO DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA EN CASO DE DOBLE INMATRICULACION: CRITERIOS DE SOLUCION. AL SER EL DERECHO DE HELECHAL COMPATIBLE CON EL DOMINIO INSCRITO A FAVOR DE UN AYUNTAMIENTO, NO CABE ALEGAR INFRACCION DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. REFERENCIA A LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1978).

Hechos.—Don Benigno Manuel A. C., don Ceferino B. E., don Francisco A. E. y don José Ramón A. A. formulan demanda contra el Ayuntamiento de Goizueta, contra el Estado y contra la Diputación Foral de Navarra, alegando ser propietarios, respectivamente, de las fincas que aparecían descritas como «helechales», en las cuales existen unos árboles, que el Ayuntamiento demandado había incluido en el lote subastado como si formaran parte del Monte de Utilidad Pública inscrito a favor del mismo. Por ello suplican se dicte sentencia declarando que los demandantes son propietarios de dichas fincas, condenándose además al Ayuntamiento de Goizueta a abonar a cada uno de aquéllos el importe de los árboles que crecen en sus respectivas propiedades y que fueron talados y vendidos en pública subasta por la Corporación municipal, cuyo valor se determinará en período de ejecución de sentencia, y se disponga la nulidad y cancelación de inscripciones que consten a favor del Ayuntamiento demandado y que contradigan el derecho de propiedad de los actores.

La parte demandada contesta oponiéndose y señalando que los actores sólo tienen en esas fincas el derecho de aprovechamiento secundario de helechos y no la propiedad, que corresponde al Ayuntamiento por formar parte del monte de 5.155 hectáreas inscrito en el Registro a su favor.

El Juez de Primera Instancia de Pamplona número 2 dictó sentencia

desestimando la demanda, siendo dicha sentencia confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Los actores interponen recurso de casación por violación de los artículos 348 y 349 del Código Civil; de la doctrina legal relativa a la acción reivindicatoria; de la Ley 388 de la Compilación de Navarra y por aplicación indebida de dicha ley, ya que el concepto de helechal significa en el presente caso la naturaleza o destino de la finca, texto legal que es aplicable a pesar de su fecha, pues, como señala la Ley 1, se recoge en ella el vigente Derecho civil del antiguo Reino, y por no aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, dado que los actores adquirieron a título oneroso y de buena fe de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitir.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la desestimación de los motivos primero y segundo, formulados en apoyo del recurso de casación de que se trata y al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en pretendida infracción por violación, respectivamente, de los artículos 348 y 349 del Código Civil y doctrina legal referente al ejercicio de la acción reivindicatoria, surge con sólo tener en cuenta que los recurrentes para fundamentar tales motivos hacen supuesto de la cuestión, tratando de sustituir con su criterio el de la Sala sentenciadora, sancionador de que aquéllos no han justificado dominio sobre las respectivas fincas de que se titulan dueños, sino simplemente un mero derecho de aprovechamiento de helecho en terrenos comunales pertenecientes al Ayuntamiento, lo que no ha sido impugnado por el cauce adecuado de error de hecho que acoge el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sería el procedente, y no el del número 1.º del mismo precepto ejercitado, según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 13 de junio de 1936, 20 de febrero de 1940, 20 de abril de 1948, 20 de octubre de 1951, 9 de mayo de 1958, 18 de febrero y 14 de junio de 1965, y mayormente en el supuesto, cual el ahora examinado, de planteamiento de acción afectante al dominio, y concretamente a la justificación de los esenciales requisitos exigibles para su viabilidad alegados por los actores, que con aspectos fácticos, cuya apreciación incumbe al juzgador de instancia, cual tiene declarado este Tribunal en sentencia de 29 de septiembre de 1966, y como de tal índole únicamente atacable con la eficaz desvirtuación de los hechos en que se base, porque entender lo contrario determinaría el alterar la esencia y naturaleza del recurso de casación, que, como ya ha tenido ocasión de proclamar esta Sala reiteradamente, y de ello es exponente la sentencia de 9 de junio de 1933, por su carácter extraordinario y singular, es bien distinto de una tercera instancia y, por tanto, no permite inquirir, comparar ni aquilatar las pruebas practicadas en el pleito para establecer conclusiones diferentes a las sentenciadas por el Tribunal de instancia al apreciarlas.»

«Considerando que a igual solución desestimatoria es de llegar en orden a los motivos tercero y cuarto, en que los mencionados recurrentes se amparan, por pretendida violación y aplicación indebida, respectivamente, del artículo 388 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por Ley de 1.º de marzo de 1973, porque establecido

por esta normal legal que 'bajo la denominación de «helechal», cuando este término no aparezca empleado exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca, se entienden los derechos de aprovechamientos de las producciones espontáneas de helecho de montes comunales', y reconocido en la sentencia recurrida, sin adecuada impugnación, que los demandantes—recurrentes—no han acreditado su pretendido dominio sobre las fincas de que se trata, sino simplemente el derecho al aprovechamiento de los helechales de los terrenos de monte comunal a que corresponden en sucesión familiar, claro es que ni se produce en dicha resolución violación ni aplicación indebida del invocado precepto legal, sino que, por el contrario, en ella se guarda adecuado acatamiento a él y se le da correcta aplicación, dado que si, de una parte, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 16 de abril de 1964, la violación no se reduce sólo a su significado gramatical de infringir o quebrantar un precepto legal, sino que abarca los problemas que originan la inexistencia, subsistencia o determinación del alcance de la norma que se suponga violada, bien contemplado de un modo positivo—vulnerando el alcance de la norma—o ya de manera negativa—al no aplicarla cuando es procedente—, y si, de otra parte, conforme se pone de manifiesto en la sentencia de este Tribunal de 18 de junio de 1963, la aplicación indebida depende de que en el caso concreto que se contemple se den o no aquellas circunstancias de hecho tenidas en consideración por el legislador, precisamente para regular en un determinado sentido el evento que se previene, resulta indudable que en el caso ahora examinado al no reconocerse en la sentencia en cuestión que la denominación 'helechal' aparece empleada exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de las referidas fincas, hay que entenderlo, como se hace en aquella resolución, con la exclusiva limitación al aprovechamiento de las producciones espontáneas del helecho de montes comunales, según el mencionado artículo 388 de la citada Compilación establece, pues con ello se produce tanto exacta adecuación al mismo, impeditiva de violación, como se guarda acatamiento a las circunstancias que en él se previenen, que obsta una indebida aplicación.»

«Considerando que tampoco es de estimar violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que se aduce como soporte del motivo quinto del recurso, no aplicado, con amparo en el precitado número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites Civil, porque la cualidad de tercero hipotecario de los demandantes-recurrentes, que éstos pretenden con fundamento en aquel precepto hipotecario, es una cuestión nueva, al no haber sido planteada en el pleito examinado, en el que ningún apoyo fundamentador se hizo con base en tal norma legal, con lo que ninguna infracción de ella se pudo producir en la sentencia recurrida, implicando que su planteamiento tardío en casación sea improcedente, como previenen las sentencias de esta Sala, entre otras, de 22 de mayo de 1935, 20 de enero de 1958 y 21 de abril de 1961, y bajo otro aspecto, en todo caso, porque reconocido en la tan citada sentencia recurrida que las fincas en cuestión 'forman parte de un monte inscrito a nombre del pueblo de Goizueta en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, en 14 de marzo de 1912, y que figura en el Registro de la Propiedad a favor de dicho Ayuntamiento, inclusión llevada a cabo sin oposición por parte de nadie' (considerando primero de la sentencia de segunda instancia), impide que los precitados demandantes-recurrentes puedan pretender el reconocimiento de

derechos derivados del carácter de terceros hipotecarios que el aludido artículo 34 protege, porque cuando, como en el presente caso ocurre, por cualquier causa se producen inscripciones contradictorias, derivadas de las respectivamente practicadas a nombre de los demandantes y de la Corporación Municipal demandada, cuyos pretendidos derechos apoyan los otros demandados, a falta de acuerdos, no producidos en el supuesto examinado, corresponde a los Tribunales fijar, según las circunstancias del caso, el valor de los derechos respectivamente derivados de las mismas, al surgir una pugna que hay que resolver contenciosamente en el oportuno juicio declarativo ordinario, que es el ahora producido, debiendo estarse, en definitiva, a lo que determina la correspondiente resolución, al efecto de eliminar la doble inmatriculación, según se evidencia del contenido del artículo 313 del vigente Reglamento Hipotecario, lo que ciertamente ha de conducir, en virtud de los principios informadores de nuestro sistema registral inmobiliario, y concretamente del de la fe pública, que el reconocimiento en favor de quien proceda de la cualidad de tercero hipotecario sólo se puede efectuar para el caso que, mediante la correspondiente sentencia, haya quedado definitiva y firmemente resuelto dicho juicio, al efecto de eliminar la doble inmatriculación producida, previa la comparación o contraste entre las dos hojas registrales, a fin de determinar cuál de ellas debe prevalecer, y cuando esto no sea posible, considerar neutralizada recíprocamente la fe pública de ambas hojas registrales, inhibiéndose las normas hipotecarias, ya que no puede invocarse entonces la fuerza del Registro, y debiéndose resolver el problema planteado conforme a las normas del Derecho civil puro, lo que viene a confirmar el meritado artículo 313 del Reglamento Hipotecario al presuponer la necesidad de una declaración judicial acerca del mejor derecho al inmueble, pues que únicamente a partir de la sentencia que defina el mejor derecho de los discrepantes—en este caso demandante y la Corporación municipal demandada—es cuando podrán aplicarse las consecuencias, en sus respectivos supuestos, derivables bien de si sólo uno de los titulares tenga aquella consideración de tercero hipotecario protegido, para que prevaleciere la hoja o registro particular a él correspondiente, ya de que todos tengan la condición de terceros que reúnan las circunstancias que señala el indicado artículo 34, atribuyendo la preferencia que corresponda al respectivo y correspondiente derecho inscrito conforme a su naturaleza, ora, de no reunir ninguno de los titulares la condición de tercero hipotecario, resolviéndose la pugna conforme al Derecho Civil puro, con omisión de las normas de índole hipotecaria, y siempre en sentencia definitiva a decretar registralmente el cierre de las hojas o registros de las fincas duplicadamente inmatriculadas en todo o en parte, a fin de que pueda ordenarse en su día la cancelación de los correspondientes asientos.»

«Considerando que, además, es de tener en cuenta que al establecerse en la sentencia recurrida, por el resultado de los hechos probados que la misma contiene, no desvirtuados adecuadamente, según viene dicho, que los demandantes, ahora recurrentes, no han justificado título acreditativo del pleno dominio que pretenden en orden a las fincas de que se trata, y sí únicamente el del derecho al aprovechamiento de los helechales de las mismas, siempre sería impedimento para reconocer en la litis en cuestión el carácter de tercero hipotecario que los mencionados demandantes-recurrentes pretenden, puesto que la actuación del principio de

legitimación, así como también el de fe pública, en cuanto ambos son manifestaciones de la presunción de Registro exacto, ineludiblemente requieren, a efectos de apreciación de tercero hipotecario, que quien pretenda tener tal carácter acredite, cual no se ha efectuado en el presente caso, la existencia de título amparador del dominio que se pretenda al respecto, a fin de posibilitar comparación con el que ostente aquel contra quien el carácter de tercero hipotecario se intente hacer valer, por la sencilla razón que un derecho meramente limitativo del dominio, cual el de aprovechamiento de helcchales que la sentencia en cuestión se limita a reconocer en favor de los tan citados demandantes-recurrentes, en cuanto es compatible con el dominio pretendido en relación jurídica comunal, inscrito también registralmente en favor de la Corporación municipal demandada, por ésta alegado y que asimismo la sentencia recurrida reconoce, no genera los efectos deducibles del examinado artículo 34 de la Ley Hipotecaria, dado que precisamente todo derecho limitativo de dominio supone la posibilidad de éste.»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD HORIZONTAL: DISTINCION ENTRE ESTATUTOS Y REGLAMENTOS DE REGIMEN INTERIOR. EL ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL POR MAYORIA PROHIBIENDO ESTABLECER EN UNA VIVIENDA UN CONSULTORIO MEDICO, ES NULO POR IMPLICAR UNA LIMITACION DEL DERECHO INDIVIDUAL DEL PROPIETARIO QUE SOLO CABE IMPONER POR UNANIMIDAD. DISTINCION ENTRE CLINICA Y CONSULTORIO (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1978).

Hechos.—Don César Gavilán A. formuló demanda contra la Comunidad de Propietarios de la casa número 14 de la calle de Juan Hurtado de Mendoza de Madrid, sobre nulidad de acuerdos y otros extremos, alegando que en la escritura de división horizontal inscrita en el Registro de la Propiedad se expresó que por no existir Estatutos, la Comunidad se regiría por la Ley de Propiedad Horizontal, sin que tampoco existiera ningún Reglamento de régimen interior; que el demandante comunicó a la Comunidad que en su vivienda, además de habitarla con su familia, pensaba instalar un despacho profesional en el que en horas predeterminadas pasaría consulta a sus posibles clientes, sin necesidad de instalar ninguna clase de aparatos ni hacer modificación alguna en la vivienda; que, con gran sorpresa, observó que se convocaba Junta General Extraordinaria en relación con lo solicitado, tomándose el acuerdo por mayoría, con oposición terminante del actor, de prohibir instalar consultorios o despachos profesionales en cualquier piso, por razón de las notables incomodidades y perturbaciones del normal uso de elementos comunes que se decía iban a producirse; que dicho acuerdo es nulo por implicar el establecimiento de una regla estatutaria limitativa que no obraba en los estatutos y no haber sido tomado por unanimidad; que la tenencia de un despacho profesional en parte de la vivienda del actor no supone la incomodidad que

sanciona el párrafo tercero del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal. Suplica se dicte sentencia declarando la nulidad de dicho acuerdo respecto del actor.

La parte demandada contesta oponiéndose porque entendía que el actor había planteado su acción una vez caducado el plazo para impugnar acuerdos sociales, y para el caso de no apreciarse caducidad, entendía que el acuerdo de la Junta era una reiteración de una norma estatutaria implícita, que no es otra que la imposibilidad de transformar el piso comprado para vivienda en consulta o clínica médica.

El Juez de Primera Instancia número 8 de los de Madrid dictó sentencia desestimando totalmente la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El actor interpone recurso de casación por inaplicación del artículo 348 del Código Civil y del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, por aplicación indebida de los artículos 6.º y 13, número 4.º, de dicha ley, distinguiendo los Estatutos de los Reglamentos de régimen interior, no pudiéndose privar en éstos de derechos de los propietarios sobre sus bienes singulares; por aplicación indebida de la regla 2.ª del artículo 16 de la repetida ley en relación con el artículo 5.º de la misma, y por no aplicación de la regla 1.ª del expresado artículo 16 en relación con el 5.º

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara haber lugar al recurso por lo siguiente, que señala después de exponer los motivos en que se apoya el recurrente:

«Considerando que el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales, además de fijar la cuota de participación que corresponde a cada piso o local—determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios, por laudo o por resolución judicial—, podrá contener ‘reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales...’, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad—párrafos 2.º y 3.º del artículo 5 de la Ley especial sobre Propiedad Horizontal—, prescribiendo el párrafo 4.º de este precepto que ‘en cualquier modificación del título... se observarán los mismos requisitos que para su constitución’.»

«Considerando que la Ley especial, en su artículo 6, prescribe que, con independencia de lo que determine el *título constitutivo* de la propiedad por pisos o locales, y ‘para regular los *detalles de la convivencia* y la adecuada *utilización* de los *servicios* y *cosas comunes*, y dentro de los límites establecidos por la ley y los *estatutos*, el conjunto de propietarios podrá fijar *normas de régimen interior* que obligarán también a todo titular’, con lo cual viene a proclamar que existen dos clases de normas de muy distinto rango: unas, las contenidas en el título constitutivo de la propiedad y en los estatutos, que regulan la constitución y el ejercicio del derecho de cada propietario, en orden al uso y destino del edificio, y otras, integradas en el Reglamento de régimen interior, ‘para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización *de los servicios y las cosas comunes*’, y tan esencial es esta diferencia, que mientras ‘para la validez de los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatu-

tos' exige la unanimidad—regla 1.ª del artículo 16—, en cambio, 'para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación'—regla 2.ª del mencionado artículo 16.»

«Considerando que el propietario—y lo mismo el ocupante—de un piso o local sito en un edificio en que coexisten varios en régimen de propiedad horizontal tiene el derecho de gozar y disponer de él, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes—artículo 348, párrafo 1.º, del Código Civil—, y únicamente le está 'prohibido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres'—artículo 7, párrafo 3.º, de la Ley especial.»

«Considerando que, por tanto, si en el título constitutivo de la propiedad del piso-vivienda del actor no figura la prohibición del ejercicio de su profesión por el ocupante ni existen normas estatutarias que lo impidan, resulta evidente que el acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios, que le prohíbe a dicho demandante el establecimiento de su consultorio médico compatibilizarlo con la dedicación de la vivienda a hogar familiar del ocupante del piso, implica una verdadera limitación de sus facultades dominicales, que, a su vez, comporta la modificación de su título de dominio, y para que sea válido exige la unanimidad de todos los propietarios del edificio, como determina la regla 1.ª del artículo 16 de la Ley especial.»

«Considerando que no está de más advertir que consultorio, en general, y con arreglo al Diccionario, es el establecimiento privado donde se despachan informes o consultas sobre materias técnicas, y en sentido médico, el establecimiento dotado de los instrumentos adecuados para el reconocimiento y exploración clínica de los enfermos, mientras que clínica, también según el Diccionario, en la acepción que aquí puede interesar, es el hospital privado, más comúnmente quirúrgico, regido por uno o varios médicos; de donde claramente se infiere que si la instalación de un simple consultorio, que se compatibiliza con la dedicación a vivienda del resto del piso, no implica cambio de destino, sí, en cambio, lo comportaría el montar una clínica, para lo cual se precisan muchos más trámites administrativos, y de ahí que si prohibir la instalación en un piso de un simple consultorio constituye una verdadera limitación de las facultades del propietario, no la integra, en cambio, la prohibición de montar una clínica, que requiere otros trámites más complicados.»

«Considerando que la simple alegación de las posibles molestias que, en su día, pueda originar la concurrencia de clientes al consultorio, en mayor o menor número, es análoga a la que pueden producir las amistades, más o menos numerosas, que acudan a las viviendas de cualquiera de los ocupantes de los restantes pisos del edificio, y, sin embargo, no pueden servir de pretexto para impedir las y ni siquiera para limitarlas.»

«Considerando que si en el proyectado consultorio hubieran de instalarse y tuvieran que funcionar aparatos que produjeran ruidos o emanaciones incómodas, insalubres, nocivas o peligrosas, o se desplegaran actividades inmorales, su prohibición vendrá impuesta por las correspondientes normas y estaría comprendida en el artículo 348 del Código Civil y en los reglamentos complementarios a que implícitamente alude dicho artículo.»

«Considerando que por lo expuesto, se comprende que la sentencia recurrida comete las infracciones legales que el recurrente le imputa en los cuatro motivos del recurso, puesto que: a) viola los artículos 348 del Código Civil y 5 de la Ley especial, al imponer al demandante una limitación en sus facultades dominicales que la ley no establece ni figura en las reglas de constitución de la comunidad; b) aplica indebidamente los artículos 6 y 13, número 4, de dicha Ley especial, pues entiende que el acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios es de régimen interno relativo a utilización de los servicios y cosas comunes, cuando en realidad se refiere al título constitutivo de la propiedad del actor, que pretende modificárselo; c) aplica indebidamente la regla 2.ª del artículo 16 de dicha ley, como si se tratase de un acuerdo de los propios del Reglamento de régimen interior, y d) deja de aplicar, en cambio, la regla 1.ª del referido artículo, a pesar de que se trataba de un acuerdo que implicaba modificación del título constitutivo del actor, para lo cual la expresada regla requiere la unanimidad de todos los propietarios.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VALIDEZ DE LA NORMA ESTATUTARIA DE EXCLUIR A CIERTOS LOCALES DE GASTOS O DE FIJARLES UNA CUOTA DE GASTOS DISTINTA DE LA CUOTA EN ELEMENTOS COMUNES. VALIDEZ DE LA NORMA QUE ATRIBUYE EL DISFRUTE PRIVATIVO DE UNA TERRAZA QUE ES ELEMENTO COMUN A UNO DE LOS CONDOMINIOS. ACUERDO DE LA JUNTA: CONSENTIMIENTO TACITO. INSTALACION DE ASCENSORES. REPARACION POR EL PROMOTOR DEL EDIFICIO DE LAS HUMEDADES PRODUCIDAS POR DEFECTO DE CONSTRUCCION (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1978).

Hechos.—Don Gonzalo López de Silanes L., por sí y como Presidente de la Comunidad de Propietarios de un edificio y diversos propietarios de viviendas de dicho edificio formulan demanda contra el promotor don Antonio Osorio, contra la entidad «Industrias Osorio, S. A.», y otros, suplicando se dictara sentencia por la que se declare: a) Que son nulas, carentes de valor y eficacia las normas estatutarias que aparecen aprobadas en Junta Extraordinaria de 3 de noviembre de 1967, que hacen referencia a la exclusión de gastos de ascensor del sótano, bajo y entresuelo, propiedad del demandado don Antonio Osorio, hoy de «Industrias Osorio, S. A.», así como la reducción de gastos de portería al 7 por 100 de la misma finca, y la atribución al demandado don Antonio Osorio, hoy sus herederos, de la terraza o cubierta a título de disfrute privado, por ser dichas normas opuestas a la ley, contrariar los coeficientes asignados a la finca del 18 por 100 en el título constitutivo y no haberse aprobado por la totalidad de los propietarios. b) Subsidiariamente, para el supuesto de que no se estimase el anterior pedimento, que el acuerdo de la Junta de la Comunidad de Propietarios de 17 de julio de 1974 declaró irregulares, o lo que es igual, contrarias a la ley o nulas, las cuotas o coeficientes de participación de la finca primera, o sea, sótano, bajo y entresuelo, que venía satisfaciendo o fueron aplicadas a la repetida finca, con el solo voto en contra del señor Osorio, sin que aquel propietario impugnase el acuer-

do recurrido en el término de treinta días, por lo que quedó firme para el mismo. c) Que, en todo caso, el propietario de la finca primera, sótano, bajo y entresuelo, hoy de «Industrias Osorio, S. A.», no debe quedar exento o excluido de los gastos de sostenimiento y conservación de los ascensores, por tener acceso el local a las escaleras y ser dicha exención contraria a la ley, viniendo obligado a satisfacer dichos gastos con arreglo al coeficiente o cuota de copropiedad del 18 por 100 señalado en el título de propiedad horizontal. Y en esta misma proporción debe satisfacer los gastos de portería, luz y motores de elevación de agua. d) Que los demandados vienen obligados a consentir la instalación de nuevos ascensores en sustitución de los antiguos, siendo el acuerdo de la comunidad, que se tomó en Junta Extraordinaria de 3 de octubre de 1974, a que se refiere el apartado d) del hecho quinto de la demanda, vinculante para los demandados, que deben contribuir a los gastos que ocasione la referida instalación con arreglo al coeficiente que figura asignado a su respectivo piso o local y, por consiguiente, corresponde satisfacer a la repetida entidad, como dueña de la finca primera, el 18 por 100 de los gastos que se ocasionen. e) Que el demandado don Antonio Osorio R. viene obligado a dejar libre la azotea o terraza que forma la cubierta del edificio, por tratarse de elemento común para su uso por todos los propietarios del mismo, y en todo caso, no puede impedir que se instale en dicha cubierta el cuarto de maquinaria de los ascensores. f) Que el demandado don Antonio Osorio R., en calidad de promotor de las obras y vendedor de los locales o pisos del edificio, está obligado a efectuar las obras de reparación para las humedades de los pisos altos y de los que dan a la pared sur, en la forma que pericialmente se determine, indemnizando a los propietarios de los mismos de los daños y perjuicios causados, cuyo importe se concretará en período probatorio o en ejecución de sentencia.

Contestada a la demanda con oposición de los demandados, el Juez de Primera Instancia número 1 de Pontevedra dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara haber lugar, en parte, al recurso interpuesto por los demandados, por lo siguiente:

«Considerando que los recurrentes, en los dos primeros motivos de sus respectivos recursos, atacan la apreciación probatoria que hace la sentencia recurrida, alegando que ha incurrido en error de hecho, que pretenden evidenciar con la invocación de determinados documentos auténticos obrantes en autos, que no fueron tenidos en cuenta por ella, a saber: 1.º La certificación obrante, por testimonio, al folio 373, que aparece expedida siete años antes de iniciarse el litigio y que no fue impugnada, la que según tales recurrentes justifica que los acuerdos adoptados en la Junta de 3 de noviembre de 1967 fueron debidamente comunicados y que contra ellos no se produjo reclamación alguna. 2.º El Libro de Actas de las Juntas de la Comunidad litigiosa, que tampoco fue impugnado, que acredita: a) que hasta la Junta de 27 de junio de 1974, no se alegó nada sobre esas supuestas irregularidades en las cuotas de participación en los gastos correspondientes al bajo y entresuelo, y sólo entonces se planteó la posibilidad de reclamar contra ella, y b) que hasta la Junta de 30 de diciembre

de ese año 1974, no se adoptó, por dicha Junta, decisión alguna que contrariase los estatutos adoptados en 3 de noviembre de 1967. 3.º Las escrituras públicas de los folios 33 y 140, que acreditan que los adquirentes de esas viviendas, desde el momento de sus adquisiciones, vinieron acatando y respetando esos estatutos, en la forma que se estipuló en la referida Junta de 3 de noviembre de 1967.»

«Considerando que efectivamente, y como los recurrentes sostienen en esos dos primeros motivos de sus recursos, la sentencia impugnada no tuvo en cuenta lo que los invocados documentos evidencian y desconoce lo que éstos acreditan, que es precisamente una afirmación contraria a la que sirve de base fáctica a la mencionada sentencia para llegar a la tesis anulatoria de tales estatutos.»

«Considerando que en el motivo tercero del recurso formulado por los sucesores de don Antonio Osorio R. y en el tercero y cuarto del deducido por 'Industrias Osorio, S. A.', también por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se combate la apreciación probatoria que hace la sentencia impugnada, atribuyéndole un error de derecho en tal apreciación, al desconocer y prescindir de la fuerza vinculante que a determinadas pruebas confieren los artículos 1.218, 1.225, 1.228 y 1.232 del Código Civil, que resultan violados, se alega en tales motivos: A) En el tercero de ambos recursos, que el Libro de Actas, la certificación del folio 373 y la certificación de 11 de febrero de 1967 unida a los autos para mejor proveer, si se valorasen con arreglo a las normas invocadas, vincularían al Juzgador para proclamar que hasta el 30 de diciembre de 1974, todos los propietarios demandantes respetaron, acataron y aceptaron el artículo 14 de los estatutos de 3 de noviembre de 1967 y el artículo 1.º-3, que autorizó la posesión de la terraza a título privativo y exclusivo del señor Osorio, y que todos los demandantes son copropietarios desde antes de esa última fecha, salvo dos, que lo adquirieron posteriormente. B) En el cuarto motivo del recurso de 'Industrias Osorio, S. A.', se sostiene que se viola el artículo 1.232 del Código Civil, al no otorgar a la confesión judicial del Presidente de la Comunidad la fuerza probatoria que le confiere dicha norma, y no estimar probado que desde la fecha en que se aprobaron los estatutos, todos los propietarios de las distintas fincas o viviendas vienen pagando su participación en los gastos comunes, de acuerdo con lo que en dichos estatutos se estableció.»

«Considerando que también resulta patente que si los Juzgadores de instancia hubieran tenido en cuenta lo que esas normas valorativas de la prueba ordenan, hubieran tenido que proclamar esas afirmaciones fácticas que tales elementos probatorios aseveran, y que la sentencia recurrida omite; por lo que también esos tres motivos del recurso tienen que prosperar.»

«Considerando que en los motivos 5.º, 6.º y 7.º de ambos recursos se imputan a la sentencia recurrida las siguientes infracciones legales: A) En el 5.º, interpretación errónea del artículo 16, norma 1.ª, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, que comete dicha sentencia, al declarar la nulidad y carencia de valor y eficacia del artículo 1.º, párrafo 3.º, de los estatutos de 3 de noviembre de 1967, sobre la base de que entrañando una modificación del título constitutivo, necesitaba la aprobación unánime requerida por la invocada norma, que no se obtuvo por no concurrir todos los propietarios a la referida Junta, desconociendo los Juzgadores de instancia—dicen los recurrentes—que el artículo 16 mencionado

posibilita la obtención del *consensus*, tanto expresa como presuntivamente, por actos posteriores de los no asistentes a la Junta, dejando transcurrir el plazo de caducidad de la correspondiente acción impugnativa del acuerdo adoptado y demostrando una adhesión tácita a él, acatando los estatutos establecidos en la Junta. B) En el motivo 6.º, ambos recurrentes alegan que la sentencia impugnada ha cometido la violación o falta de aplicación de la doctrina legal contenida en las sentencias que citan, sobre el consentimiento tácito, que se deduce del hecho inequívoco de que desde la aprobación de los estatutos de 3 de noviembre de 1967, la totalidad de los propietarios—salvo los que fueron adquirentes posteriores—acataron y respetaron las normas estatutarias hasta el 30 de noviembre de 1974. C) En el motivo 7.º, alegan también ambos recurrentes que la sentencia que combaten no sólo omite el hecho constatado de la eficacia y aplicación de las normas estatutarias impugnadas durante siete años, sino que además inaplica la doctrina legal de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, contenida en las sentencias que señalan, al condenar al primero de dichos recurrentes a consentir la instalación de la sala de maquinaria de ascensores sobre la terraza, y al segundo, a contribuir en un 18 por 100 a los gastos de instalación de los ascensores y gastos de portería, cuyos pronunciamientos contrarían la doctrina legal invocada.»

«Considerando que en el motivo octavo, los sucesores de don Antonio Osorio Rodríguez, por oportuna vía, denuncian la violación o falta de aplicación del artículo 5.º, párrafos 3.º y 4.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, que, según ellos, comete la sentencia recurrida, al declarar que es contrario a la ley el artículo 1.º, párrafo 3.º, de los estatutos, en cuanto atribuye a su causante el uso privativo de la terraza, mientras conserve la propiedad de pisos o locales en el inmueble litigioso, pues los preceptos invocados autorizan a que en el título constitutivo o por posterior modificación del mismo, se regule el uso o destino del edificio, de sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, de donde se infiere—según los recurrentes—que la norma estatutaria aludida no es contraria a la ley, ya que los copropietarios pueden conceder el uso y disfrute privativo de la terraza a uno de los condueños, siempre que haya unanimidad, si no se estableció en el título constitutivo.»

«Considerando que 'Industrias Osorio, S. A.', en el motivo octavo de su recurso, denuncia la violación o falta de aplicación de los artículos 3.º, b), párrafo segundo; 5.º, párrafos segundo y tercero, y 9.º, número 5.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, que dice comete la sentencia recurrida, al declarar carente de valor y eficacia la norma estatutaria contenida en los apartados B) y C) del artículo 14, relativa a la exención de contribuir a los gastos de ascensor y reducción al 7 por 100 de los gastos de portería por parte del propietario del bajo y entresuelo, por entender que dicha norma es contraria a la ley y a los coeficientes asignados al bajo y al entresuelo en el título constitutivo; según este recurrente, es cierto que la Ley de Propiedad Horizontal exige que en el título constitutivo—artículo 3.º—se fije la cuota de participación en los elementos comunes, por lo que constituye derecho necesario la asignación de la cuota, pero también es cierto que no prohíbe, sino que autoriza que atendiendo al uso que ocasionalmente se presuma que va a efectuarse del servicio—artículo 5.º, párrafo segundo—, se exima de ciertos gastos o se reduzca la cuota, llegando a autorizar expresamente en el párrafo 5.º del artículo 9.º que el reparto

se haga *con arreglo a lo especialmente establecido*, cuya libertad de pactos proclama igualmente el párrafo segundo del apartado b) del artículo 3.º y sancionan las sentencias de 22 de abril de 1974 y 27 de abril de 1976.»

«Considerando que resulta acreditado por los recurrentes que la sentencia recurrida ha incurrido en un evidente error de apreciación probatoria, al no tener en cuenta: 1.º Que las cláusulas estatutarias fueron aprobadas en la Junta de 3 de noviembre de 1967, y no han sido impugnadas por los no asistentes a ella dentro de los treinta días siguientes al en que llegaron a su conocimiento. 2.º Que desde entonces vinieron siendo acatadas por todos los propietarios de los locales y viviendas ubicadas en el edificio litigioso sin el menor reparo. 3.º Que en la Junta de 16 de julio de 1974 sólo se habló de recabar asesoramientos jurídicos sobre una supuesta irregularidad en las cuotas de participación correspondientes al bajo y al entresuelo, propiedad del señor Osorio, pero sin variar las cuotas de distribución de gastos. 4.º Que aunque en la Junta de 30 de diciembre de ese mismo año se aprobó un presupuesto para 1975, con unas cuotas de participación diferentes de las que se habían aprobado en la Junta de 3 de noviembre de 1967, este acuerdo fue impugnado y declarado nulo por la Audiencia Territorial en sentencia de 23 de marzo de 1974, que no consta haya sido recurrida.»

«Considerando que sentadas estas afirmaciones, aparece notorio que la sentencia recurrida infringe las normas que se denuncian por los recurrentes en los motivos anteriores, los cuales, por tanto, tienen que ser estimados, pues declara nulas unas cláusulas estatutarias legalmente pactadas, que no sólo fueron impugnadas dentro de plazo, sino que desde su adopción vinieron siendo acatadas y respetadas por todos los obligados.»

«Considerando que en el motivo cuarto del recurso de los sucesores de don Antonio Osorio R., se denuncia un supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba, que se pretende evidenciar con la invocación de la copia de la escritura de división horizontal de 2 de enero de 1964, obrante al folio 58, a tenor de la que, según dichos recurrentes, ése es el día *a quo* del que debe arrancar el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 1.591 del Código Civil.»

«Considerando que para la desestimación de este motivo basta tener en cuenta que el documento invocado carece de todo signo de autenticación, ya que es una simple xerocopia sin firma de ninguna persona o funcionario que garantice su autenticidad, y, además, aunque estuviera debidamente autorizada, nunca constituiría prueba irrefutable de que en la fecha de la declaración estaba concluida la obra, ya que el artículo 8.º, regla 4.ª, de la Ley Hipotecaria también admite la inscripción de los edificios en régimen de propiedad por pisos *una vez comenzada la obra*.»

«Considerando que en el motivo noveno, los sucesores de don Antonio Osorio R. alegan que la sentencia recurrida infringe, por violación o falta de aplicación, el artículo 1.253 del Código Civil, al conjeturar que las humedades apreciadas en el inmueble de litis son consecuencia de defectos constructivos, para concluir proclamando que incumbe al promotor de su reparación, ya que, en opinión de tales recurrentes, no hay enlace lógico entre aquel hecho base y la conclusión deducida.»

«Considerando que en el motivo décimo, esos mismos recurrentes sostienen que la sentencia recurrida infringe por violación el artículo 1.490

del Código Civil, en relación con los 1.484, 1.485 y 1.486 del mismo Cuerpo legal, al no estimar la caducidad de la acción entablada respecto a la reparación de las humedades denunciadas, que, en opinión de tales recurrentes, son defectos o vicios ocultos.»

«Considerando que en el motivo undécimo imputan a dicha sentencia la violación del artículo 1.591 del Código Civil, por equiparar la existencia de humedades en el edificio a su ruina incipiente y no estimar caducada la acción esgrimida, pues desde la declaración de la obra nueva, hecha en 2 de enero de 1964, hasta la presentación de la demanda, realizada el 7 de marzo de 1975, habían transcurrido más de diez años y había caducado dicha acción.»

«Considerando que para comprender la improcedencia de todos estos motivos basta tener en cuenta: 1.º Que la sentencia de primer grado, aceptada por la de apelación para condenar a la reparación de las denunciadas humedades, se basa en que provienen del 'mal estado de la terraza' y de 'no existir en la misma ni la masa asfáltica—necesaria—ni sumideros de desagüe, y de estar las paredes sin cales y descorchadas', según el informe pericial obrante en autos, lo cual demuestra que la sentencia no hace uso de presunciones, sino que, por apreciación de las pruebas directas—reconocimiento judicial y pericial—, estima cuáles son las causas originadoras de tales humedades. 2.º Que la sentencia de segundo grado proclama que esa condena, fundamentada por el Juzgado en aquella exterior consideración, 'viene reforzada por el reconocimiento de la existencia de las humedades aducidas, que, en cuanto es reveladora de un *defecto constructivo*, demanda su reparación, que, según doctrina jurisprudencial, incumbe al promotor'. 3.º Que no habiendo acreditado los recurrentes cuál era el día en que debió comenzar a correr el plazo de caducidad de esta acción reparadora de daños y perjuicios por defectos constructivos, y no estando tampoco proclamado en la sentencia ni reflejado en la prueba practicada, no puede estimarse tal caducidad.»

«Considerando que en el pedimento, letra G), del suplico de la demanda, los actores tienen buen cuidado de postular que se condene a los demandados 'a efectuar las obras de reparación de las humedades de los pisos altos y los que dan a la pared sur, contigua al Casino Mercantil, en la forma que pericialmente se determine, indemnizando a los propietarios de los mismos de los daños y perjuicios causados, cuyo importe se concretará en período probatorio o en *ejecución de sentencia*'; por tanto, se impone la desestimación del motivo duodécimo, en que por adecuada vía, se denuncia la supuesta incongruencia de la sentencia y la violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al deferir para el período de ejecución aquella determinación, ya que con arreglo a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cabe reservar para este período la fijación del importe de esa condena.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo desestima los pedimentos contenidos en los párrafos a), b), c) y e) del suplico de la demanda inicial de los autos, así como también el contenido en el inciso final del párrafo d), relativo a la cuota que se atribuye a «Industrias Osorio, S. A.», y estima parcialmente el pedimento contenido en el primer inciso del párrafo d), relativo a quedar vinculados los demandados a consentir en la instalación de nuevos ascensores—con tal de que no se realice en la terraza, cuyo disfrute es privativo de los herederos de don Antonio Oso-

rio R.—, en cuyo concreto particular condena a los demandados, absolviéndoles del resto de las peticiones contenidas en la demanda, salvo las del párrafo d), cuya condena ha quedado firme.

RETRACTO DE COLINDANTES: DEMANDA DENTRO DE PLAZO. NO IMPUGNADA OPORTUNAMENTE LA PROVIDENCIA DANDO POR ADMITIDA LA DEMANDA, NO CABE ALEGAR EN CASACION UN DEFECTO PROCESAL YA SUBSANADO PARA APOYAR UNA PRETENDIDA CADUCIDAD DE LA ACCION DE RETRACTO. EL CONOCIMIENTO DE LA VENTA POR EL RETRAYENTE HA DE SER COMPLETO, A EFECTOS DEL COMPUTO DE LA ACCION (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1978).

Hechos.—Doña Mercedes C. Pellicer, nudo propietaria de una finca, presentó demanda contra don Constantino B. Borrás y don José O. Pastor, sobre retracto de colindantes, alegando que hacía tres días había tenido conocimiento de que ambos demandados, suegro y yerno, habían comprado un campo colindante con el suyo de siete hanegadas y media, y suplicando se dicte sentencia por la que se condene a los demandados a que dentro de tercer día otorguen a favor de la actora escritura de venta de la finca objeto de retracto, bajo apercibimiento de otorgarse de oficio a costa de los demandados, en otro caso.

La parte demandada se opone contestando que se trata de dos fincas y no de una; que el campo de la actora no linda con el campo de seis hanegadas, tres cuarterones y cuarenta brazas, ni tampoco con el otro campo comprado de una hanegada, un cuartón y diez brazas, del que está separado por un canal de riego; que no se han acompañado a la demanda las copias de los documentos que previene la ley como base del retracto; que la acción había caducado, por no subsanar tal defecto y haber transcurrido ya el plazo de nueve días, y subsidiariamente, que tampoco sería viable la acción ejercitada, dado que conocía la venta y sus condiciones con mucha antelación.

El Juez de Primera Instancia de Gandía dictó sentencia estimando la demanda, señalando como precio el de 100.000 pesetas por hanegada más el importe de los gastos correspondientes.

Apelada la anterior sentencia por la parte demandada, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia estimó en parte el recurso, revocando parcialmente la sentencia y declarando que sólo procedía el retracto en cuanto a una finca de superficie cuatro hanegadas y veintisiete brazas y media, finca registral 33.976, condenando a los demandados a que dentro de veinte días otorguen escritura de venta a favor de la actora, a razón del citado precio de 100.000 pesetas por hanegada.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados, por lo siguiente:

«Considerando que el retracto de colindantes, que el artículo 1.523 del Código Civil establece en favor de los propietarios de tierras contiguas cuando se vende una finca rústica en la que concurra esta circunstancia de colindancia, y no exceda de una hectárea su cabida ni estuviesen separadas por alguno de los accidentes de terreno que dicho precepto legal

enumera, es uno de los retractos legales que, en términos generales, el artículo 1.521 del mencionado Código define y cuyo válido ejercicio, en el orden procesal, viene condicionado por el cumplimiento de determinados requisitos que en forma imperativa tiene establecidos el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y este derecho a retraer concurre en la demandante, la cual presentó su demanda dentro del improrrogable plazo de nueve días, a contar del en que la inscripción de la compraventa por el demandado en el Registro de la Propiedad tuvo lugar, como así lo declara la sentencia objeto del recurso, confirmando la de primer grado, que estimó la demanda, frente a la cual se alza el presente recurso, que consta de tres motivos, de los cuales, en este momento procesal decisorio, sólo cabe el examen y resolución del primero y tercero, dado que el segundo fue rechazado en la fase de admisión, al ser declarado inadmisibile, y resolviendo ya sobre el primero de tales motivos, su desestimación resulta obligada, por cuanto que acogido al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en él se acusa la infracción, por inaplicación, del número 7.º del artículo 1.618 de la misma, sin citar precepto alguno sustantivo en que apoyar la caducidad de la acción, que dice producida a causa de no haberse presentado con la demanda copia de la escritura de poder del Procurador de la parte actora y haber transcurrido con exceso el plazo válido para retraer cuando, a instancia del recurrente, una vez emplazado y comparecido en las actuaciones, se subsanó dicho defecto, y aparte de ser precepto meramente procesal el que como intríngeo se alega, no apto para sustentar en él un recurso de casación de fondo, es lo cierto que el Juez de Primera Instancia dictó providencia teniendo por presentada la demanda e intentando el retracto, la que admitió a trámite, ordenando depositar la cantidad consignada para responder del precio de la venta en la Caja General de Depósitos, y conforme dispone el artículo 1.622, acordó la suspensión del curso del procedimiento hasta que se acreditase la celebración del acto de conciliación, y una vez realizado esto se emplazó al demandado recurrente con entrega de las correspondientes copias, quien al advertir la omisión de la copia del poder antes referido solicitó su entrega, la que le fue facilitada, previo requerimiento, para que la aportase a la parte demandante, pero sin que impugnase en el momento procesal oportuno la resolución que tuvo por intentado el retracto y admitida la demanda, por lo que no le es factible alegar posteriormente esta excepción y pretender oponer al retracto ejercitado un defecto procesal que, precisamente a su instancia, fue subsanado, y así lo tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 23 de marzo de 1949 y 18 de enero de 1951.»

«Considerando que igual suerte desestimatoria ha de merecer el tercero y último de los motivos, amparado, como el anterior, en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que denuncia infracción, por violación a causa de su inaplicación, del artículo 1.524 del Código Civil, relacionado con el 1.623 de la referida Ley Procesal, por estimar el recurrente que la demandante tuvo conocimiento de la venta de la finca objeto del retracto con bastante anterioridad a la inscripción registral, pues si bien es cierto que desde la fecha de la compraventa y la de la inscripción transcurrió cerca de un año y que, conforme indica el citado artículo 1.524, si la retrayente hubiere tenido conocimiento durante ese dilatado lapso de tiempo de la enajenación, habría de computarse el plazo

preclusivo de los nueve días a partir del en que tuvo noticia de la transmisión de la finca objeto del retracto, no es menos cierto que, como tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial, ese conocimiento ha de ser completo de todos los pactos, condiciones y circunstancias en que la venta se haya realizado, para que de ese modo pueda decidir, con suficientes elementos de juicio, si le conviene o no ejercitar la acción retractual, y a este respecto, la sentencia impugnada expresamente declara que 'la retrayente no tuvo conocimiento completo de la compraventa de las fincas de los demandados con anterioridad al momento señalado en la demanda o la inscripción registral', por lo que esta declaración fáctica es la que ha de prevalecer dado que no ha sido impugnada por la vía adecuada, que lo era la del número 7.º del mencionado artículo 1.692, habiéndose limitado el recurrente a pretender que prevalezca su criterio frente al más objetivo, ponderado e imparcial del Tribunal *a quo*, lo que no le es lícito.»

J. M. G. G.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

EL EJERCICIO DEL DERECHO A NO INGERIR ALIMENTOS. LIMITES CUANDO SE ESTA EN PRISION. PROCEDIMIENTO PENITENCIARIO SANCIONADOR (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE FEBRERO DE 1980).

I. ANTECEDENTES

1. Don Marcelino C. A. está en prisión preventiva por motivos político-sociales en Carabanchel. Estamos a finales del año 1970, cuando el Consejo de Guerra de Burgos. El 3 de diciembre de 1970, don Marcelino toma la decisión de no comer para exteriorizar así su disconformidad con las peticiones de pena de muerte que se hacían en Burgos. Esta actitud de don Marcelino es también adoptada por otros seis reclusos.

2. El Director de la Prisión de Carabanchel al tener conocimiento del hecho ordena el aislamiento de don Marcelino C. A.

3. Don Marcelino C. A. desde su celda de aislamiento cursa una instancia al Presidente de la Junta de Régimen y Administración, en la que alega que su decisión era de carácter individual y solicita ser devuelto a su galería y régimen penitenciario normal.

4. Tres días después de la decisión de no comer, el día 6 de diciembre a la hora del desayuno, don Marcelino C. A. pone fin a su abstinencia voluntaria.

5. El día 10 de diciembre se notifica a don Marcelino C. A. que la Junta de Régimen y Administración ha calificado los hechos (los del apartado 1, como es lógico) como constitutivos de una *FALTA MUY GRAVE*, imponiéndole la sanción de veintiún días de *AISLAMIENTO* en celda, con las accesorias inherentes a aquella sanción.

6. Don Marcelino C. A. interpone recurso de alzada ante la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, la cual el 17 de febrero de 1971 lo desestima.

7. Interpone entonces el preso recurso contencioso-administrativo, que es desestimado por la sentencia de la Sala Tercera de la Audiencia Madrileña el 21 de mayo de 1974.

8. Apela entonces don Marcelino C. A. al Tribunal Supremo, que en

sentencia de la Sala 4.ª revoca parcialmente la apelada el día 18 de febrero de 1980. La falta se considera ahora grave y la sanción procedente de seis días de aislamiento en celda.

II. LA SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1980

Los considerandos de esta sentencia, de la que fue ponente el excelentísimo señor don Eugenio Díaz Eimil, son los que siguen:

Primer considerando: Que el tema del presente proceso consiste en determinar la legalidad de la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 17 de noviembre de 1971, por la cual se desestimó el recurso de alzada interpuesto por el actor contra el acuerdo de la Junta de Régimen del Centro Penitenciario de Hombres de Carabanchel de 10 de diciembre de 1970, que impuso a dicho actor—preso preventivo por motivos políticos-sociales—la sanción de veintiún días de aislamiento en celda, como autor de la falta muy grave prevista en el artículo 112, número 3, del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956; sanción que es confirmada por la sentencia apelada, frente a la cual se reiteran en esta segunda instancia las dos cuestiones litigiosas resueltas en la misma y que consisten, la primera, de índole formal, en resolver si el procedimiento administrativo a seguir en la imposición de dicha medida es el sancionador general establecido en los artículos 133 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo o el especial regulado en el artículo 114 del citado Reglamento, y la segunda, de derecho material, en determinar si el hecho imputado constituye o no infracción del régimen penitenciario y, en su caso, cuáles son la calificación y sanción procedentes.

Segundo considerando: Que la sentencia apelada es jurídicamente correcta, en cuanto acepta *la tesis de la aplicación directa y preferente del procedimiento sancionador previsto en el Reglamento citado, aunque éste no venga expresamente comprendido entre los declarados subsistentes por el Decreto de 10 de octubre de 1958 (R. 1.695 y N. Dicc. 24.709), dictado en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 3.º de la disposición final 1.ª de la Ley de Procedimiento Administrativo*; pero para mantener tal conclusión no es preciso acudir al razonamiento analógico, inaceptable por excesivamente forzado, de equiparar las infracciones penitenciarias a las previstas en la Ley de Orden Público e incluir el repetido Reglamento entre las disposiciones complementarias que cita el número 14 de dicho Decreto, pues *en fundamento de la conclusión citada es suficiente tener en cuenta que las características especiales del régimen interno de los Centros Penitenciarios exigen en la corrección de las faltas que puedan cometer los reclusos unas condiciones de inmediatez y prontitud, que son incompatibles con el meticuloso cumplimiento de todos los requisitos formales y de plazos que impone el procedimiento sancionador general de la Ley de Procedimiento Administrativo, el cual debe por ello ceder su aplicación directa en beneficio de las nor-*

mas especiales contenidas en el referido Reglamento, cuya observancia legitima el aspecto formal de la acción sancionadora de la Administración Penitenciaria, siempre y cuando se haya dado, tal y como ocurrió en el caso de autos, plena satisfacción al esencial trámite de audiencia del interesado.

Tercer considerando: Que conforme a la doctrina declarada en la sentencia de esta Sala de 23 de abril de 1976, *el ejercicio del derecho a no ingerir alimentos puede encontrar limitaciones en las situaciones jurídicas de especial sujeción cuando dicha conducta excede del ámbito estrictamente individual para convertirse en una actitud de presión más o menos coordinada que entrañe quebranto del orden o disciplina a que vienen sometidas las personas que se encuentren subordinadas a esa especial sujeción o dependencia, y éste es el supuesto del caso de autos, en el que el apelante, en compañía de otro recluso y coincidiendo con otros seis, iniciaron una huelga de hambre como protesta contra las penas de muerte solicitadas en el llamado proceso de Burgos, dando lugar con ello a una anomalía en la vida de la prisión mediante una actitud que excede del lícito acto de renuncia de la ración, prevista en el artículo 256 del Reglamento de Prisiones, o de la simple abstención de comida basada en razones exclusivamente individuales, de origen psíquico, sanitario o de otra índole análoga, infringiendo así voluntariamente el régimen normal de funcionamiento del Centro Penitenciario e incurriendo, por tanto, en falta sancionable.*

Cuarto considerando: Que la reiteración de la doctrina expuesta no conduce, sin embargo, a subsumir la citada infracción en la falta muy grave prevista en el artículo 112, número 3, del Reglamento, que confirmó la referida sentencia de 23 de abril de 1976, *pues entre el supuesto allí juzgado y el que es objeto de estos autos existen diferencias sustanciales que obligan a una distinta calificación, pues mientras en aquél se trató de un auténtico «plante de hambre», que por el numeroso núcleo de reclusos participantes, las condiciones en que se desarrolló y la insuficiencia de medios técnico-sanitarios de la prisión donde ocurrió, produjo gran alarma y graves problemas a la Administración del Centro, en el caso de autos, el hecho, aunque coincidente con otros seis reclusos, fue realizado por dos internos, en forma correcta y sin violencia alguna, que abandonaron pacíficamente su actitud a los tres días de ser iniciada, no constando que dicha conducta hubiese producido alarma o alteración apreciables del régimen penitenciario, y ello impide estimar concurrencia de instigación, intervención o ejecución de actos tumultuosos o plante, subversión o desorden grave que pueda imputarse al apelante y hacerlo responsable de la falta muy grave del citado número 3 del artículo 112, sino simplemente considerarlo autor de una infracción voluntaria de las normas de régimen del establecimiento, prevista como grave en el número 6.º del artículo 111, a la que le corresponde la sanción de uno a veinte días de aislamiento en celda, y en cuya graduación debe tenerse presente que toda acción sancionadora debe estar presidida por el principio de pro-*

porcionalidad que impone el empleo de medios correctivos razonables y adecuados a la entidad de la infracción cometida y sus consecuencias; que *la sanción penitenciaria no tiene una exclusiva finalidad de represión que tienda a quebrantar con castigos excesivos la personalidad del recluso y anular sus convicciones, sino que su propósito es el de cumplir objetivos de prudente ejemplaridad y esencialmente restablecer el bien perturbado, limitando la duración de la medida al tiempo que se manifieste estrictamente necesario para satisfacer, además de esa ejemplaridad, las exigencias de restauración de la normalidad*, tal y como ordena el artículo 525 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reproducido por el 12 del Reglamento, y en aplicación de todo ello a las circunstancias pacíficas, ajenas a situación alguna de violencia o anormalidad grave, que concurrieron en el caso debatido, así como a su escasa duración y entidad, debe concretarse como proporcionada y razonable la sanción de seis días de aislamiento, incluidos los tres que duró la huelga, y, por tanto, revocarse en tal sentido la sentencia apelada y los acuerdos sancionadores objeto de recurso.

Quinto considerando: Que no se aprecian motivos que justifiquen, según el artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción (R. 1.956, 1.890, y N. Dicc. 18.435), una especial imposición de costas.

III. COMENTARIO

1. Planteamiento. La situación de dependencia especial de los presos

Cuando acaecen los hechos que motivan la sentencia comentada están vigentes normas y principios de un Derecho penitenciario, objeto de larga e interesante evolución histórica y de una de las más espectaculares transformaciones legislativas, tanto por su contenido como por los sucesos y trascendencia social que la acompañaron recientemente.

La normativa penitenciaria vigente entonces la constituían los artículos 983 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 84 y siguientes del Código Penal y el *Reglamento de Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956*, fundamentalmente. El *Reglamento* sería objeto antes de algunas modificaciones derivadas de la legislación de funcionarios (1964) y Ley de Reestructuración de los Cuerpos de Prisiones de 1970, así como por los Decretos de 21 de enero y 12 de junio de 1968.

Posteriormente se produce la aceleración evolutiva en la materia con base en el Decreto de 29 de julio de 1977, la Constitución Española y la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979.

No se trata ahora, por evidentes razones de espacio, de un análisis pormenorizado de la incidencia, en el supuesto de la sentencia de 18 de febrero de 1980, de tales innovaciones en nuestro ordenamiento jurídico. Basten las referencias que se hagan con posterioridad en lugar oportuno.

Antes de entrar a desmenuzar los temas jurídicos que se aportan en la sentencia conviene, sin embargo, un breve planteamiento que sirva para centrar la problemática.

Como ha señalado F. SOSA WAGNER, «ocurre con este suculento tema de la Administración penitenciaria lo que es habitual en todas las que tienen un carácter aparentemente fronterizo: un conflicto negativo de competencias entre especialistas suele dejarles huérfanos de tratamiento. Desde la perspectiva extrajurídica, sociólogos, psicólogos, médicos, 'penitenciaristas' *strictu sensu*, han puesto sus huellas en la sistematización y aclaración de la materia. Y, sin embargo, el tema del régimen penitenciario es esencialmente jurídico y para el campo del Derecho debe reivindicarse siempre que se parta de una clara diferenciación entre los conceptos del sistema, régimen y tratamiento penitenciario. Mientras la concreción del sistema y del tratamiento penitenciario es tarea de especialistas ajenos a los cultivadores del Derecho, el régimen penitenciario es, insisto, tema jurídico, y además, al menos hoy por hoy, de *lege data*, tema jurídico administrativo» (1).

Dentro del Derecho penitenciario son varias las vertientes que confluyen. El tema, en primer lugar, de la organización penitenciaria. El de los funcionarios y el de los reclusos. Aunque estrechamente relacionadas las tres vertientes indicadas, nos interesa el tema afrontado por la sentencia comentada: la situación jurídica en que se encuentran los reclusos desde el punto de vista de su libertad.

Punto de partida es que el hecho de ingresar en prisión no supone una muerte para el mundo del Derecho; se sigue ostentando personalidad (2), tanto en el ámbito jurídico privado (3) como en el público. El tema concreto es qué ámbito de libertad se ostenta frente al poder a pesar de estar presa la persona. Ingresar en un establecimiento penitenciario evidentemente supone una limitación en la esfera de libertades—claramente en la de libertad de desplazamiento (4)—, pero ¿qué derechos públicos subjetivos siguen ostentándose? ¿Cuál es el estatuto que rige las relaciones entre el preso y los órganos de poder?

La evolución del Derecho penitenciario en el anterior planteamiento ha sido realmente espectacular, sobre todo si se relaciona con la evolución legislativa en otros ámbitos sectoriales. Pudiera decirse que respecto de los reclusos se ha producido una ampliación de libertades que ya deseaban otras categorías de ciudadanos. Y es que—y a pesar del peligro que corren las declaraciones legales de quedarse en letra muerta—expresamente se les reconoce en términos bien generosos una *libertad material* que excede la tradicional libertad negativa.

(1) F. SOSA WAGNER, *RAP*, 80, págs. 84 y ss.

El carácter jurídico del tema debe llevar a una valoración de la legislación (también) en el aspecto jurídico-técnico y no solamente en lo de progresista que puede ser o lo peligrosa que pueda resultar, según la óptica política con la que se mire.

Sobre el carácter jurídico-administrativo del tema luego se hace una breve alusión (III, 2)

Sobre el tema en general, C. GARCÍA VALDÉS: *Régimen penitenciario de España*, Madrid, 1975

(2) Según el artículo 3º de la Ley (Orgánica) General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, no sólo se sigue ostentando personalidad, sino personalidad HUMANA (al igual que antes decía el Reglamento de Prisiones de 1956 en su art. 1º). No significa que haya otras personalidades no humanas (animales o vegetales, por ejemplo), sino simplemente se quiere poner énfasis en el respeto que se debe al recluso.

(3) Tanto en Derecho Mercantil como Civil ().

(4) El ingreso puede ser con carácter preventivo o punitivo. En cualquier caso se produce una limitación en la libertad de desplazamiento, aunque a efectos administrativos, la población del Municipio, se considera a los reclusos en cárceles TRANSEUNTES [81, 2, d), del Reglamento de Población de 1952], y aunque la reciente Ley amplía considerablemente los PERMISOS DE SALIDA (artículos 47 y ss.).

Pudiera decirse que los reclusos pasan a convertirse en *usuarios de un servicio público*, y no sólo esto, además se les reconoce la libertad-participación en relación con el mismo (5).

No obstante lo anterior, y por generosa que sea la atribución de libertad material, sin libertades (con mayúscula) FORMALES resulta imposible comprender que se respete la personalidad humana del recluso (6). ¿Qué es lo que puede hacerse? ¿Qué ámbito de conductas queda inmune a la intervención del poder? El tema planteado en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1980 es precisamente éste. No se trata de que se exija el cumplimiento del deber de dar de *comer*, sino de determinar hasta qué punto un recluso, concretamente Marcelino C. A., es libre de comer o dejar de comer.

La sentencia al afrontar la doble problemática planteada en el primer considerando (7) utilizará la categoría jurídica de las «situaciones especiales de sujeción» (segundo y tercer considerandos), convirtiéndola en algo así como la piedra filosofal por cuyo medio será capaz de concluir argumentalmente lo que—da a entender a sentido contrario—de otra manera no podría ser conclusión correcta. Luego lo veremos.

Antes surge la pregunta de qué son las *situaciones jurídicas de especial sujeción*. Sin discrepancias doctrinales, se consideran incluidos en el supuesto funcionarios, soldados y presos (8). La teorización que supone esta categoría jurídica de la teoría general, a pesar del contenido variado de los estatutos que cada supuesto implica, pone de manifiesto que por contraposición a las situaciones de sujeción general, los ciudadanos cuando ingresan en o están en especial relación con la organización administrativa, entran en un estado de libertad limitada en el que se acentúa la situación de dependencia en relación con la Administración. Ello implica, entre otras consecuencias, fundamentalmente, una ampliación de las potestades administrativas en los tres temas de los Reglamentos, las *órdenes* y las *sanciones* administrativas.

Significa que, a diferencia de lo que ocurre en las situaciones de sujeción general, dentro del ámbito de los de especial sujeción, la fundamen-

(5) Sirvan de ejemplo algunos artículos de la Ley en relación con el tema de la alimentación. Después de exigir el artículo 3.º, 4, a «la Administración penitenciaria velar por la *vida, integridad y salud* de los internos», y el 13 que las cárceles cuenten en el conjunto de sus dependencias con servicios idóneos de «cocina, comedor», se dice:

Art. 21, 2)º: «La Administración proporcionará a los internos una alimentación controlada por el Médico, *convenientemente preparada* y que responda en *cantidad y calidad* a las normas dietéticas y de higiene, teniendo en cuenta su estado de salud, la naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, sus *convicciones filosóficas y religiosas*. Los internados dispondrán, en circunstancias normales, de *agua potable a todas horas*»

Art. 24 «En el desenvolvimiento de los *servicios alimenticios y confección de racionados* se procurará igualmente la *participación* de los internos».

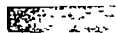
«Se permitirá a los internos la adquisición por su propia cuenta de productos alimenticios y de consumo dentro de los límites reglamentariamente fijados.» «La venta de dichos productos *será* gestionada directamente por la Administración penitenciaria o por empresas concesionarias.» «Los internos *participarán* también en el *control y calidad* de los productos vendidos en el centro.»

Es decir, en este tema de la alimentación, como en otros (basta leer la Ley), no sólo se pone el acento en lo prestacional, sino en lo participativo de la Administración penitenciaria. Al menos programáticamente y con la lógica disposición de que (a diferencia de lo que históricamente ocurría) «ningún interno desempeñará servicio alguno que implique el ejercicio de facultades disciplinarias».

(6) Si antes de que se domesticara la gallina y se inventara la cazuela no podía plantearse el derecho a tener una gallina en la cazuela (por utilizar la expresiva imagen de GERARD), cuando se puede hablar y se habla de tal derecho no puede dejarse de reconocer la libertad, por ejemplo, de no comerse la gallina, etc., sin que ello exija o implique una intervención del poder.

(7) Formal (procedimiento que debió seguirse al sancionar), material (calificación y consecuencias del ayuno).

(8) También los concesionarios de servicios públicos y los mismos usuarios de los mismos.



tación de la actuación administrativa (en amplio sentido) es más generosa. Así, la distinción entre los reglamentos de organización y los generales pone de manifiesto una mayor amplitud de la Administración respecto de los primeros. Asimismo las posibilidades de dirigir la actuación de las personas en situación de especial dependencia es más amplia, tanto por vía singular como por la general de las instrucciones y circulares. Por lo que se refiere a la potestad sancionadora, se distingue la general de la *disciplinaria*, dándose a esta última un mayor alcance en base a su fundamentación.

Ahora bien, el que sea necesario dotar a la Administración de una mayor libertad y reducir las limitaciones en sus actuaciones para un efectivo funcionamiento de su organización, no significa que el principio de legalidad deba de quedar al margen. En este sentido debe notarse, por un lado, que es (y debe ser) la ley la que posibilite la existencia de las relaciones especiales de sujeción, permitiendo tal amplitud en las actuaciones administrativas, aunque sea en base a la técnica de los apoderamientos implícitos o inherentes. Por otro lado, no es el consentimiento previo el título o fundamento de las concretas sumisiones que las situaciones especiales de dependencia implican, sino la misma ley, que atendiendo a determinados supuestos de hecho hace aplicables más vigorosos poderes administrativos (9).

Buen exponente de la anterior teoría lo constituye el estatuto del presidiario. Nótese, en este sentido, que la regulación viene dada por el *Reglamento* de 1956: un Reglamento «independiente» (10). Y que el cuadro de derechos y obligaciones de los reclusos viene configurado precisamente en base a los criterios detectables en las relaciones de especial sujeción.

Para advertirlo es bien significativa la tipificación de las FALTAS, que se ofrecen en el texto de 1956 (11).

Según el artículo 110:

«Las faltas pueden ser leves, graves y muy graves.»

Y continúa el mismo artículo:

«Se estimarán *faltas leves* las producidas por negligencia o descuido excusable y, en general, todas aquellas que carezcan de intencionalidad o trascendencia.»

Según el artículo 111:

«Se reputarán faltas graves las siguientes:

1.º *Faltar al respeto y consideración debidos* a los funcionarios o a otras personas relacionadas con los servicios del establecimiento y que visiten éste.

2.º *Desobedecer las órdenes* que reciban o resistirse en un cumplimiento, siempre que este acto no denote manifiesta actitud de rebeldía o insubordinación.

3.º, 4.º, 5.º (...).

(9) Sobre el tema, entre otros, A. GALLEGO ARRABITARTE, *RAP*, 34, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1977, 17 y ss.

(10) *Vid* F. SOSA *cit*, págs. 89 y ss.

El cambio ha sido espectacular. Del *Reglamento* de 1956, como norma básica, se ha pasado a una *Ley*, además *Orgánica*.

(11) Va de suyo que en la modificación del *Reglamento* (1977) y en la *Ley Orgánica* (1979) se ha suavizado el rigor y ampliado la libertad en presidio (.).

6.º *Cualquiera otra acción u omisión de naturaleza análoga a las anteriores que suponga infracción voluntaria de las normas de régimen del establecimiento o de trabajo en destacamentos, talleres y granjas.*»

Y según el artículo 112:

«Serán faltas muy graves:

1.º Dirigirse en términos insolentes y amenazadores a *sus superiores* o a las autoridades en general, o emitir protestas o hacer peticiones colectivas.

2.º *Desobedecer* las órdenes y resistirse en manifiesta actitud de rebeldía o insubordinación, así como proferir injurias, amenazas, insultos o agredir a los funcionarios.

3.º Instigar, intervenir o ejecutar actos tumultuosos, planes o cualquiera otra exteriorización de índole subversiva o cometer otra clase de desórdenes graves.

4.º Proferir blasfemias, irreverencias o burlas contra creencias religiosas o realizar actos contrarios a la moral o buenas costumbres.

5.º, 6.º, 7.º (...).»

Desde esta perspectiva disciplinaria, representada por la tipificación de las conductas consideradas *falta administrativa*, resulta significativa la situación del recluso. Dada la inconcreción de la norma y aparte otros aspectos (12), por el dato de constituir falta de *desobediencia de órdenes*, lo que a su vez implica que éstas pueden dictarse—por vía generalizada o singular—y deben ser obedecidas por los internos. En este sentido es bien expresivo el primero de los artículos del Reglamento de 1956, dedicado al «régimen general de disciplina». Según el artículo 104:

«En los establecimientos penitenciarios se guardará y mantendrá una *inquebrantable* disciplina, tanto por parte de los reclusos como por la de los funcionarios, pudiendo éstos emplear, en último extremo, la coacción material necesaria para mantenerla» (13).

En relación con lo anterior, resulta también significativo, a pesar de (y precisamente por) estar concretamente regulado, el que sea *falta grave* faltar al respeto y consideración debidas a los funcionarios, si se tiene en

(12) Así la utilización de conceptos jurídicos tan indeterminados que la tipificación resulta de gran imprecisión, pudiendo hablarse de lo que la doctrina alemana ha llamado *cláusula del sinverguenza*, sin definir qué debe entenderse por tal porque se sobreentiende.

Así la utilización de una *cláusula analógica* en el núm. 6.º del 111 para faltas graves

(13) Según la Ley Orgánica, hoy...

«el régimen disciplinario se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada» (41, 1).

«Los internos deberán b) Acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento, cumpliendo las sanciones disciplinarias que le sean impuestas en el caso de infracción de aquéllas y de conformidad con lo establecido en el artículo 44» [4, 1, b)]

cuenta en qué consiste según el Reglamento dicho respeto y consideración (14).

Aparte lo acabado de indicar, la imprevisibilidad de las pautas de conducta antes señalada constituye un verdadero peligro de arbitrariedad. Al preso, como a cualquiera, le importa mucho saber a qué atenerse, sobre todo cuando una mala conducta puede llevar a *sanciones* de considerable rigor e incluso cuando se pueden venir abajo expectativas de libertad condicional y redención de penas por el trabajo.

Y es que, en efecto, entre los requisitos necesarios para la *libertad condicional*, además de otros—como, por ejemplo, «que el penado se halle en *posesión* de la instrucción elemental y educación mínima religiosa»—, es necesario:

«que el penado sea *acreedor* de dicho beneficio por las pruebas evidentes de intachable conducta» (15).

Por lo que se refiere a la *redención por el trabajo*, se niega, a pesar de haber trabajado, a

«los que reiteradamente observaren mala conducta»..., «los que cometieren nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido invalidación de las anteriores» (16).

Es más,

«como correcciones accesorias para las faltas muy graves, las Juntas de régimen podrán formular propuesta de pérdida del beneficio» (17).

Partiendo de todo lo anterior, la sentencia de 18 de febrero de 1980 sugiere una serie de comentarios específicos.

2. Justicia (administrativa) penitenciaria

Que el régimen penitenciario es un tema jurídico y—en la fecha de los hechos—jurídico-administrativo resulta de la *sentencia de 18 de febrero de 1980* claramente: La sanción impuesta a Marcelino C. A. es un acto administrativo de la Junta de Régimen y Administración de la Prisión de Cara-

(14) Según el artículo 106:

«Los reclusos, al dirigirse a un funcionario o cuando llamados por éste llegaran a su presencia, se pondrán en actitud de *firmes y descubiertos*. Igualmente, al pasar un funcionario por el local o dependencia en que haya reclusos, éstos se levantarán, *cediéndole el paso*.

Cuando entren en la prisión el Director general de Prisiones, altos Jefes del Centro Directivo o del Establecimiento, así como autoridades civiles, militares y eclesiásticas, se darán los toques de aviso correspondiente y los reclusos se pondrán en actitud de *firmes y descubiertos* y no reanudarán la labor en que estuvieran ocupados hasta que se les *ordene*»

Hoy la Ley Orgánica se limita a decir que

«los internos deberán: c) Mantener una normal actitud de respeto y consideración con los funcionarios.» [4, 1, c)].

(15) Artículos 53 y ss. del Reglamento de 1956

(16) Artículos 65 y ss. del Reglamento de 1956

(17) Artículo 113 *in fine* del Reglamento de 1956

banchel; frente a tal acto se tiene que recurrir, y se recurre, en alzada ante la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y ante la desestimación del recurso se tiene que acudir, y se acude, a la Jurisdicción contencioso-administrativa; no se plantea ningún problema de inadmisibilidad de los distintos recursos y la Jurisdicción contencioso-administrativa se entiende competente. De igual modo se pronuncian implícitamente las *sentencias que se citan* a lo largo de este comentario, siendo expresa la consideración que hacen del tema las de 13 de abril de 1971 (primera de las utilizadas) y las anteriores de 22 de febrero y 13 de junio de 1966. Por lo demás, el tema es jurídico-administrativo no sólo en relación con las sanciones disciplinarias, sino incluso respecto de otros actos, incluidos los relativos a reedición de penas por el trabajo y supuestos de libertad condicional (18).

Por otro lado, la sentencia comentada pone de manifiesto otro dato de singular importancia. Efectivamente, debe notarse que don Marcelino C. A. recurre contra el acto que le impone la sanción de veintidós días de aislamiento en celda en 1970, y que cuando se le da la razón—aunque sea parcialmente—estamos ya en el año 1980. Mientras la ejecutividad del acto administrativo, junto con lo inédito de las suspensiones de ejecución por interposición de recursos, ha determinado que la sanción se cumpliera y con el transcurso del tiempo y acontecimientos que el sancionado incluso saliese de prisión, la pena de muerte fuese abolida y el régimen penitenciario sustancialmente reformado. Esta exasperante longitud en el tiempo en la Administración de Justicia Administrativa (diez años en el supuesto comentado) es análoga en otros supuestos (19). Y téngase en cuenta que aquí ni siquiera sería posible traer a colación el expresivo aforismo germano de que en vez de pan se da una piedra, ya que aquí no se puede dar nada. No se puede devolver la libertad a quien se privó de ella recluyéndole en una celda de aislamiento (20). Tan anómala resulta esta situación que incluso ha llegado a no admitirse el recurso por falta de interés legítimo, quedando con toda crudeza al descubierto que el sistema implica una denegación de justicia (21).

El desolador panorama acabado de ver, exagerado, si aún cabe, por la perspectiva que supone la consideración del Derecho penitenciario con carácter procesal y penal (22), ha llevado a propugnar una inmediatez en las intervenciones de los Jueces, y concretamente en la figura del Juez de

(18) La libertad condicional la concede resolviendo definitivamente el Consejo de Ministros (artículo 61).

La valoración del trabajo a efectos de reducción de la pena la hace el Patronato de Nuestra Señora de la Merced—dependiente del Ministerio de Justicia—(art. 72).

(19) Respecto de las sentencias que se citan en este comentario, la de 1971 resuelve sobre una valoración del trabajo en relación con una sanción disciplinaria que tuvieron lugar cinco años antes. En materia disciplinaria, las de 1977 resuelven sobre hechos acaecidos siete u ocho años antes.

(20) La doctrina es constante al denunciar el hecho. Así, por ejemplo, F. LÓPEZ RAMÓN, REDA, 14, pág. 505, A. CANO MATA RAP, 75, págs. 50 y ss.

Consumada la situación sólo cabría esperar una indemnización por responsabilidad administrativa al haber funcionado anormalmente. No obstante, sólo parece haberse planteado en el Supremo un caso en el que se exigiera tal responsabilidad sin estimarse la pretensión por razones formales S. T. S. de 26 de marzo de 1977. Ver F. LÓPEZ RAMÓN, cit., pág. 506.

Por demás, entre las cosas que el dinero no puede comprar (aquí pagar) está la libertad. Pero es el dinero, como en tantos otros supuestos de la vida jurídico-administrativa, el único asidero. Como muy expresivamente ha dicho A. CANO MATA «No parece lógico seguir otro camino, cual sería el dejar en manos del antijurídicamente castigado un—llamémoslo así—salido a su favor, que le sirva para enjugar otra futura y real infracción».

(21) Ha sido en supuestos en los que se debió de haber concedido la libertad condicional. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1974 y 10 de diciembre de 1976 coinciden dado que mientras se tramitaban los recursos el recluso ya pasó a libertad definitiva, carece de interés y resulta imposible jurídicamente la concesión de la condicional (...).

(22) Vid., por ejemplo, A. CANO MATA, cit., 31 y ss.

ejecución de penas o, en terminología de la Ley Orgánica, Juez de vigilancia (23). Tal logro debe producir evidente satisfacción por lo que de garantía supone para los reclusos, pero no puede dejar de suscitar cierta envidia en los ciudadanos no reclusos, que bien quisieran también tener su Juez de vigilancia en sus relaciones con la Administración.

Por otro lado, en la nueva Ley Orgánica no sólo desaparece la necesidad del recurso administrativo (al «recurrirse» directamente al Juez), sino que a los «recursos» se les da un efecto suspensorio automático que ni siquiera aparece recogido en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (24).

Pero volvamos a 1970. Entonces no existían tales adelantos y a don Marcelino C. A. se le recluye en una celda de aislamiento durante veintidós días, por decisión de un órgano administrativo, sin que sus recursos tengan eco hasta llegar—en 1980—la sentencia del Tribunal Supremo. ¿Según el Derecho entonces aplicable era correcto el acto administrativo?

3. *Procedimiento (administrativo) sancionador penitenciario*

La sentencia de 18 de febrero de 1980 pone sobre el tapete un tema clave. El tema de la importancia del procedimiento, y concretamente del trámite de audiencia, así como el de la búsqueda del procedimiento legalmente establecido dada la variedad de éstos.

Don Marcelino C. A. no se cansó de alegar durante los diez años que se mantuvo vivo el caso, que NO se había sancionado previo el procedimiento adecuado.

Analicemos el tema desde la perspectiva del trámite fundamental de la audiencia.

Para el *general ordinario*, el artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que:

«Instruidos los expedientes e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.»

Y ello teniendo en cuenta que antes a los titulares de derechos afectados por la posible resolución se les habrá tenido que comunicar la tramitación

(23) Según la Ley Orgánica (art. 76, 1), «el Juez de vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse 2) Corresponde especialmente al Juez de vigilancia a) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan. b) Resolver sobre las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias, etc.»

(24) Así, artículo 44, 3), de la Ley, por contraposición al artículo 7 de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978, según la cual debe de solicitarse la suspensión.

No obstante, la suspensión no se produce si se trata de un *acto de indisciplina grave*, lo que—a la inversa—exige una mayor precisión en cuanto a la prueba de la misma en el mismo momento de producirse el recurso para evitar que esa simple calificación administrativa convierta en letra muerta la garantía. Al Reglamento de la Ley Penitenciaria corresponderá esta tarea.

y cualquier interesado podrá haber aducido alegaciones (arts. 26 y 83 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Tratándose de un *procedimiento sancionador*, según los artículos 133 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, aparte tenerse que ordenar la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos imputados, es preciso que se formule el correspondiente pliego de cargos y se notifique al interesado para que en un plazo de ocho días pueda contestarlos, y posteriormente, que formulada la propuesta de resolución a la vista de lo anterior, se notifique ésta también a esos interesados para que puedan alegar cuanto consideren conveniente a su defensa en el plazo de otros ocho días.

Pues bien, el artículo 114 del Reglamento de Prisiones de 1956, se limita a decir, a estos efectos, que *se oirá* siempre a los inculcados y se les notificarán los castigos impuestos.

El tema es qué deba entenderse cuando se dice que se oirá a los inculcados. Si es o no asimilable al trámite de audiencia del artículo 133 y siguientes o al del artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Caso de no serlo y deber entenderse el *se oirá* en su sentido más vulgar, ¿qué procedimiento prevalece? ¿Se aplicará el artículo 91, los artículos 133 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, el artículo 114 del Reglamento de 1956?

En alguna sentencia anterior a la comentada, la problemática no queda planteada en toda su gravedad. Ello debido a la motivación utilizada por el recurrente. Y es de notar que el recurrente es el mismo don Marcelino C. A., que recurre contra la sanción de treinta días de aislamiento en celda que se le impuso por haberse negado a tomar alimentos como protesta (ahora) por no ser atendidas sus peticiones, en concreto la de que se le recluyera en la misma galería con otros compañeros. Se trata de la *sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1977* (Ruiz Sánchez). En los recursos se adujo la infracción del artículo 114 del Reglamento en relación con el 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Y en la sentencia, los Jueces se limitan a decir que no se ha probado por el recurrente que *no fuera oído*, cuando así consta en el expediente (25).

El problema, no obstante, es el de si el *ser oído* según el Reglamento es lo mismo que *las audiencias* de la Ley de Procedimiento Administrativo. Otras sentencias, partiendo de la diferencia, han afrontado el tema de elegir el procedimiento adecuado, entendiendo que lo es el del Reglamento de Prisiones. Antes de ver los argumentos conviene, sin embargo, precisar que la elección no se reduce a una doble alternativa entre Reglamento y Ley de Procedimiento Administrativo, ya que en la Ley de Procedimiento Administrativo son diferentes el procedimiento general (artículo 91 fundamentalmente) y el especial sancionador (arts. 133 y sigs.). Así, al igual que la *acabada de ver*, la sentencia del Tribunal Supremo de *13 de abril de 1971* tendría en cuenta el artículo 91 y no los 133 y siguientes. Mientras que otras se referirán a la alternativa: artículos 133 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, artículo 114 del Reglamento de Prisiones. Así, la *comentada* y las sentencias del Tribunal Supremo de *26 de marzo y 4 de julio de 1977* (de las dos, ponente García Manzano).

(25) En el caso se planteaban dudas sobre si cuando se oyó a don Marcelino por un funcionario, éste actuaba en cuanto tal y además en delegación de la Junta de Régimen.

Dejando de un lado las dos posibilidades de la Ley de Procedimiento Administrativo, y planteada la alternativa entre esa Ley y el Reglamento de 1956, la pregunta es qué argumentación se ha utilizado para entender válidas (todas las sentencias coinciden) las sanciones impuestas prescindiendo de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En la sentencia comentada afortunadamente no se ha utilizado un argumento profusamente utilizado con anterioridad. Partiendo de que no es lo mismo oír que dar cumplimiento al trámite de audiencia, se ha venido diciendo en esta materia lo siguiente, en sus términos literales:

Sentencia de 13 de abril de 1971 (Cordero):

«El escrito de alzada proporcionó cumplida oportunidad de defensa al actor y por ello desaparece cualquier clase de aplicación del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo.»

La siguiente sentencia sobre el tema (26), de 26 de marzo de 1977 (García Manzano), dirá que:

«Habiendo asimismo tenido oportunidad de entablar el recurso de alzada frente al correctivo aplicado, efectivamente ejercitado, queda eliminada tanto la entrada en juego del supuesto de máxima invalidez del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo como la anulabilidad por razones formales a que se refiere el artículo 48, 2, del mismo texto legal, al no existir la requerida indefensión del sancionado» (27).

La *sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1977* (García Manzano) sostendrá la misma postura con referencia tan sólo al artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo (anulabilidad) y con cita de las dos anteriores.

La *sentencia comentada* afortunadamente no utiliza tal argumento, que—si se permite la expresión—constituye una patente falacia. Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, que analiza el tema desde la perspectiva en que estamos (28).

Efectivamente, resulta claro que el de recurso es un procedimiento distinto del sancionador (29), y que una convalidación del vicio o defecto es realmente imposible dados los términos del artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo (30).

Pero no es sólo esto. El argumento hace caer en un círculo vicioso si se

(26) Antes otra S. T. S. de 23 de abril de 1976 se limitaría a ver si la falta de *motivación* exigida por el artículo 43 de la L. P. A. y alegada por el recurrente se produjo. En la argumentación, no obstante, se utilizará la Sentencia de 1971.

(27) Es de destacar la referencia a la nulidad de pleno Derecho, así como que a pesar de referirse al procedimiento sancionador (al igual que la siguiente) se utiliza la Sentencia de 1971, que se refiere al artículo 91, relativo al procedimiento ordinario.

(28) F. SOSA, cit., pág. 109, F. LÓPEZ RAMÓN, cit., pág. 500. Ambos con el común denominador de la referencia a LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, al que se debe la más contundente respuesta a dicha errónea doctrina de los jueces en el ámbito más general del Orden público. *Las sanciones de O. P. en el Derecho español*, I, Madrid, 1973, págs. 200 y 178 y ss.

(29) LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, cit., pág. 308.

(30) Entre otras razones por la letra del mismo artículo, según el cual no es posible la convalidación en los casos de omisión de *informes* o *propuestas preceptivas*, supuesto al que con mayor razón debe atribuírse la falta de previa audiencia.

Vid. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, cit., págs. 315 y ss. Por nota 193.

parte del elemental dato de que el recurso es *eventual*—aunque larga, la cita contiene una contundencia imparable—, como ha puesto de relieve LORENZO MARTÍN RETORTILLO .. (31).

«Esto significa que se da la posibilidad de que prevalezca una praxis administrativa manifiestamente injusta. Esto significa que en todos los casos en que no se recurre queda normalizada una actuación administrativa incorrecta. ¿Es que no preocupa esta posibilidad? Téngase en cuenta que en las sanciones penales, en todo procedimiento criminal, siempre hay un abogado defensor, aunque sea de oficio. En cambio, en relación con las sanciones que ahora se estudian no hay interposición de oficio del recurso. Se sabe que puede no interponerse el recurso. Se sabe que si, en efecto, no se interpone el recurso, no habrá habido audiencia del interesado. Se sabe que si no ha habido audiencia del interesado, la sanción se ha impuesto de una manera incorrecta que puede conllevar la injusticia. Pues bien, ¿es que no preocupa esta posibilidad? ¿Es que no preocupa que la Administración puede causar la injusticia, aunque sólo sea por descuido, apatía, negligencia, convencionalismo o quizá susto de un sancionado? ¿Es que no preocupa la posibilidad de que se conviertan en habituales actuaciones que son manifiestamente incorrectas?

No es la vía de los recursos la única ni quizá la más correcta manera de atacar las injusticias cometidas por la Administración. Quiero salir al paso, por tanto, de cualquier intento de pretender justificar las incorrecciones administrativas en base al argumento de que el perjudicado ya tiene abierta una eventual vía de recurso. *El que el sancionado pueda recurrir no es motivo para que la Administración se lave las manos.* Si la postura de la Administración es incorrecta, no puede servir de coartada la eventual posibilidad de un recurso. Por ello pienso que hay que contemplar con todo recelo la consolidación de cualquier argumento similar al siguiente: 'Da lo mismo que la Administración actúe incorrectamente—omitiendo, por ejemplo, los trámites que no le convenían—. El perjudicado, si quiere, ya recurrirá. Si recurre, en el recurso quedará subsanado lo que fue incorrecto. Y si no recurre, peor para él'. Cualquier razonamiento de este tipo debe ser categóricamente rechazado. El eventual recurso, ¿podría, en general, convertirse en patente de corso para la Administración? No voy a insistir más acerca de este punto. Sólo quiero llamar la atención acerca de la gravedad que supondría la generalización de una doctrina como la señalada. Habría que pensar muy mal de una organización del poder que potenciara razonamientos como el expresado. Habría que pensar muy mal si las relaciones entre la Administración y los administrados se inspiraran en criterios como el señalado. En tal caso, en realidad ni de administrados se podría hablar, no ya de ciudadanos, sino de súbditos o vasallos.

En consecuencia, y recapitulando, dado que el recurso es una carga, dado que el recurso es eventual, dado que el acto de sanción es ya definitivo, el trámite de audiencia previa ha de haber

(31) Cit., págs. 312 y ss.

tenido lugar antes que se haya producido la misma posibilidad de recurrir. De manera que la única opción para la correcta realización del trámite de audiencia es que se realice antes de imponerse la sanción.

¿Qué pensar entonces de la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual el trámite de audiencia se puede dar por evacuado con tal de que se haya cumplido *a posteriori* en vía de recurso? A la vista de todo lo anterior—y cobra ahora relieve la vieja jurisprudencia antes analizada—creo que hay que aceptar una de estas dos soluciones: o el trámite de audiencia no es necesario, según el Derecho positivo español, o sí es, en cambio, necesario. Si no es necesario apetece echar mano del 'apaga y vámonos', es decir, no hay que tocar más este punto, al menos por el momento. Pero entonces no es preciso afirmar que la audiencia se realiza *a posteriori*. Bastaría con decir que el Derecho positivo español autoriza a que se sancione sin necesidad de defensa. Puede suceder que se estime, en cambio, que el trámite de previa audiencia es necesario según el Derecho positivo español. De aceptar esta solución hay que hacerlo con todas sus consecuencias. Es decir, si se acepta que es necesario el trámite de previa audiencia, hay que exigir entonces que la audiencia sea efectivamente previa. De manera que de aceptarse esta solución tampoco desempeña ningún papel la audiencia realizada *a posteriori* en vía de recurso.»

Mayor claridad, imposible.

¿Cuál es el argumento de la sentencia de 18 de febrero de 1980? Hemos visto que no hace uso de uno de los utilizados en la «jurisprudencia» anterior. Pues bien, la sentencia comentada tiene que valorarse en función del rechazo de la línea argumental utilizada por la sentencia apelada para engarzar con el otro argumento de la doctrina anterior del Tribunal Supremo.

Las anteriores sentencias dirían:

«Que el cumplimiento de tal precepto—el artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo—ha de acomodarse a la situación penitenciaria del interesado, al que los artículos 108 y 114 del Reglamento de 1956 conceden adecuado cauce para sus reclamaciones» (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1971).

«Es preciso recordar, como ya estableció la sentencia de esta Sala de 13 de abril de 1971 en supuesto similar al presente, que el cumplimiento del artículo 91 de la referida ley procedimental, regulador del trámite de audiencia previa al que con especial énfasis se refiere el alegado en examen, ha de acomodarse a la especial situación penitenciaria del inculcado, *de tal forma que habiendo sido oído éste, conforme exige el artículo 114, párrafo final, del aludido Reglamento de Prisiones, y según consta...*», queda eliminada la invalidez del acto (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1977).

«Menester es recordar que cual ya establecieran las sentencias de esta Sala de 13 de abril de 1971 y 26 de marzo del año en curso, en supuestos de gran similitud..., el trámite de audiencia

y los demás invocados por el recurrente han de acomodarse a la *especial relación de sujeción en que aquél se encuentra respecto de la Administración penitenciaria*, y así habiendo sido oído...», etcétera... (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1977).

Tal es el argumento. A los presos no se les aplica la Ley de Procedimiento Administrativo, sino el Reglamento de Prisiones, por estar en una relación de especial sujeción. Ni más ni menos, aunque poco menos podría decirse.

Para la *sentencia apelada* de la Audiencia de Madrid (GUERRA REINOSA) no basta el anterior argumento. Se esfuerzan los Jueces en entender excluido el procedimiento penitenciario del Reglamento de 1956 del ámbito de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo—de 1958—, entendiéndolo incluido en el párrafo 14 del artículo 1.º del Decreto de 10 de octubre de 1958. Decreto que dice cuáles son los procedimientos que se consideran *especiales* y párrafo del mismo que no se refiere al de Prisiones, sino, entre otros, a los procedimientos sobre sanciones gubernativas en los casos y circunstancias de la Ley de Orden Público y disposiciones complementarias.

Según la sentencia...:

«tanto por razón de los principios a que responde la estructura orgánica del Estado, en cuanto rector de una sociedad, en este caso la española, cuanto porque de un análisis más detenido de la preceptiva del artículo 1.º del Decreto, se saca la inclusión del Reglamento de Prisiones y de su sistema disciplinario entre los procedimientos especiales que han de estimarse subsistentes, pues ha de estimarse dicho procedimiento subsumible entre todos los relativos al orden público, a que se refiere el apartado 14 del artículo 1.º del Decreto, y concretamente en el concepto de disposiciones complementarias que en el mencionado artículo se citan; y ello es así porque no puede estimarse que el concepto de orden público quede limitado al exterior de las prisiones, cuando en muchas ocasiones los acontecimientos internos de éstas pueden tener y han tenido repercusiones en el exterior de las mismas, lo que implica un concepto unitario que tiene su desenvolvimiento normativo del modo más conveniente a las circunstancias en que ese orden tiene que desenvolverse, y el de las prisiones viene definido por el principio de rigidez y disciplina que informa el artículo 2.º del Reglamento de Prisiones», justificando posteriormente el carácter expeditivo del procedimiento en base a que «no puede ni debe olvidarse, aunque ello sea en aras de una legalidad que se sitúa al margen de la realidad, considerada ésta en su sentido más objetivo, que el ordenamiento de la vida de quienes se hallan en esa situación tiene necesariamente que responder a unos principios más rígidos, ya que desconocerlo sería tanto como destruir las bases mismas de un régimen de vida que se halla fuera de lo socialmente establecido como normal, y que si bien puede tener la flexibilidad necesaria para su más atemperado desenvolvimiento, no puede carecer de los resortes necesarios que permitan su eficacia, fin éste que sólo puede conseguirse en el orden examinado a través del procedimiento sancionador,

rápido, sí, pero con garantías, del Reglamento de los Servicios de Prisiones, que hay que estimar dentro del régimen de especialidad a que se refieren los artículos 1.º y 133 de la Ley de Procedimiento Administrativo, así como en el párrafo 3.º de su disposición final, y concretamente subsumido en el concepto de orden público del apartado 14 del artículo 1.º del Decreto de 10 de octubre de 1958, máxime si se tiene en cuenta que resultaría absurdo otorgar a quien socialmente, al menos indiciariamente, se ha colocado al margen de la convivencia, un régimen de garantías sancionadoras que es negado sin discusión a los ciudadanos que, sin haber quebrantado radicalmente el régimen de convivencia, a un régimen de garantías sancionadoras que es negado sin discusión a los ciudadanos que, sin haber quebrantado radicalmente el régimen de convivencia—orden público—, lo han infringido en partes determinadas del mismo».

En la *sentencia comentada* se echa por tierra la argumentación para volver a la escueta motivación de las anteriores: las características especiales del régimen interno de las prisiones justifican que no haya audiencia, que se aplique el Reglamento de 1956. Basta esto. Sobran razonamientos analógicos como el de la sentencia apelada: «inaceptable por excesivamente forzado» (ver segundo considerando).

En relación con lo anterior me limitaré a apuntar:

En primer lugar, que antes implícitamente, y expresamente en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1980, se está respondiendo afirmativamente a la pregunta de si caben procedimientos regulados especialmente, al margen de la Ley de Procedimiento Administrativo, no enumerados en el Decreto de 10 de octubre de 1958, a pesar del artículo 1, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo. Ello sin que se fundamente en el artículo 133. («No podrá imponerse una sanción administrativa sino en virtud del procedimiento regulado en este capítulo, salvo lo dispuesto en disposiciones especiales.»)

Segundo: Aun considerándose especial el procedimiento penitenciario sancionador, no se entiende aplicable, en defecto de una mayor precisión del Reglamento de Prisiones (ser oído), las normas relativas a la audiencia de la Ley de Procedimiento Administrativo, a pesar del artículo 1, 2, y de la Exposición de Motivos. («El procedimiento sancionador tiene carácter supletorio. Sin embargo, las normas *esenciales de garantía* del interesado contenidas en la ley, se aplicarán cuando *no estén consignadas* en las de un procedimiento especial.») Ello da a entender que la *garantía esencial* para el sancionado consiste en ser oído sin mayores requisitos.

Tercero: Que como fundamento de la *especialidad* del supuesto se utiliza la categoría de las situaciones especiales de sujeción. Ello advierte que—para otros supuestos—determinar cuándo existe tal situación resulta clave, sobre todo teniendo en cuenta la paulatina extensión de la figura (32).

(32) Bastará que una disposición administrativa prescinda de la audiencia FORMAL y que el Juez entienda que la especialidad está justificada por la especial sujeción del interesado para que respecto del mismo no sea de aplicación la L. P. A.

Quede constancia, por último, de que en la Reforma del Reglamento de Prisiones de 1977, se establecería que:

«La responsabilidad disciplinaria se exigirá mediante procedimiento *escrito*, en el que será preceptiva la *previa* audiencia del inculcado.»

Y según la Ley Orgánica:

«Ningún interno será sancionado sin ser *previamente informado* de la infracción que se le atribuya y sin que se le haya permitido presentar su *defensa* verbal o escrita.»

4. *Libertad de no comer en prisión*

Los presos tienen derecho a comer y el Estado la obligación de alimentarlos; antes lo vimos. Incluso pueden hacerlo, al margen del racionado común o de enfermería, adquiriendo en el economato productos que puede expender. Según el artículo 272:

«a) Comestibles. b) Vino o cerveza, nunca las dos cosas a la vez, en dúo, en cantidad máxima de un quinto de litro por individuo, a la hora de las comidas estando en la mesa. Si no hubiere comedor, el vino o cerveza se despachará después de las comidas, en presencia de los funcionarios que el jefe de servicio designe. c) Tabaco..., etc.. »

A la inversa, el propio Reglamento de 1956 contempla el supuesto de que el recluso no quiera comer su racionado. Después de decirse en el artículo 255 que «si hubiere comunidad de *religiosas* a éstas incumbiría dirigir las *operaciones de cocina*».

Según el artículo 256...:

«Si algún recluso no enfermo *renunciase a la ración* quedará ésta en beneficio de los demás, no de persona determinada, sin que por tal renuncia se le deba remuneración.»

¿Por qué entonces se considera antijurídico el que don Marcelino C. A. se abstenga de comer?

No hará falta repetir la doctrina de la sentencia comentada (ver considerando tercero y cuarto). Ni recordar las importantes consecuencias de tal calificación, sobre todo ante el imparable paso del tiempo. Añadamos que las malas conductas, además de repercutir en la reducción de penas por el trabajo y la libertad condicional, en el aspecto puramente penitenciario, según el artículo 114, párrafo 1.º:

«La *reclusión en celda* llevará consigo, como accesoria por el tiempo de su duración, la *privación* de paseos en común y actos recreativos, de comunicaciones orales y escritas, *de otra comida que la reglamentaria*, del libre disfrute del peculio, etc.»

En relación con la jurisprudencia anterior, la sentencia de 18 de febrero de 1980 (tercer considerando) se basa en la de 23 de abril de 1976, con la que coincide en no considerar la actitud de don Marcelino C. A. una lícita renuncia de ración, por implicar «una actitud más o menos coordinada entre los reclusos de prisión, que entraña quebrantamiento de orden y disciplina, anormalidad en la vida de la prisión». Esa sentencia ha sido comentada en ESTA REVISTA, y a su comentario me remito (33). No obstante, una valoración conjunta de ambas es interesante, en tanto que en la de 1976 se añade un argumento que no aparece en la de 1980. Concretamente, que el ayuno puede ser medio para eludir el cumplimiento de obligaciones:

«Como ocurre en otros supuestos, v.gr.: los atentados a la vida o a la integridad física realizados por el propio titular dejan de ser inocuos cuando en ellos (lesiones, mutilaciones, etc.) se pretende eludir el cumplimiento de servicios o prestaciones obligatorias.»

«Tal postura, por otro lado, trasciende ya inicialmente de lo que podemos llamar derecho de la persona a alimentarse a su arbitrio, puesto que independientemente de su valoración ontológica, por los efectos altera o puede alterar el orden del establecimiento, como obviamente se comprende de sólo considerar que 'el no comer' conduciría en un plazo más o menos largo al interno (simplemente por no estar en forma, etc.) a una situación de imposibilidad material de cumplimiento de las obligaciones y exigencias consustanciales con el régimen de internado, y que al ser voluntaria la causa es rechazable desde un punto de vista jurídico-penitenciario.»

Por otro lado, en la sentencia de 1980 no se califica la *falta* de muy grave en base al artículo 112, 3.º—rectificándose la calificación administrativa y del Tribunal de instancia—, sino de grave en base al artículo 111, 6.º. Y ello hace que los propios Jueces establezcan cuál es la *sanción* correcta atendiendo al principio de proporcionalidad (cuarto considerando) (34). Ello no obstante, no significa apartarse de la doctrina de la sentencia de 1976, porque entonces sí hubo un auténtico «plante de hambre» por el numeroso núcleo de participantes—37—y la insuficiencia de medios de la prisión—era en Soria en 1968—(35).

Aparte la interpretación de la tipificación analógica que ofrece el artículo 111, 6.º, sobre la que son de interés las *sentencias de 26 de marzo*

(33) Por J. GONZÁLEZ PÉREZ, núm. 516, págs. 1241 y ss., en especial 1245 y ss.

(34) Ello no lo impide el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Es de notar que en otras sentencias no se establece la *sanción* que corresponde cuando se rectifica la calificación administrativa. Así, se limita a anular «con los efectos y consecuencias legales inherentes» la Sentencia de 4 de junio de 1977 y la del 26 de marzo anterior (del mismo Ponente, GARCÍA MANZANO) puntualiza que la estimación parcial del recurso no implica, obviamente, apoderar de nuevo a la Administración para sancionar al ser presumible que la sanción impuesta se haya cumplido.

Todo lo anterior hace insistir en el sentido que tiene en estos casos impartir justicia. ¿De qué le sirve a don Marcelino que el Tribunal Supremo decida que en vez de veintidós días de aislamiento debió estar tan sólo seis, diez años después?

(35) También se dice que fueron distintas las condiciones en que se desarrolló la huelga de hambre en uno y otro caso; pero es de notar que tan pacífica fue la una como la otra. En Soria «la actitud del recurrente fue pacífica y correcta, y respondió a una posición meramente pasiva, sin daño para tercero, que como sacrificio se autoimpuso».

y 4 de julio de 1977 (36), otras sentencias, además de la de 1976, tienen importancia por referirse a esas huelgas de hambre.

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1971 (CORDERO) sería utilizada por la de 1976, aunque no expresamente en la comentada. Baste notar que en la de 1971, la calificación del supuesto se concreta en el artículo 112, 2.º (es decir, en la desobediencia de órdenes), aunque posteriormente sea utilizada para apoyar el número 3 del artículo 112.

No debe olvidarse otra sentencia de singular importancia al caso: la de 31 de marzo de 1977 (RUIZ), no citada en ninguna de las que estamos viendo. Su importancia radica en que el recluso sancionado por no comer era el mismo Marcelino C. A., al que se le aplicó el artículo 112, 3.º (y se le aisló durante treinta días), y en la argumentación utilizada. En ella parece prescindirse de las consecuencias y considerar falta el no comer por la sola intencionalidad del abstinente. Así se desprende de dos de sus considerandos cuando dice:

«Hemos de analizar los supuestos de hecho concurrentes e incluso aquellos que se derivan del propio escrito de demanda, como manifestaciones integrantes de la premisa menor que todo silogismo comporta, y así, entrando en el examen de aquellos que se alegan por el recurrente, de ellos se deduce el *animus* que le inspiró al decir, en su escrito de demanda, que «la conducta de mi representado en cuanto a abstenerse de tomar alimentos fue tomada de modo estrictamente voluntario y personal», y estaba dirigida *exclusivamente a atraer la atención y lograr una contestación a las peticiones que en su día realizó...*, esto es, *pretendía mediante una actitud de rebeldía, de contumacia, en definitiva, de orden subversivo, en cuanto trataba de trastornar y alterar el régimen normal de desenvolvimiento penitenciario, crear un clima de tensión que fuera capaz de «atraer la atención» no sólo dentro del recinto penitenciario, sino incluso en el exterior, al actuar con la fuerza y eficacia suficiente para alcanzar «una contestación a las peticiones que en su día realizó...», haciendo uso de un método que por su naturaleza atenta contra el orden establecido*, elementos que extraídos del mismo pensamiento, exteriorizado por el recurrente en sus escritos, nos revelan de una manera clara su intencionalidad, pues con la actitud propuesta la incidencia y operatividad que se trataba de alcanzar, por cauces improcedentes y contrarias al conjunto normativo, no pueden dejar de ser calificados como de orden subversivo.

Considerando que a lo expuesto, que pone de relieve la procedencia de la sanción impuesta en orden a la calificación individualizada de *la conducta observada por el recurrente, ésta se potencia en cuanto se contempla en relación con los acaecimientos del día en que manifestó la voluntad de abstenerse de tomar alimentos, porque con una unidad, en el tiempo, objeto, fin y propósito, manifestaron igual intención otros internos, poniéndose*

(36) En ambas se calificó falta muy grave el que los reclusos enviasen masivamente, pero independientemente, escritos de petición. Los jueces entienden que la falta no es *muy grave*. Entonces se plantean su inclusión en la tipificación analógica de *grave* falta del 111 (6.º), realizando una exégesis interpretativa del mismo de gran interés (Considerandos *cuartos* de ambas) (). Resuelta negativamente la cuestión, dirán que la falta es *leve* (una crítica de esta conclusión, válidas para las dos sentencias, en F. LÓPEZ RAMÓN, cit., págs. 302 y ss.).

de manifiesto una singular coincidencia que hace o puede ser descartada como expresión de una actitud de confabulación encaminada al objetivo común de obtener la resolución de las reclamaciones formuladas por la vía irregular de quebrar el orden y disciplina a que se encuentran sometidos los internos de un establecimiento penitenciario, circunstancias que son también valoradas por la resolución recurrida, que analiza ambos supuestos, esto es, como pretende el recurrente, como acto individualizado, sino también como conducta resultante de un concilio entre los sujetos intervinientes, en base a la ejecución de análogos actos y pretensiones, en los que además concurre una identidad o semejanza de dependencia.»

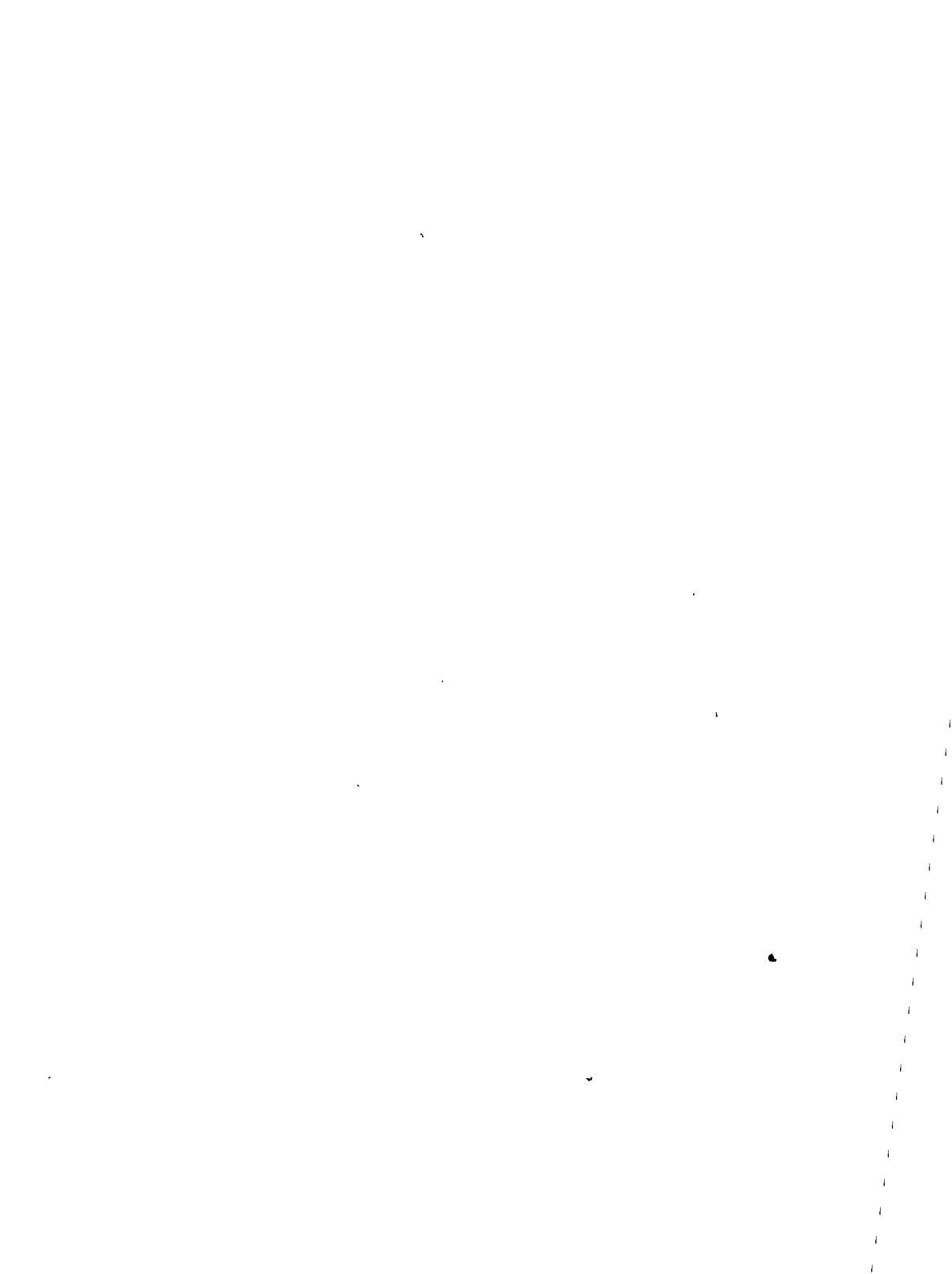
Es de señalar, por último, cómo en todas las sentencias los Jueces se apoyan en los escritos de recurso interpuestos para, en base a sus manifestaciones, considerar producidos los hechos determinantes de la falta. Es como si se viniese a coger al recurrente en su propia argumentación: si se hubiese alegado que no comió por no tener gana o por razones filosóficas o dietéticas hubiera sido mejor; pero alegando que no se comió como *protesta*, por *motivos políticos*, mejor hubiera sido no decirlo en el recurso—al menos, según las sentencias analizadas del Tribunal Supremo.

5. Conclusión

Desde la perspectiva de la jurisprudencia que ha venido aplicando el Reglamento de Prisiones de 1956, el que un recluso ayune fácilmente constituye una falta sancionable (y duramente) si de por medio hay móviles políticos. El interno no tiene ningún derecho al procedimiento (sancionador); debe *ser oído*, pero cuándo, cómo y según decida el órgano administrativo carcelario. El tema, además, es jurídico-administrativo de principio a fin.

Hoy, no obstante, la realidad legislativa y la extranormativa hacen que el Derecho vigente sea algo distinto.

(*) En relación con el tema general penitenciario son de gran interés los «Comentarios a la Ley General Penitenciaria» de CARLOS GARCÍA VALDÉS (Madrid, 1980), que llegan a mis manos cuando está en prensa el anterior Comentario.



III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

TASACION PERICIAL CONTRADICTORIA: LOS TRIBUNALES DE LA JURISDICCION ECONOMICO-ADMINISTRATIVA TIENEN COMPETENCIA PARA ACORDAR LA PRACTICA DE DICHA TASACION CUANDO HA SIDO PEDIDA POR EL INTERESADO EN EL TRAMITE DE RECLAMACION ECONOMICO-ADMINISTRATIVA CONTRA LA COMPROBACION DE VALORES (RESOLUCIÓN DE 12 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—En la Oficina Liquidadora de Chinchón se presentó primera copia de una escritura por la que don Angel R. de Arce adquirió en precio alzado de 150.000 pesetas los derechos que pudieran corresponder a doña Matilde N. Geromini por un prado de superficie total de ocho hectáreas, 66 áreas y 95 centiáreas. Se practicó la comprobación de valores de la finca transmitida, utilizando el medio ordinario señalado en el número 12 del artículo 117 del Texto Refundido, consistente en la valoración del Ingeniero del Catastro, quien teniendo en cuenta la situación de la finca, valores de recientes transacciones y los que obran en el servicio, fijó el valor de la finca en la cantidad alzada de 1.560.510 pesetas, resultado de la comprobación notificado formalmente al comprador a fin de que manifestase su conformidad o formulase reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial proponiendo las pruebas conducentes, incluso la tasación pericial (que en cualquier momento podría proponer).

Por escrito presentado ante el Tribunal Provincial en reclamación económico-administrativa, el interesado manifestó su disconformidad con la expresada valoración, estimando que tal base era errónea, solicitando que se dejara sin efecto y que se procediese a la tasación pericial contradictoria de la finca en la forma reglamentaria.

El Tribunal Provincial de Madrid acordó desestimar la reclamación porque habiendo sido ofrecida la práctica de la tasación pericial contradictoria por la Oficina Liquidadora y no habiéndose aceptado tal oferta en vía de gestión, no puede atenderse tal petición por ser criterio reiterado (Resolución de 10 de julio de 1969) que sólo cabe que los Tribunales

Económico-Administrativos acojan la petición de tasación pericial contradictoria cuando el contribuyente no fue advertido del derecho que le asistía.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central lo estima anulando la comprobación de valores para que se practique tasación pericial contradictoria, por lo siguiente:

«Considerando que, como afirma la resolución de este Tribunal de 2 de octubre de 1969, el artículo 119 del Texto Refundido de la legislación del Impuesto de Sucesiones y Transmisiones de 6 de abril de 1967, establece que podrá acudir a la tasación pericial como medio extraordinario de comprobación cuando el interesado lo solicite y no acepte el valor que la Administración señala como resultado de la comprobación, y asimismo el artículo 52 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, dispone que el sujeto pasivo puede, en todo caso, promover la tasación pericial contradictoria fiscal de valores que hayan sido empleados; pero es de advertir que para que el interesado pueda hacer uso de tal derecho se hace necesario que de las actuaciones se desprenda en forma evidente que el referido procedimiento extraordinario de comprobación de valores le haya sido expresamente ofrecido, tal y como establece el acuerdo de este Tribunal de 10 de julio de 1959, y en consecuencia de ello y por principios de economía procesal, es procedente estimar que no admitido por el interesado el medio ordinario de comprobación empleado, debe acudir en forma inmediata a la tasación pericial, puesto que si bien no fue solicitado por el contribuyente de la Oficina gestora de manera expresa, tal falta no puede privarle del ejercicio de un derecho reconocido a su favor cuando la petición se ha formulado concretamente en vía jurisdiccional.»

«Considerando que el criterio expuesto y razonado había sido ya sentido por la resolución de 3 de marzo de 1953, que destaca la finalidad, en definitiva, perseguida por la tasación pericial, que no es otra que la de con las máximas garantías procesales poner de manifiesto el verdadero valor de los bienes y derechos transmitidos, constituyendo, por consiguiente, garantía de defensa, tanto para la Administración como para el propio contribuyente, por lo que los preceptos que regulan su práctica deben ser extensivamente interpretados, atendiendo a las indicadas razones.»

«Considerando que, como señala la misma resolución, si bien el artículo 90 del Reglamento del Impuesto establece que la práctica de la tasación pericial se acordará por la Abogacía del Estado respectiva (lo mismo dice hoy sustancialmente el artículo 119 del Texto Refundido), es lo cierto que tal facultad o atribución no tiene carácter excluyente o exclusivo, ya que el artículo 85 del propio Reglamento, al hablar de la notificación del resultado de la comprobación como acto administrativo independiente, admite que los contribuyentes formulen contra la misma la reclamación económico-administrativa en el plazo de quince días, conforme a lo prevenido en el Reglamento de Procedimiento, proponiendo las pruebas conducentes, incluso la tasación pericial, lo que equivale a reconocer la competencia de los Tribunales de esta Jurisdicción para acordar la práctica de este medio de prueba cuando les fuese propuesta en tiempo y forma por los interesados, debiendo ajustarse en su práctica a las formalidades y requisitos establecidos por el artículo 90 y siguientes del Reglamento del Impuesto.»

«Considerando que cuanto fue razonado y sentado en ocasiones anteriores es aplicable a la presente, en que no consta que fuera notificada a los interesados la posibilidad de pedir la tasación pericial, limitándose la notificación unida al expediente, de la que antes se ha hecho detallada mención, a aludir a la reclamación económico-administrativa, durante cuya reglamentaria tramitación no cabe negar al reclamante el ejercicio de un derecho que la legislación le reconoce expresamente y que, en definitiva, no persigue sino determinar el valor real de los bienes, lo que es conveniente tanto para la Administración como para el administrado.»

COMPROBACION DE VALORES: LA VALORACION HECHA POR EL INGENIERO DEL CATASTRO DE RUSTICA GOZA DE PRESUNCION DE LEGALIDAD E INCUMBE AL RECLAMANTE DESVIRTUARLA (RESOLUCIÓN DE 12 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Presentada en la Oficina Liquidadora de Chinchón una primera copia de escritura de compraventa de una finca rústica cuya extensión superficial era, según medición recientemente practicada por el Catastro Topográfico Parcelario, de 16 hectáreas, 23 áreas y 91 centiáreas, dicha Oficina utilizó como medio ordinario de comprobación la valoración del Ingeniero Jefe del Catastro de Rústica, cuyo resultado fue de pesetas 11.367.370, aduciendo como razones tenidas en cuenta las siguientes: a) valoraciones catastrales; b) índice de precios medios; c) valores de análoga situación en el término municipal, y d) artículo 85 de la anterior Ley del Suelo; valoración aceptada por la Abogacía del Estado como resultado de la comprobación de valores.

Los interesados promovieron reclamación económico-administrativa alegando la improcedencia del valor comprobado por no referirse la tasación a la fecha de la escritura y sí a la emisión del informe y, por otra parte, no corresponder la misma a la extensión de la finca ni a sus características.

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación, por lo que los interesados interpusieron recurso de alzada.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central desestima el recurso por lo siguiente:

«Considerando que el problema a dilucidar en la presente resolución es el de la procedencia o improcedencia del acuerdo de la Abogacía del Estado de Madrid, que aprobó el resultado de la comprobación de valores de los bienes objeto de la compraventa a que el expediente se refiere, instruido por la Oficina Liquidadora de Chinchón; resultado que fue obtenido utilizando el medio comprobatorio ordinario prevenido en el artículo 117-1-12 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, o sea, la valoración practicada a requerimiento de la Oficina Liquidadora por un Ingeniero Agrónomo perteneciente al Servicio del Catastro de Rústica de la Delegación de Hacienda de Madrid, en cuya provincia se encuentran situados los bienes objeto de la comprobación.»

«Considerando que no pueden ser compartidos aquellos argumentos de los recurrentes, que impugnan el resultado obtenido a través del expresado medio de comprobación, regulado en el artículo 117-1-12 del Texto

Refundido, apoyándose en la falta de concordancia entre la fecha de transmisión y la de remisión del informe, así como en el extremo referente a la superficie de la finca, ya que tales contradicciones que en forma alguna resultan del expediente de gestión no están acreditadas en forma, como sería preceptivo, por el interesado, que tampoco contradice en forma eficaz las razones tenidas en cuenta para dicha valoración expresadas correlativamente en el informe pericial.»

«Considerando que la valoración aceptada como base por la Abogacía del Estado emana de un funcionario técnico, que, tanto por razón de su título profesional como por la imparcialidad y conocimiento de causa que han de atribuirsele, dada la función pública que ejerce, ha de estimarse fundada y goza de la presunción de legalidad del artículo 8 de la Ley General Tributaria, salvo prueba en contrario: prueba que incumbe indudablemente a la parte reclamante, y que hay que reconocer que en el caso presente no ha conseguido desvirtuar el valor de la peritación expresada, puesto que se ha limitado a oponer a la misma los argumentos ya examinados, carentes de eficacia para dejar sin efecto las razones tenidas en cuenta para la emisión del informe y expresadas genéricamente en el mismo.»

«Considerando que los interesados no han propuesto en ninguna de las instancias prueba alguna de naturaleza técnica contra la procedencia de la valoración impugnada, ni han solicitado la tasación pericial, como podrían haberlo hecho al amparo del artículo 119, número 4.º, del Texto Refundido del Impuesto, siendo obligado por todo ello desestimar el recurso por los mismos interpuestos, ya que las actuaciones y acuerdos de la Administración no pueden quedar sin efecto por el simple parecer improbadore de los particulares a quienes tales actuaciones y acuerdos afecten.»

LIQUIDACION DE CONTRATO COMO PERMUTA Y NO COMO COMPRAVENTA, DADA LA CALIFICACION EXPRESA DEL MISMO POR LAS PARTES. LA ENTREGA DE UNA CANTIDAD DE DINERO POR LA DIFERENCIA DE PRESTACIONES OBJETO DE PERMUTA NO ESTA EXENTA, SINO QUE DEBE LIQUIDARSE COMO ENTREGA DE BIEN MUEBLE (RESOLUCIÓN DE 16 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Las Palmas la primera copia de una escritura pública en virtud de la cual la entidad mercantil «Texaco Canarias, S. A.», y «El Corte Inglés, S. A.», se dan en permuta las fincas descritas, transmitiéndose recíprocamente el pleno dominio de las mismas y confesando, además, la entidad «Texaco» tener recibidas de la sociedad «El Corte Inglés, S. A.», la suma de 93.752.130 pesetas antes del acto, equivalente a la diferencia de sus respectivas prestaciones; los contratantes, según intervienen, aceptan esta permuta y la propiedad de los bienes que adquieren en virtud de ella.

La Abogacía del Estado comprobó valores acudiendo al dictamen del Arquitecto del Servicio de Valoración Urbana y al del Ingeniero del Catastro de Riqueza Rústica de la misma Delegación, los cuales valoraron, según su competencia, la finca propiedad de «Texaco Canarias, S. A.», en 68.000.000 de pesetas, y los diversos inmuebles de «El Corte Inglés, S. A.», en 10.679.000 pesetas.

Seguidamente, la Abogacía giró liquidaciones por permuta sobre la base de los respectivos valores de 104.331.136 pesetas y de 10.579.000 pesetas, y otra liquidación por permuta, pero por el número 2 de la Tarifa, al tipo del 4 por 100, sobre una base imponible de 93.752.130 pesetas.

Notificadas las anteriores liquidaciones, ambos contratantes interpusieron reclamación económico-administrativa alegando que el contrato otorgado tenía en realidad la naturaleza jurídica de compraventa y no de permuta, habiéndose satisfecho el precio una parte en metálico y el resto mediante la transmisión o cesión de unas fincas y debiendo tenerse en cuenta el artículo 25 de la Ley General Tributaria, que preceptúa que el Impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o negocio jurídico, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados. En consecuencia, entendían que la entrega de los 93.752.130 pesetas era precio que esta exento, conforme al artículo 65-6.º, del Texto Refundido.

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación, por entender que el contrato era de permuta dada la intención manifiesta de los contratantes, advirtiendo además un error material en una de las bases liquidables, que debería ser de 10.679.000 pesetas, en lugar de los señalados 10.579.000 pesetas, por lo que habría de girarse la correspondiente liquidación complementaria sobre las 100.000 pesetas de diferencia.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada por ambas entidades, el Tribunal Central lo desestima por lo siguiente:

«Considerando que este Tribunal Central entiende que la cuestión de fondo se centra en un solo y exclusivo problema, que es la interpretación y calificación de la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las sociedades recurrentes mediante la escritura que formalizaron el 20 de julio de 1973, proclamando si es un contrato de permuta—como lo calificaron las propias partes y el Notario autorizante en el momento de otorgar dicho documento público, así como la resolución recurrida—o si se trata de un contrato de compraventa—como afirman después las compañías recurrentes en la presente reclamación—, estableciendo al mismo tiempo las repercusiones tributarias del contrato en cuestión dentro del ámbito del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales.»

«Considerando que antes de formular cualquier reflexión al respecto de tal punto conflictivo es preciso dejar advertido que si bien este Tribunal Central, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 46-3 del Reglamento de Procedimiento de 1959, observa que en el presente caso la Oficina gestora no ha notificado como actos separados e independientes el resultado de la comprobación de valores y el de liquidación, absolutamente distintos y diferenciados, conforme tiene proclamado este Tribunal en reiteradas resoluciones (entre las que destacan, como últimas, las de 6 de marzo, 12 de noviembre y 4 de diciembre de 1975), también aprecia que en este supuesto los interesados se han preocupado de ratificar de manera expresa el resultado de tal comprobación de valores, y con ello el dictamen de valoración suscrito, en cada caso, por el Arquitecto del Servicio de Valoración Urbana y por el Ingeniero del Catastro de la Riqueza Rústica, de la Delegación de Hacienda de Las Palmas de Gran Canaria, llegando a defender incluso al céntimo la cifra que tales técnicos al servicio de la Administración asignaron a los bienes transmitidos, motivo por el cual no es procedente acordar en este expediente la

nulidad de actuaciones que hubiera debido pronunciarse de todos los trámites a partir del momento en que se incurrió en tal omisión, porque la razón de tal nulidad estaría y está siempre en impedir la indefensión del contribuyente, que al verse privado de tal notificación independiente, se encontraría inermemente ante una eventual discrepancia con la cifra resultante y sin posibilidad de combatirla; pero como en el supuesto aquí contemplado no se da tal hipótesis, antes al contrario, incluso se corrobora y refrenda expresamente por los interesados tal actuación valorativa (y con ello, la base imponible fijada por la Abogacía del Estado), no hay indefensión de éstos, y por ello sería inútil retrotraer el expediente a una fase anterior cuyos defectos no les han lesionado ni han minorado los medios de defensa con los que debían contar de acuerdo con la ley.»

«Considerando que señalado lo anterior, puede proclamarse ya que toda la cuestión que se debate en el presente recurso se centra, como se ha advertido antes, en la calificación e interpretación de la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las sociedades recurrentes mediante la escritura que formalizaron el 20 de julio de 1973, determinando si es un contrato de permuta o si se trata de un contrato de compraventa, con las repercusiones tributarias del mismo dentro del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, y a los fines de la adecuada resolución de tal problema es imprescindible recordar lo dispuesto en el artículo 1.446 del Código Civil, que indica: 'Si el precio de la venta consistiere parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente, y por venta en el caso contrario', con lo cual pueden establecerse las siguientes conclusiones de acuerdo con la más acreditada doctrina que ha estudiado el sentido de este precepto: a) Para la calificación del contrato como de permuta o como de compraventa se ha de estar, en primer lugar, a lo que resulte ser la intención manifiesta de los contratantes. b) Esta intención se deducirá por indicios, dentro de los cuales uno y muy importante será el nombre dado al contrato en cuestión por las propias partes intervinientes en él de común acuerdo. c) Si bien la denominación que los intervinientes den al contrato puede no reflejar correctamente, por ser errónea, la intención de éstos, no es menos cierto que el nombre que se haya dado a tal contrato constituye un signo o indicio de gran vigor y luminosidad inicial en el momento de auscultar las verdaderas intenciones de quienes lo suscribieron, constituyendo—según la misma doctrina—una presunción *iuris tantum* en orden a que tal denominación coincide con el propósito de los obligados. d) Sólo cuando el nombre dado por los interesados al acto o contrato está en contradicción con lo que resulte ser su intención manifiesta prevalecerá ésta sobre aquél, constituyéndose así en una mera cuestión de prueba que los Tribunales pueden apreciar libremente. e) La comparación entre el valor de la cosa dada en parte de precio y el del dinero o su equivalente sólo procede hacerla, a los efectos de la calificación del acto, cuando no conste tal intención de las partes (conclusiones todas ratificadas por las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1921, 30 de diciembre de 1927 y 24 de enero de 1958). Además, en relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de diciembre de 1942, ha señalado que, por lo que respecta a la permuta y a su existencia, la valoración dineraria de las cosas dadas en tal concepto puede tener la finalidad de señalar la base

contributiva a efectos fiscales y la base también del suplemento numerario de abono por uno de los contratantes si los bienes permutados tuvieran valor diferente, 'pero no se le puede dar la significación de precio equivalente económico de las cosas que se permutan', ya que ni la naturaleza del contrato de permuta ni el designio que persigue tal valoración se avienen con dicho significado.»

«Considerando que partiendo de lo que se acaba de exponer y del significado y alcance exacto del artículo 1.446 del Código Civil, se hace preciso reflexionar ahora si, en el supuesto que aquí se contempla, es posible conocer la 'intención manifiesta' de las partes contratantes que intervinieron en el contrato de 20 de julio de 1973, a los fines de conocer la naturaleza jurídica de tal contrato, pues si ésta es clara y rotunda—'manifiesta'—no habrá de acudirse a la regla subsidiaria recogida en el segundo inciso de tal artículo, como desean los recurrentes, y a este fin hemos de servirnos además de la plataforma que sobre interpretación de los contratos proporciona el artículo 1.281 del Código Civil, cuando advierte que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas (escudriñando, desde luego, la intención de las partes a través de la consideración de los actos de éstas coetáneos y posteriores al contrato, según la técnica del artículo 1.282 del mismo texto legal). En tal sentido se observa en el expediente: a) Que las partes recurrentes y contratantes son dos sociedades de reconocido y notorio relieve, lo que excluye, en principio—como podría pensarse en el caso de personas físicas de escasa cultura y preparación—, toda improvisación en la redacción de las bases del documento o de la operación o negocio jurídico planeado y todo error jurídico básico—que además, en este caso, tendría la rara condición de ser doble y simultáneo—en un documento que ha de estar aprobado por dichas entidades normalmente previo debate y estudio de sus órganos decisorios y de asesoramiento correspondiente. b) Que una y otra sociedad intervinieron en el documento público con el asesoramiento y la intervención, naturalmente, del Notario autorizante, que tuvo que interpretar, a su vez, la intención de tales contratantes, previamente expresada ante él, en razón al documento que ambas querían suscribir, sumándose así un nuevo error muy difícil de admitir. c) Que nunca ninguna de las dos sociedades contratantes han intentado la rectificación de la escritura pública de 20 de julio de 1973, que tan erróneamente, según ellas, reflejó su voluntad, lo que supondría mantener vivo y válido un negocio jurídico públicamente concertado y ejecutado, mientras que simultáneamente se intenta discutir esa plena validez y esos efectos en el campo tributario, pues no puede olvidarse que la Abogacía del Estado no ha interpretado ninguna cláusula ni ha obtenido conclusión alguna derivada del contexto del contrato en sí, sino que se ha limitado a tomar como exacta y verídica la correcta calificación que reiteradamente atribuyeron al negocio tanto el Notario autorizante como las partes intervinientes en él. d) Que tanto el Notario autorizante como las partes suscriptoras del documento en cuestión lo calificaron de permuta sin ninguna vacilación ni reserva, suscribiéndolo ambas, después de su lectura, sin ningún reparo ni observación. e) Que en las cláusulas primera, segunda y tercera de dicha escritura, las sociedades recurrentes expresaron lo siguiente: La entidad mercantil 'Texaco Canarias, S. A.'..., y 'El Corte Inglés, S. A.'..., *se dan en permuta las fincas descritas en .. esta escritura, transmitiéndose recíprocamente el pleno*

dominio de las mismas, con todo aquello que les sea anexo, accesorio o dependiente, adquiriendo 'Texaco Canarias, S. A.', los inmuebles deslindados bajo las letras A) a H), ambas inclusive, del exponendo II, y 'El Corte Inglés, S. A.', el solar reseñado en el antecedente expositivo I). La entidad mercantil 'Texaco Canarias, S. A.', confiesa tener recibidas de la sociedad 'El Corte Inglés, S. A.', la suma de 93.752.130 pesetas antes de este acto, *equivalente a la diferencia de sus respectivas prestaciones*. Los contratantes según intervienen, *aceptan esta permuta y la propiedad de los bienes que adquieren por virtud de ella*, con lo cual ha de colegirse imperiosamente sobre la base de la definición del contrato de permuta, que recoge el artículo 1.538 del Código Civil, que las prestaciones convenidas como objeto de sus respectivas obligaciones y el pago o cumplimiento de éstas, se centraban en 'dar una cosa para recibir otra' u otras, es decir, permutarlas, sin que la valoración dineraria de dichas cosas y el suplemento de abono en metálico por parte de uno de los contratantes pueda hacer variar la naturaleza del contrato, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 28 de diciembre de 1942, citada anteriormente. f) Que cuando se quiso combatir por los contratantes la calificación que ellos mismos asignaron a tal contrato como de permuta y quisieron defender que habían querido concertar un contrato de compraventa, en el escrito de alegaciones presentado en Primera Instancia se dijo que el 'precio' convenido entre 'Texaco Canarias, S. A.', y 'El Corte Inglés, S. A.', para la adquisición por éste del solar que pertenecía a aquélla fue de 104.331.136 pesetas (afirmando que parte, 93.752.130 pesetas, se abonaba por la entidad 'compradora' en metálico y el resto, 10.679.000 pesetas, a través de la entrega de determinados inmuebles que eran de la propiedad de 'El Corte Inglés, S. A.'). y tal cifra y tal afirmación constituyen una increíble casualidad por cuanto que como se compone de dos sumandos, dígase cómo es posible que *antes* de valorar los Peritos al servicio de la Administración los inmuebles pertenecientes a tal supuesto comprador, las partes concertaron su valor como precio señalándolo, taumáturgica y prodigiosamente, en la misma cifra que tales Peritos iban a asignar a estos inmuebles más tarde, puesto que dichos técnicos, en su momento, valoraron las fincas de las que era titular la sociedad supuestamente compradora en los mismos 10.679.000 pesetas, que ya habían sido previstos por vendedor y comprador (y además cometiendo en la suma el mismo error de 100.000 pesetas que comete la Oficina gestora y a la que alude la resolución recurrida), lo que hace suponer que se están acomodando *a posteriori* cifras y conceptos a valoraciones y conveniencias. g) Que 'El Corte Inglés, S. A.', ha recurrido la liquidación girada a su cargo, actuando, en fase de alegaciones, con la misma postulación procesal que 'Texaco Canarias, S. A.', y con un escrito idéntico al de ésta a la letra, lo que hace suponer que su parca actividad proviene de que a tal sociedad le es indiferente la calificación jurídica, puesto que se le ha practicado una liquidación cuya modificación en su concepto jurídico (permuta o compraventa) no altera para nada su desembolso dinerario, y que está discutiendo en este proceso para hacer un tanto congruente la posición de 'Texaco Canarias, S. A.', con la suya propia.»

«Considerando que a la luz de tales indicios, cláusulas, reflexiones y actuaciones es fácil concluir que el contrato que 'Texaco Canarias, S. A.', y 'El Corte Inglés, S. A.', quisieron celebrar, y efectivamente celebraron el 20 de julio de 1973, fue un contrato de permuta, transmitiéndose reci-

procamente una cosa para recibir otras (aunque se compensaran la diferencia de valor de éstas en metálico), deduciéndolo así no sólo de los claros términos y cláusulas empleados en el mismo, sino de la actuación coetánea y posterior de ambas, motivo por el cual no ha de acudirse a la segunda regla, subsidiaria, del artículo 1.446 del Código Civil (valor de las cosas transmitidas y su comparación con el dinero metálico abonado por las partes), pues, como se ha advertido, ésta es sólo de aplicación cuando no consta o no pueda obtenerse nítidamente la intención manifiesta de los contratantes, pudiéndose inferir que la razón de haber variado de criterio posteriormente obedece a razones particulares de las que parece no está muy lejos el intentar eludir las consecuencias tributarias plenas del contrato de permuta realmente concluido.»

«Considerando que establecida la verdadera calificación jurídica del contrato celebrado el 20 de julio de 1973, como de permuta, es procedente ahora examinar si las liquidaciones practicadas por la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Las Palmas de Gran Canaria están o no ajustadas a Derecho, puesto que las bases tributarias, en cada supuesto, no sólo no han sido discutidas, sino, como se ha dicho, han sido ratificadas por los recurrentes de manera expresa, y a estos efectos debe ponerse de manifiesto que el artículo 86 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967 del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados indica que en las permutas de bienes y derechos se satisfará el Impuesto por cada transmisión, debiendo someterse cada adquirente, según el artículo 11 del Reglamento de 15 de enero de 1959, al tipo vigente que corresponda a la transmisión de los bienes permutados según su naturaleza mueble o inmueble, motivo por el cual las liquidaciones T-1.591 y T-1.592, por gravar traslaciones de dominio de bienes muebles (los que en cada caso recibían una y otra sociedad), han de considerarse correctas y adecuadas. Y por lo que respecta a la liquidación T-1.593, practicada a cargo de 'Texaco Canarias, S. A.', sobre la base de 93.752.130 pesetas, al tipo del 4 por 100, número 2 de la Tarifa de Transmisiones Patrimoniales *inter vivos*, como transmisión de bienes muebles, ha de tenerse en cuenta, como muy bien señala el Tribunal Provincial, que las entregas de dinero de curso legal sólo están exentas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65-1, apartado 6.º, del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, cuando 'constituyan precio de bienes de todas clases; las que se verifiquen en pago de servicios personales, de créditos o de indemnizaciones, y las que se efectúen en pago de deudas o de su asunción o para pago de ellas', con lo cual en el presente supuesto como la entrega efectuada por 'El Corte Inglés, S. A.', a la otra permutante fue, según propia afirmación (adecuada a la naturaleza del contrato), en concepto de 'diferencia de sus respectivas prestaciones', ha de afirmarse que se trata de una entrega de dinero que no puede estar exenta, sino que, por el contrario, está sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, ya que constituye una verdadera transmisión de bienes muebles (dada la naturaleza jurídica del dinero y las prescripciones de los arts. 333 y 335 del Código Civil), que, como en el supuesto, por ejemplo, de una donación, debe soportar la carga tributaria inherente a ella.»

«Considerando que también este Tribunal Central advierte el mismo error matemático y de hecho apreciado por el Tribunal Provincial en cuanto a la diferencia de 100.000 pesetas que, por equivocación en la suma, aparecen en la base imponible de las liquidaciones T-1.591 y T-1.592, de

acuerdo con las valoraciones practicadas y la declaración de las partes, en base a la cual debe ratificarse la decisión de Primera Instancia de subsanar tal error, en la forma como allí se proclama, por vía de liquidaciones complementarias oportunas.»

COMENTARIO.—Se plantea, en primer lugar, en esta resolución, si un contrato, calificado expresamente por las partes como permuta, ha de ser calificado fiscalmente como tal o bien como compraventa, dado que una de las partes confesaba como recibidos antes del acto más de 93 millones de pesetas en concepto de «diferencia por sus respectivas prestaciones».

La presente resolución entiende, acertadamente, que se trata de una permuta y no de una compraventa, a pesar de que esa cantidad de dinero entregada como diferencia superaba con mucho el valor de las fincas recibidas. El fundamento de esta interpretación se encuentra efectivamente en la relación del artículo 7.º del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones con el artículo 1.446 del Código Civil. Según el primero de estos preceptos, «los impuestos que regula esta ley se exigirán con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable», lo que significa que hay que atenerse a lo que resulta del Código Civil, que es el cuerpo legal que regula la permuta. Pues bien, según el artículo 1.446 de este último, «si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente, y por venta en el caso contrario». Por tanto, como en el documento constaba la intención manifiesta de los contratantes al calificarlo como permuta, ésta es la calificación que debe prevalecer a todos los efectos, especialmente en este caso a efectos fiscales, pues la «verdadera naturaleza jurídica del contrato liquidable» es la calificación que resulta del Código Civil.

Frente a esto nada significa lo que añade el propio artículo 7.º del Texto Refundido, al decir que todo ello es «cualquiera que sea la denominación que las partes lo hayan dado (al contrato)». Lo que quiere expresar el artículo 7.º es que ante el criterio de la «naturaleza jurídica» y el de la «denominación», hay que atenerse al primero. Pero si por aplicación de los preceptos civiles que se ocupan de la «naturaleza jurídica», la clave de ésta se encuentra en la «intención manifiesta» de los contratantes, los dos criterios pueden aproximarse, pues la «intención manifiesta» se revela por la «denominación expresa dada al contrato». Aun así, no es que se siga el criterio de la denominación y se prescinda de la «naturaleza jurídica verdadera», sino que se sigue teniendo en cuenta el criterio de la «naturaleza jurídica», aunque se reconozca que en algún caso este criterio se obtiene a base de la denominación expresiva de la «intención manifiesta de las partes». Además, el artículo 7.º no se opone a que la «denominación» pueda ser una pista para decidir la «verdadera naturaleza jurídica del contrato», sino que se opone a que sea la «denominación» el único criterio a tener en cuenta, evitando con ello que prevalezca sobre el criterio de la «naturaleza jurídica».

Pero una vez que hemos reconocido el acierto de esta resolución al calificar el contrato liquidable como permuta y no como compraventa, no tenemos más remedio que criticar la consecuencia que deduce, a saber: que debe liquidarse el dinero entregado como diferencia de las prestaciones de la permuta, porque la resolución entiende que no es aplicable a esa

entrega de dinero (mejor habría que decir «a esa obligación de entrega de dinero») la exención del número 6.º del artículo 65 del Texto Refundido, al no ser el precio de una compraventa.

Por nuestra parte, entendemos que la entrega de diferencias en dinero para compensar las prestaciones de la permuta está exenta, conforme al número 6.º del artículo 65, cuyo texto dice lo siguiente: «Están exentas: las entregas de cantidades en dinero de curso legal que constituyan precio de bienes de todas clases; las que se verifiquen en pago de servicios personales, de créditos o de indemnizaciones, y las que se efectúen en pago de deudas o de su asunción o para pago de ellas».

El Tribunal Central se limita a encerrarse en la expresión literal de «precio de bienes» diciendo que en la permuta no hay precio y, por tanto, que no cabe aplicar el citado número 6.º del artículo 65.

Ya reconocía el Tribunal Provincial que la liquidación de esa entrega de dinero «podría parecer más polémica», aunque al final decide que no se trata de «precio de bienes» porque «en el contrato de permuta no lo hay», preparando así el camino a la resolución del Tribunal Central, que no admite polémica sobre el tema, entendiendo que se trata de entrega de dinero como bien mueble, y encima pone el desafortunado ejemplo de la donación, negocio éste que nada tiene que ver con la permuta y hasta es contrario totalmente a éste, por ser gratuito y no oneroso.

En primer lugar, tenemos que decir que es un sofisma el argumento de que no puede haber precio en la permuta porque se trata de un contrato en que se cambia cosa por cosa. Fácil es comprobar que efectivamente no hay precio en la permuta que consiste en un cambio de cosa por cosa, que es la permuta normal o propiamente dicha. Pero es que en este caso, no estamos ante la permuta normal, sino ante la permuta con compensación en dinero.

En segundo lugar, resulta contradictorio apoyarse en el artículo 1.446 del Código Civil para deducir que se trata de una permuta y desconocer, por otro lado, que ese artículo habla clarísimamente de «precio». Por tanto, según el texto del artículo 1.446, cabe perfectamente que exista cambio de cosa por otra a la que se le añade un precio para mantener la equivalencia de prestaciones en que consiste ese cambio y, sin embargo, se trata de un contrato de permuta. No es el contrato de permuta normal, pero es un supuesto equiparable al mismo, aunque se trate de cambio de cosa por cosa más precio. Parece como si sólo pudiera hablarse de precio en la compraventa cuando, por ejemplo, el propio Código Civil llama «precio» a la contraprestación derivada del contrato de arrendamiento (confróntese art. 1.543).

En tercer lugar, según el artículo 1.541 del Código Civil, «en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta», por lo que cabe denominar a esa prestación dineraria que se incorpora a esta permuta especial igual que se la denomina en el contrato de compraventa, denominación que en nada ha de afectar a la unidad de este contrato mixto, unidad que resulta del repetido artículo 1.446.

En cuarto lugar, el número 6.º del artículo 65 no se refiere únicamente al dinero como precio, sino que contempla una variada serie de posibilidades en que también admite la exención, entre ellas «la entrega de dinero en pago de créditos». Pues bien, en el contrato que ha motivado la resolución que estamos comentando, la causa del mismo, manifestada por los

propios contratantes, está representada por la equivalencia de prestaciones, pues no se trata de entrega gratuita de dinero, sino de entrega para mantener y compensar la diferencia de prestaciones. Por tanto, como consecuencia de la entrega de bienes, surge un crédito derivado del propio contrato de permuta, crédito que se paga en su mayor parte, en este caso, en dinero, lo que significa que estamos ante «entrega de cantidad en dinero en pago de crédito». No obstante, estamos apuntando un argumento de segunda mano para el supuesto de que no valieran los anteriores, pues lo que, en definitiva, nos ocurre es que nos «hiere a los sentidos» la contradicción o diferenciación que supondría declarar la exención de la entrega de dinero derivada del contrato de compraventa y no declararla respecto a la entrega de dinero como compensación en metálico por las diferencias de valor resultantes del contrato de permuta. Por todo ello, creemos que el intérprete debe salvar a toda costa esa absurda diferenciación.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION: SIENDO FIRME UNA LIQUIDACION, NO CABE ALEGAR COMO APARICION DE DOCUMENTO DECISIVO UNA SENTENCIA JUDICIAL QUE DECLARA LA EXENCION DE OTROS PISOS DEL MISMO EDIFICIO POR RADICAR EN POLIGONO DE NUEVA URBANIZACION (RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Por la Abogacía del Estado de Santander se giró liquidación por adquisición de una vivienda con una deuda tributaria a ingresar de 20.584 pesetas, que fue satisfecha el 8 de marzo de 1971 por el contribuyente.

Dicho contribuyente presentó el día 28 de julio de 1972 un escrito en la Delegación de Hacienda de Santander dirigido al Delegado, por el que solicitaba la devolución de las 20.584 pesetas sobre la base de alegar que la Audiencia Territorial de Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en diversos recursos formulados por distintos interesados, había declarado que el edificio del que forma parte el local por él adquirido estaba ubicado en polígono de nueva urbanización, motivo por el cual era aplicable a la transmisión la exención del número 37 del artículo 65 del Texto Refundido. Apoyándose en ello y en los artículos 155 y 156 de la Ley General Tributaria, en relación con el artículo 111 del mismo texto legal, solicitaba que se declarara indebidamente ingresada la liquidación, y con ello que se revisara la misma y se le devolviera lo satisfecho.

Denegada la solicitud de devolución, por no tratarse de error de hecho, sino de derecho, lo que impedía la devolución por haber transcurrido el plazo para la impugnación de la liquidación, el contribuyente interpuso recurso de revisión ante el Ministro de Hacienda, al amparo del artículo 154 de la Ley General Tributaria, siendo resuelto por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, en el sentido de devolver la documentación presentada al interesado sobre la base de que el artículo 171-2 de la Ley General Tributaria dispone que la competencia para conocer de este tipo de recursos corresponde al Tribunal Económico-Administrativo Central.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso extraordinario de revisión sobre la base de los mismos argumentos, el Tribunal Central lo desestima por lo siguiente:

Porque a efectos del recurso extraordinario de revisión, los documentos decisivos que pueden aparecer después han de existir cuando la resolución haya sido adoptada (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1963), y porque las resoluciones de otros Tribunales no son propiamente documentos a tales efectos, tratándose en este caso de una liquidación firme por no haberla impugnado el interesado en su momento, sin que pueda ampararse en otra resolución judicial dictada en proceso en el que no fue parte.

COMPROBACION DE VALORES: ADQUISICION EN SUBASTA ADMINISTRATIVA, ARROJANDO EL DICTAMEN DEL ARQUITECTO DE HACIENDA VALOR SUPERIOR AL PRECIO DE ADQUISICION EN SUBASTA. NECESIDAD DE QUE EL DICTAMEN SEA RAZONADO Y FUNDADO EN HECHOS CONCRETOS (RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de Sevilla primera copia de la escritura pública de compraventa otorgada por el Instituto Nacional de Urbanización, como vendedor, y don Valentín Álvarez V., como comprador, de fecha 1974, por virtud de la cual este último adquiría una parcela de terreno en un Polígono Industrial, de superficie 4.500 metros cuadrados, en precio de 1.625.001 pesetas, habiéndose convocado previamente una subasta pública con fines de su adjudicación administrativa, resultando adjudicatario el mencionado comprador en el precio señalado.

Se abrió expediente de comprobación de valores acudiéndose al dictamen del Arquitecto de Hacienda, el cual, con fecha 30 de julio de 1974, lo evacuó, asignando al inmueble un valor de 4.950.000 pesetas para lo que señaló como «solar», y 2.781.700 pesetas para lo que concretó como «obra nueva», sin hacer referencia a criterio de ponderación alguno, sin diferenciar las distintas partes del razonamiento en que tal valoración se apoyaba y, en fin, sin motivar la razón de incluir una obra nueva dentro de la parcela transmitida.

El interesado interpone reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial alegando que la parcela transmitida lo había sido después de haberse celebrado subasta administrativa el día 25 de marzo de 1969, habiéndole aprobado el proyecto de construcción a continuación, estando tal obra terminada hacía bastante tiempo; que, por tanto, la parcela había de valorarse a la fecha en que la subasta tuvo lugar y no en el momento en que la escritura se otorgó, pues se había retrasado por motivos burocráticos; que la parcela en cuestión nunca podía valer más de lo que se pagó por ella en subasta, o sea, el valor declarado en la escritura, con la garantía de estar presente en la mesa de tal subasta el Abogado del Estado y el Interventor de Hacienda; que el Polígono Industrial de Carretera Amarilla de Sevilla estaba acogido a un régimen especial que lleva consigo una fijación administrativa de la renta, y que dicha renta

catastral, utilizada como medio de comprobación, hubiera dado una valoración muy inferior.

El Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Sevilla desestimó la reclamación basándose en que se había utilizado el medio de comprobación del número 12 del artículo 117 del Texto Refundido, que había de prevalecer mientras no se desvirtuase por la tasación pericial contradictoria.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central lo estima, anulando la comprobación de valores y reponiendo el expediente al momento oportuno para que se realice nueva comprobación, en su caso, atemperada a las formalidades reglamentarias, por lo siguiente:

«Considerando que el problema que se debate en la presente reclamación se centra sustancialmente en determinar el valor del inmueble adquirido por el recurrente como consecuencia de la compraventa documentada en la escritura pública aludida en el primer resultando de esta resolución, y con ello si la Administración al fijarlo ha actuado correctamente a través del perfecto desarrollo de la actividad comprobadora, de tal suerte que el contribuyente estuviera en toda ocasión en disposición de contradecir los criterios o aclarar los puntos de hecho precisos para la defensa de su derecho y, además, si en algún momento, por omisiones procesales padecidas, pudo hacerse incurrir en indefensión a quien hoy recurre en Segunda Instancia ante este Tribunal.»

«Considerando que sobre tal planteamiento, el primer problema y la primera cuestión que resalta hace referencia concreta a los términos genéricos e infundados con los que se emitió el dictamen pericial por el Arquitecto Jefe del Servicio de Valoración Urbana de la Delegación de Hacienda de Sevilla, que se limitó en su informe a señalar las cifras de 4.950.000 pesetas y 2.781.700 pesetas sin más, para lo que designó como 'solar' y como 'obra nueva', sin razonar criterios, módulos, datos, zonas, etcétera, que tomaba en cuenta para basar su tasación (incluso sin alusión a valor unitario alguno), introduciendo, además, una obra nueva no comprendida en la escritura de transmisión, sin especificar la razón de ello y aun el tipo de construcción de que se trataba, con lo que se hizo imposible para el comprador discrepar de extremos básicos para su defensa o para la contradicción de la base que se fijaba.»

«Considerando que sentado lo anterior y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80-2, número 12, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, así como en el artículo 59-1, letra d), de la Ley General Tributaria, y en el artículo 117-1, apartado 12, del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, la Administración puede auxiliarse en el expediente de comprobación de valores a través del dictamen que formule un funcionario técnico a su servicio; pero tal dictamen ha de ser necesariamente razonado y fundado en hechos concretos de evidente y fácil comprobación en cuanto a su realidad y a su objetividad, ya que es la única forma de que puedan ser conocidos los fundamentos, por un lado, por las autoridades llamadas a resolver sobre su procedencia según las reglas de la sana crítica, conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable como legislación procesal supletoria, y, por otro, por el contribuyente, que de este modo se coloca en disposición de discernir la procedencia no sólo del criterio de tasación, sino de los datos de hecho tenidos en cuenta por el

perito oficial para su estimación, evitando así que, por vía de la omisión o del desconocimiento, se produzca la indefensión del administrado.»

«Considerando que de lo expuesto se sigue que al carecer la valoración inicial efectuada, en el supuesto debatido, de la precisión y concreción de la realidad de los hechos en que la misma se apoyaba (impidiendo formar un juicio exacto al contribuyente sobre si se habían tenido o no en cuenta las características del suelo o la época respecto de la cual se asignaba el valor o el motivo de incluir, con sus características, una obra nueva no relacionada en la escritura de compraventa), es obligada secuela la declaración de nulidad del acto administrativo de comprobación, a fin de que se proceda, en su caso, a nueva comprobación de valores atemperada a las formalidades reglamentarias de razonamiento y motivación, en la que, desde luego, se tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 70-2.º del Texto Refundido de 6 de abril de 1967 para las transmisiones realizadas mediante subasta pública (por lo mismo que el precio de adjudicación puede quedar contradicho a través del oportuno mecanismo probatorio).»

MEDIOS DE COMPROBACION DE VALORES: EL DICTAMEN VALORATIVO DEL INGENIERO DE HACIENDA HA DE SER RAZONADO. NULIDAD DE LA COMPROBACION. SOLICITUD DE TASACION PERICIAL CONTRADICTORIA (RESOLUCIÓN DE 19 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Se presentó en la Oficina Liquidadora del Registro de la Propiedad de Arenas de San Pedro instancia manifestando la herencia de la madre, de acuerdo con un inventario de bienes, apareciendo como único inmueble un terreno que se describía como destinado a pradera, cereal y alguna oliva, al sitio de «Pie de la Cuesta», de cabida 18,2612 hectáreas, con valor declarado de 80.000 pesetas.

Abierto el expediente de comprobación, se utilizó la valoración del señor Ingeniero-Jefe de la Unidad Funcional Especializada de Rústica de la Delegación de Hacienda de Avila, el cual asignó a la finca un valor de 913.500 pesetas, sin hacer referencia a criterio de ponderación alguna y sin diferenciar las distintas partes del razonamiento en que tal valoración se apoyaba.

Notificada la base liquidable, se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, el cual denegó la práctica de prueba de tasación pericial propuesta y desestimó la reclamación, señalando que para la tasación pericial contradictoria debe solicitarse expresamente por ser un expediente administrativo especial diferenciable de la simple prueba pericial propuesta.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central lo estima, por reiterada doctrina, que no es necesario reproducir aquí, y que consta en los «considerandos» segundo y cuarto, mereciendo resaltarse por su mayor especialidad los «considerandos» tercero, quinto y séptimo:

«Considerando que sobre tal planteamiento, el primer problema y la primera cuestión que resalta hace referencia concreta a los términos genéricos e infundados con los que se emitió el dictamen pericial por el Ingeniero-Jefe de la Unidad Funcional Especializada de Rústica (UFE) de la

Delegación de Hacienda Avila, que se limitó en su informe a señalar la cifra de 913.500 pesetas sin más, es decir, sin razonar criterios, módulos, datos, zonas, cultivos, etc., que tomaba en cuenta para basar su tasación (incluso sin alusión a valor unitario alguno), con lo que se hizo imposible para la contribuyente discrepar de extremos básicos para su defensa o para la contradicción de la base que se fijaba»..

«Considerando que de lo expuesto se sigue que al carecer la valoración inicial efectuada, en el supuesto debatido, de la precisión y concreción de la realidad de los hechos en que la misma se apoyaba (impidiendo formar un juicio exacto a la interesada sobre si se habían tenido o no en cuenta las características del suelo, que, en su criterio, disminuía el valor del mismo, o sobre la clasificación del inmueble como estrictamente rústico, sin perspectiva urbana alguna) es obligada secuela la declaración de nulidad del acto administrativo de comprobación, así como la de liquidación consecuencia del mismo, si se hubiera practicado, a fin de que se proceda, en su caso, a nueva comprobación de valores atemperada a las formalidades reglamentarias de razonamiento y motivación.»

«Considerando que decretada la nulidad del acuerdo de comprobación de valores no es procedente pronunciarse sobre la petición deducida por la recurrente respecto a que se acuerde en esta instancia la tasación pericial contradictoria, al amparo de los artículos 81, 90 y siguientes del Reglamento de 15 de enero de 1959, pues, por economía procesal, sería inútil en este instante y en concordancia con el acuerdo que recae, pudiendo el contribuyente reproducir su petición, en su caso y en su momento, si en el desarrollo del expediente de gestión, a partir de los trámites que han de reproducirse como consecuencia de la nulidad decretada, lo considera conveniente a su derecho.»

**EXENCION RELATIVA A POLIGONOS DE NUEVA URBANIZACION:
NO ES APLICABLE LA EXENCION A LA TRANSMISION SEPARADA
DE UNOS LOCALES DE INMUEBLE CONSTRUIDO AL AMPARO DE
LA LEY CASTELLANA DE 1953 Y DECRETO DE 14 DE MAYO DE 1964,
NUMERO 37, DEL ARTICULO 65 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IM-
PUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES (RESOLUCIÓN DE 26
DE FEBRERO DE 1976).**

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de Madrid primera copia de escritura pública por la que una sociedad compraba nueve plazas de aparcamiento y dos locales de un edificio sito en la calle Orense, número 80, de Madrid, por precio de 11.250.000 pesetas, para cuya transmisión se solicitaban los beneficios fiscales derivados de la Ley de 3 de diciembre de 1953, por hallarse acogido el inmueble al Decreto de 14 de mayo de 1964.

La Abogacía giró liquidación a la sociedad con un total a pagar de 857.480 pesetas, que fue ingresado.

Contra dicha liquidación se interpuso reclamación económico-administrativa alegando la exención del número 37 del artículo 65, número 1, por tratarse de inmueble construido de acuerdo con la Ley de 3 de diciembre de 1953 y Decreto de 14 de mayo de 1964, según certificación expedida por la COPLACO.

El Tribunal Provincial estimó la reclamación anulando la liquidación impugnada y ordenando se dicte nuevo acto administrativo declarando la exención, con devolución de lo ingresado, por entender que el número 37 del artículo 65 ampara la primera transmisión de locales, por no ser lógico que se otorgue la exención para la transmisión en bloque de un edificio destinado a oficinas o locales y sea denegada para la transmisión de sus partes aisladas, habida cuenta por lo demás de lo dispuesto en el Decreto 1051/68, artículo 2.º, párrafo segundo.

Remitido el referido fallo a la Dirección General de lo Contencioso del Estado, ésta interpuso recurso ordinario de alzada ante el Tribunal Central para que se declarara que no procede la exención en este caso.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central estima el recurso, confirmando la liquidación girada por la Abogacía del Estado, por lo siguiente:

«Considerando que el problema que se plantea en la presente reclamación es el de si la compraventa de los locales a que el expediente se refiere, formalizada en escritura de 29 de abril de 1971, debe o no gozar de exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 65, apartado 1), número 37, del vigente Texto Refundido de la Ley del expresado Tributo, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967.»

«Considerando que el anunciado problema debe resolverse sustancialmente a la vista del citado artículo del Texto Refundido y del Decreto número 1051/68, de 27 de mayo, que lo modificó, toda vez que, a partir de la entrada en vigor de dicho Texto por mandato de su disposición transitoria segunda, quedaron sin efecto cuantas exenciones y reducciones no figuren mencionadas en el mismo, debiendo estarse exclusivamente a sus preceptos para determinar la extensión de las reconocidas en él, sin perjuicio del respeto a los derechos adquiridos, entendiendo por tales aquellos que se acredite que hubieran comenzado efectivamente a ejercitarse antes de la entrada en vigor del Texto de referencia; deduciéndose de ello que por tratarse, en el caso actual, de una transmisión celebrada el día 11 de marzo de 1971, cuando ya se hallaban vigentes las normas legales al principio citadas, no podrán invocarse derechos adquiridos nacidos de la legislación anterior, toda vez que estos derechos sólo pueden entenderse consolidados al verificarse la enajenación, según han declarado, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1962; 3 de mayo de 1963; 10 de abril, 28 de junio y 22 de noviembre de 1967; 6 de febrero y 29 de mayo de 1969; 30 de junio de 1970; 8 de junio de 1971; 7 de junio y 13 de noviembre de 1972, y 16 de abril del año 1973.»

«Considerando que la exención que en el caso planteado se invoca proviene directamente de lo establecido en el artículo 193-1-c) de la Ley del Suelo, que declaró exentas del Impuesto de Derechos Reales las transmisiones de la propiedad de edificios que se construyeran en polígonos de nueva urbanización o de reforma interior, cuando no se hubiese terminado la construcción o se efectuase dentro de los seis primeros años desde la terminación del edificio, quedando modificado posteriormente el régimen de la exención en virtud de lo prevenido en el artículo 3.º-A-60-j) de la Ley del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958, que si bien mantuvo el beneficio fiscal, lo redujo a la primera transmisión de edificios que se construyeran en polígonos de nueva urbanización o de

reforma interior, cuando no se hubiere terminado la construcción o se efectuase dentro de los tres primeros años desde la terminación del edificio.»

«Considerando que el artículo 65-1-37 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales declaró—en su redacción primitiva—exenta la primera transmisión de edificios, ya se haga por bloques o *separadamente por viviendas*, que se construyan en polígonos de nueva urbanización o de reforma interior, a que se refiere la Ley de 12 de mayo de 1956, cuando no se hubiere terminado la construcción o se efectuase dentro de los tres primeros años de la terminación del edificio; viniendo así a mantener sustancialmente la exención proclamada en el artículo 3.º-A-60-j) de la Ley del Impuesto de Derechos Reales, si bien precisando que el beneficio no sólo sería aplicable a la transmisión de edificios en bloque o en conjunto, *sino también a las que se verificasen separadamente por viviendas*, y asimismo condicionando la exención a que los citados edificios o viviendas estuvieran ubicados en alguno de los polígonos de nueva urbanización o de reforma interior, a que se refiere precisamente la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, prescindiendo, en su consecuencia, de mencionar los proyectos de ordenación urbana elaborados con sujeción a las Leyes de 3 de diciembre de 1953, 26 de julio de 1892 y 18 de marzo de 1895, que se citaban expresamente en el número 60 del artículo 3.º-A) de la Ley de Derechos Reales antes nombrada.»

«Considerando que el Decreto número 1051/68, de 27 de mayo, derogó el número 37 del artículo 65-1 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, manteniendo para lo sucesivo la exención exclusivamente para las viviendas destinadas a domicilio habitual y permanente cuyo coste de ejecución material no exceda del límite señalado para las del grupo primero de las de protección oficial; añadiendo el propio Decreto que, ello no obstante, la exención continuará aplicándose en sus primitivos términos cuando se trate de polígonos de nueva urbanización o de reforma interior contenidos en un plan parcial que hubiera obtenido así su definitiva aprobación por el órgano competente, siempre que hubiera sido presentado ante el mismo con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del mencionado Decreto, que lo fue el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, o sea, el 28 de mayo de 1968, evolución legislativa certeramente subrayada por el recurso en apoyo de la interpretación que propugna.»

«Considerando que, en todo caso, la transmisión aislada de locales destinados a oficinas no podía ni puede, por tanto, incluirse en el concepto de 'viviendas', al que se refería ya, aludiendo a su posible transmisión separada, la redacción del artículo 65-1-37 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, y que, como razona la Dirección General de lo Contencioso del Estado en su escrito, no es aplicable la doctrina sentada en su día por este Tribunal a la vista de la Ley de 21 de marzo de 1958, sino la ya sustentada, en su acuerdo de 2 de diciembre de 1971, con apoyo a la invocación que, según se ha explicado, introdujo el Texto Refundido de 6 de abril de 1967, y cuya redacción no admite gramaticalmente, por su claridad, otra interpretación que la que se propugna en el recurso y se sigue en este fallo.»

EXPEDIENTE DE INVESTIGACION DE PERSONAS JURIDICAS. COMPROBACION DE VALORES. PRESCRIPCION DEL IMPUESTO. UN ESTANQUE NO ES UNA FINCA AUTONOMA, SINO PARTE INTEGRANTE DE OTRO INMUEBLE. EL DERECHO DE AGUAS EN UN HEREDAMIENTO ES FINCA INDEPENDIENTE (RESOLUCIÓN DE 26 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—La Oficina Liquidadora de Santa Cruz de La Palma instruyó expediente de investigación a cargo de la Congregación de Dominicas Misioneras de la Sagrada Familia por el Impuesto General sobre las Sucesiones, concepto Bienes de las Personas Jurídicas, incluyendo unas fincas, así como también un estanque y el agua destinada a riego, que fueron valorados por el Perito Ayudante y el Ingeniero Jefe de Catastro de Rústica de la Delegación de Hacienda de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 18 de abril de 1972, arrojando los bienes objeto de valoración un total de 29.253.440 pesetas.

Aprobado por la Abogacía del Estado el expediente de investigación, se notificó a la Congregación dicha aprobación, sin que ésta llevara a cabo manifestación de clase alguna. Con posterioridad, la Oficina Liquidadora remitió a la Abogacía del Estado el expediente de comprobación de valores, que arrojó un importe total de 46.588.746 pesetas, por incluirse la cifra de otra finca cuyo valor se tomaba de la tasación asignada a efectos de ejecución hipotecaria. Aprobado el expediente con algunas matizaciones respecto a los años a que debían referirse los aumentos de valor, y notificada la comprobación de valores a la Congregación interesada, ésta interpuso recurso económico-administrativo contra dicha comprobación, estimándolo parcialmente el Tribunal Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el sentido de que debía declararse la prescripción de las liquidaciones correspondientes a los cinco primeros años (1959 al 1963) de los diez que se perseguían.

La Congregación interpuso recurso de alzada alegando que los bienes que, como las aguas y el estanque, son accesorios de otros ya declarados no pueden estar sujetos al Impuesto.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central estima en parte el recurso, declarando ajustada a derecho la resolución del Tribunal Provincial, salvo en lo que se refiere al estanque existente en la finca número 3, cuyo valor deberá ser considerado como un incremento del asignado a la misma con anterioridad, que sólo produce efectos a partir del ejercicio en que se practicó la nueva comprobación y sucesivos, por lo que habrá de rectificarse la base de las liquidaciones giradas con anterioridad. Todo ello por lo siguiente:

«Considerando que, como acertadamente razona el Tribunal Provincial de Santa Cruz de Tenerife, las infracciones de procedimiento acometidas por la Oficina Liquidadora, en relación con lo dispuesto en el artículo 180 del vigente Reglamento de 15 de enero de 1959, no pueden provocar nuevamente la nulidad de actuaciones, ya que el vicio o defecto de forma sólo da lugar a la misma en el supuesto de que el acto administrativo carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o provoque la indefensión de los interesados, tal y como dispone el artículo 48, apartado 2), de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, y en el caso presente,

la Congregación interesada, según se reconoce en el escrito interponiendo el presente recurso de alzada, ha tenido pleno conocimiento del acto impugnado y de todos los elementos integrantes del mismo.»

«Considerando que en cuanto al fondo de la cuestión planteada hay que recordar que, conforme al artículo 9, apartado 2), de la vigente Ley General Tributaria, los preceptos del Derecho común tienen carácter supletorio en materia tributaria, precepto coincidente con el artículo 45 del Reglamento de 15 de enero de 1959, según el cual para la calificación jurídica de los bienes sujetos al Impuesto por razones de su distinta naturaleza, uso, destino o aplicación, se estará a lo que respecto al particular dispone el Libro Segundo, Título I, del Código Civil.»

«Considerando que, en este sentido, conforme al artículo 334, número 8.º, del vigente Código Civil, son bienes inmuebles las aguas vivas o estancadas, siendo susceptibles de hipoteca, a tenor del artículo 107, número 5.º, de la vigente Ley Hipotecaria, los derechos de aguas, añadiendo el artículo 71 del Reglamento de la citada Ley Hipotecaria que las aguas de dominio privado podrán constituir una finca independiente e inscribirse con separación de aquella que ocuparen o en que nacieren, indicando posteriormente dicho precepto las características de dicha inscripción en relación con las aguas privadas pertenecientes a heredades, heredamientos, dulas, acequias u otras comunidades análogas.»

«Considerando que de lo anteriormente expuesto se deduce con claridad el carácter de bien independiente que concurre en el derecho a tres horas y media de agua que tiene la Congregación recurrente en el heredamiento de las haciendas de Argual y Tazacorte, comunidad de aguas privadas acogida a la Ley de 27 de diciembre de 1956, por lo que es evidente la sujeción autónoma del mismo al Impuesto General sobre las Sucesiones, concepto Bienes de las Personas Jurídicas.»

«Considerando que según lo razonado anteriormente y teniendo en cuenta, además, que según el artículo 334, número 3.º, del citado Código Civil, se considera como bien inmueble 'todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto', hay que llegar a la conclusión de que el estanque existente en la finca número 3 forma parte de la misma, careciendo de existencia autónoma e independiente, y, en consecuencia, sólo puede servir de criterio para aumentar el valor del referido inmueble.»

«Considerando que por ello el incremento de 2.112.000 pesetas, asignado al estanque, no puede producir efectos retroactivos durante el período de prescripción y sí únicamente considerarse como un incremento de valor a partir del ejercicio correspondiente y sucesivos.»

«Considerando que en cuanto a la valoración dada a la finca número 1 de 17.301.894 pesetas, ha de considerarse correcta y ajustada a derecho por aplicación de lo dispuesto en el artículo 117, apartado 1), número 11, del Texto Refundido del Impuesto de que se trata, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, conforme al cual constituye medio ordinario de comprobación de valores, 'en la transmisión de fincas hipotecadas', el valor asignado a ellas para la subasta, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria.»

COMPROBACION DE VALORES: EL DICTAMEN DEL ARQUITECTO DE HACIENDA HA DE SER RAZONADO, NO BASTANDO LA MERA EXPRESION DE VALOR. PLAZO PARA RECLAMAR: EL ESCRITO REMITIDO POR CORREO EL ULTIMO DIA DE PLAZO, AUNQUE LLEGUE A LA OFICINA DE HACIENDA DESPUES, ESTA DENTRO DE PLAZO (RESOLUCIÓN DE 26 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Se presentó ante la Oficina Liquidadora de Santa Coloma de Farnés escritura de aceptación de herencia y de entrega de legado, así como otra de subsanación, instruyéndose los correspondientes expedientes de comprobación de valores, con una base de 2.932.968 pesetas, como consecuencia de la valoración de determinadas fincas urbanas, sitas todas ellas en Lloret de Mar, practicada por el Arquitecto Jefe de la Delegación de Hacienda de Gerona.

Prevía aprobación del expediente por la Abogacía del Estado, fue notificado el acto administrativo al interesado, quien interpuso recurso económico-administrativo alegando el exceso con que se habían fijado los valores, acompañando un dictamen pericial del que resulta un valor de 1.082.458 pesetas.

El Tribunal Provincial de Gerona desestimó la reclamación por entender que había sido formulada extemporáneamente, confirmando el acto administrativo impugnado, sin entrar a conocer en el fondo de la cuestión planteada.

El interesado interpone recurso de alzada alegando que aunque el escrito de recurso tuvo entrada en la Delegación de Hacienda de Gerona el día 17 de abril de 1973, fue presentado un día antes en la Oficina de Correos de Gerona, según acredita con fotocopia debidamente cotejada del justificante de la imposición.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central desestima el recurso por lo siguiente:

«Considerando que con carácter previo y antes de entrar en el fondo de la cuestión planteada, se hace necesario determinar si la reclamación en Primera Instancia fue interpuesta dentro del improrrogable plazo de quince días, a que se refiere el artículo 94 del vigente Reglamento de 26 de noviembre de 1959, tal y como sostiene el recurrente, o si, por el contrario, según el criterio del Tribunal Provincial de Gerona, tal reclamación fue deducida fuera de dicho plazo y, en consecuencia, ha de considerarse ajustada a derecho la desestimación de la misma por extemporánea.»

«Considerando que es indiscutible que la notificación del acto administrativo, impugnado en Primera Instancia, tuvo lugar el día 29 de marzo de 1973, según resulta acreditado en el expediente con la copia, debidamente firmado por el interesado, del oficio en el que se le indicaba la base tributaria a efectos del Impuesto General sobre las Sucesiones y que, por tanto, el mencionado plazo de interposición venció el día 16 de abril del mismo año 1973.»

«Considerando que aun cuando en el escrito interponiendo la reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Gerona, figura un sello de imposible identificación en el que únicamente consta con claridad lo siguiente: '07318 - 17.4.73 = Registro General Entrada', es preciso tener en cuenta que el recurrente ha aportado ante este Tribunal

Central fotocopia, debidamente cotejada con su original, del recibo justificante de una comunicación dirigida al Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Gerona con fecha 16 de abril de 1973, por lo que, con el fin de no incurrir en excesivos formalismos que impidan a los contribuyentes el ejercicio de sus pretensiones de impugnación ante la Hacienda Pública y aun teniendo en cuenta que no se ha dado estricto cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 66 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con el artículo 76, apartado 1), letra f), del Reglamento de Procedimiento para las Reclamaciones Económico-Administrativas de 26 de noviembre de 1959 y la Orden Ministerial de 20 de octubre de 1958, así como en el Reglamento de los Servicios de Correos, aprobado por Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, hay que llegar a la conclusión de que el recurso en Primera Instancia fue interpuesto en tiempo hábil, por lo que procede entrar a conocer en el fondo de la cuestión planteada por el interesado.»

«Considerando que el artículo 46 del Reglamento de Procedimiento de 26 de noviembre de 1959 indica que la reclamación económico-administrativa atribuye al Organó competente para decidirla en cualquier instancia, la revisión de todas las cuestiones que ofrezcan el expediente de gestión y el de reclamación ante el Organó inferior, hayan sido o no planteadas por los interesados, entrando por ello dentro de la órbita de competencia de los Organos de revisión la posibilidad de declarar la nulidad del acto impugnado cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 64 del mismo texto procesal, entre las que se encuentra la de haberse dictado el acto prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para ello, en uso de cuya facultad este Tribunal estima preciso enjuiciar si en el expediente de gestión se han observado los requisitos formales indispensables para que el acto administrativo impugnado alcance su fin, doctrina reiteradamente acogida por este Organó en numerosas resoluciones, entre las que destacan las de 24 de octubre y 5 de diciembre de 1968 y 6 de marzo de 1975.»

«Considerando que en este sentido se hace preciso analizar si en la determinación del valor de las fincas transmitidas la Administración ha actuado correctamente a través del perfecto desarrollo de la actividad comprobadora, de tal suerte que el contribuyente estuviera en toda ocasión en disposición de contradecir los criterios o aclarar los puntos de hecho precisos para la defensa de su derecho, y si en algún momento, por omisiones procesales padecidas, pudo hacerse incurrir en indefensión a quien hoy recurre en Segunda Instancia ante este Tribunal.»

«Considerando que por lo que respecta al problema del valor asignado a dichos bienes, se ha de poner de relieve la ausencia de todo fundamento con el que fue emitido el dictamen pericial por el Arquitecto Jefe de la Delegación de Hacienda de Gerona, que se limitó en su informe a señalar unas cifras globales sin razonar criterios, módulos, zonas, antigüedad de la construcción, etc., tomados en cuenta para basar la tasación, con lo que se hizo imposible para el recurrente el poder discrepar de extremos básicos para su defensa o para la contradicción de la base fijada, teniendo en cuenta, sobre todo, que con tales razonamientos hubiera podido la Oficina gestora, primero, y el Tribunal Provincial, después, formar adecuado juicio sobre el tema debatido.»

«Considerando que sentado lo anterior y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80-2, número 12, del Reglamento del Impuesto de Derechos

Reales de 15 de enero de 1959, así como en el artículo 59-1, letra d), de la Ley General Tributaria, y en el artículo 117-1, número 12, del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, la Administración puede auxiliarse en el expediente de comprobación de valores a través del dictamen que formule un funcionario técnico a su servicio, pero tal dictamen ha de ser necesariamente razonado y fundado en hechos concretos de evidente y fácil comprobación en cuanto a su realidad y a su objetividad, ya que es la única forma de que puedan ser conocidos los fundamentos, por un lado, por las autoridades llamadas a resolver su procedencia según las reglas de la sana crítica, conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable como legislación procesal supletoria, y, por otro, por el contribuyente, que de este modo se coloca en disposición de discernir la procedencia no sólo del criterio de tasación, sino de los datos de hecho tenidos en cuenta por el Perito oficial para su estimación, evitando así que, por vía de la omisión o del desconocimiento, se produzca la indefensión del administrado.»

«Considerando que de lo expuesto se sigue que al carecer la valoración efectuada, en el presente supuesto, de la precisión y concreción de las circunstancias de toda índole en que la misma se fundamenta, habiendo impedido, tanto a la Oficina gestora como a la Abogacía del Estado y a este Tribunal Económico-Administrativo Central, formar un juicio exacto sobre la cuestión debatida, es obligada consecuencia la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado, a fin de que se proceda a una nueva comprobación de valores atemperada a las formalidades reglamentarias de razonamiento y motivación, de acuerdo todo ello con la doctrina reiteradamente sentada por este Tribunal en múltiples resoluciones, entre las que destacan las de 6 de julio de 1970; 5, 12 y 19 de noviembre del mismo año, así como las de 6 de marzo, 10 de abril y 2 de octubre de 1975.»

BONIFICACION DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES A LOS ACTOS DE CONSTITUCION O AMPLIACION DE CAPITAL DE SOCIEDADES ACOGIDAS A LA ACCION CONCERTADA PARA LA PRODUCCION DE GANADO VACUNO Y CARNE: NO SE APLICA A LA COMPRA DE FINCA RUSTICA, POR NO SER LA COMPRAVENTA EQUIPARABLE A LA CONSTITUCION O AMPLIACION DE SOCIEDAD (RESOLUCIÓN DE 4 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Se presentó en la Oficina Liquidadora de Navalmoral de la Mata una primera copia de la escritura otorgada ante el Notario don Valero Soler Marzo, por la que la sociedad «Ganadera Valdeolivas, S. A.», adquirió a título de compra, por precio de un millón de pesetas, una finca rústica denominada «Pinares de Miramontes», de 494 hectáreas, solicitándose en la escritura las bonificaciones fiscales que fueren procedentes por hallarse la finca objeto de esta venta acogida a la acción concertada para la producción de ganado vacuno y carne.

Practicada la comprobación de valores, que dio un total de 17 millones de pesetas, fue notificada al contribuyente, quien consintió, por lo que la Oficina giró a su cargo la liquidación del Impuesto de Transmisiones, sin conceder bonificaciones.

Se interpuso reclamación económico-administrativa contra dicha liquidación, invocando la aplicación de la Orden Ministerial que otorga los beneficios fiscales de la acción concertada, por estimar que la compraventa liquidada es una expresión formal de ampliación de capital de la sociedad compradora.

El Tribunal Provincial de Cáceres acordó desestimar la reclamación, porque la Orden de 18 de noviembre de 1974 concedió a la sociedad la reducción del 95 por 100 en cuanto a los actos de constitución o de ampliación de capital, a los que no se puede equiparar la compra de bienes.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central desestima el recurso interpuesto por la sociedad, por lo siguiente:

«Considerando que la simple lectura de la Orden Ministerial concediendo los beneficios fiscales de la acción concertada a la sociedad reclamante, limita y precisa con toda exactitud y en términos inequívocos en cuanto al Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, los expresados beneficios a los actos de constitución o de ampliación de capital, operaciones ambas que por imperativos de la naturaleza del contrato de sociedad han de llevarse a cabo, necesariamente y en todo caso en su expresión formal por medio del contrato de aportación que vincula al aportante o transmitente de los bienes con la sociedad adquirente de los mismos, como partícipe de su patrimonio social.»

«Considerando que así precisado el concepto de formalización por medio del contrato de aportación para las operaciones de constitución de sociedad o aumento de su capital social, es evidente la imposibilidad de llevar a cabo jurídica y fiscalmente tales operaciones por medio de un simple contrato de compraventa, como pretende la sociedad recurrente; alegación que por inoperante y falta de fundamentos ha de ser rechazada por el Tribunal, sin necesidad de mayores aclaraciones, confirmando, en consecuencia, el fallo recurrido, con la consiguiente desestimación de la reclamación.»

COMPROBACION DE VALORES DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL: EL DICTAMEN DEL ARQUITECTO DE HACIENDA HA DE SER RAZONADO, POR LO QUE SE ANULA LA COMPROBACION SIN ENTRAR EN LA CUESTION DE SI EL PRECIO FIJADO EN LA CEDULA DE CALIFICACION ES O NO MEDIO DE COMPROBACION DE VALORES (RESOLUCIÓN DE 4 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de Sevilla escritura de compra de un piso por precio de 431.881 pesetas, solicitándose la exención del número 29 del artículo 65 del Texto Refundido por tratarse de vivienda bonificable según Cédula de Calificación Definitiva expedida en enero de 1964.

Se instruyó expediente de comprobación de valores utilizando el medio ordinario del apartado 12 del artículo 117 del Texto Refundido, consistente en la valoración del Arquitecto Jefe de los Servicios de Catastro de Urba-

na, que valoró el piso en 601.462 pesetas, sin expresar las razones tenidas en cuenta para su determinación.

El interesado interpuso reclamación económico-administrativa alegando que desconocía las razones tenidas en cuenta por el señor Arquitecto para realizar la tasación, al no haber sido expresadas, y que según los artículos 127 y 132 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, la fijación del precio de venta de una vivienda de protección oficial la lleva a cabo el Ministerio de la Vivienda, por lo que la modificación de ese precio a efectos fiscales supone un quebrantamiento del principio de respeto a los actos propios.

El Tribunal Provincial de Sevilla desestimó la reclamación, interponiéndose por el interesado recurso de alzada alegando lo dispuesto en los artículos 47 y 48 de la Ley General Tributaria respecto al procedimiento de estimación directa para la práctica de la comprobación, que en el presente caso viene determinado por el acuerdo del Ministerio de la Vivienda fijando el precio de venta de los pisos, que no puede ser contradicho por un funcionario de la Administración.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central estima el recurso, pero sin entrar en la cuestión planteada por el recurrente, por lo siguiente:

«Considerando que el problema esencial discutido es el referente a la valoración practicada por el Arquitecto Jefe del Catastro de Urbana, y en cuanto al mismo es de tener en cuenta que según se razona reiteradamente en diversas resoluciones de este Tribunal, y concretamente, entre otras, en las de 27 de noviembre de 1973, 26 de septiembre de 1975 y 22 de enero de 1976, el mero examen del medio ordinario de comprobación utilizado, autorizado expresamente por el número 12 del artículo 117 del vigente Texto Refundido de 6 de abril de 1967, pone de manifiesto que el mismo no se ha utilizado en la forma procedente, ya que, como afirma igualmente la resolución de este Tribunal de 14 de noviembre de 1969, concorde con las de 13 de marzo y 19 de junio del mismo año y seguida luego por la de 7 de junio de 1973, la valoración de que se trata no debe limitarse a la mera expresión del valor de los bienes transmitidos, sino que ha de ser razonada por el funcionario técnico que la practica, con tanto más motivo si se tiene en cuenta la disconformidad y oposición del interesado y que tal procedimiento de valoración constituye la única forma de que el avalúo pueda ser estimado o no por la autoridad de resolución, según las reglas de la sana crítica, conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable como legislación procesal supletoria, infracción formal que por generar indefensión para el interesado debe ser declarada y corregida de oficio por este Tribunal en cumplimiento de la facultad revisora al mismo reconocida por el artículo 46 del Reglamento procesal, con mayor motivo cuando el interesado ha manifestado expresamente su oposición al resultado de la comprobación alegando su nulidad, que debe ser declarada retrotrayendo las actuaciones al momento de producirse la infracción formal denunciada.»

«Considerando que ante la presente conclusión anulatoria del acto administrativo reclamado, resulta innecesario el conocimiento y decisión de los restantes motivos alegados por el recurrente en orden a fijación de

base y determinación del valor comprobado de las viviendas de protección oficial, así como en orden a la práctica de la prueba documental en su día propuesta por su manifiesta inoperancia.»

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. COMPUTO DE PLAZO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION PARA EXIGIR EL IMPUESTO CUANDO SE CONCEDIO PREVIAMENTE EXENCION PROVISIONAL POR TRATARSE DE ADQUISICION DE TERRENOS CON FINALIDAD DE CONSTRUIR VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA, NO HABIENDOSE CONSTRUIDO ESTAS (RESOLUCIÓN DE 11 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—El día 19 de enero de 1965 se presentó en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Barcelona la primera copia de la escritura pública otorgada el 29 de enero de 1964, por la que la entidad «Constructora de Viviendas Sociales, S. A.» (Covisa), compraba dos fincas urbanas en Barcelona por precio global de 7.246.224 pesetas, manifestando la entidad adquirente que las fincas serían demolidas para levantar en el solar resultante viviendas de renta limitada de acuerdo con la Ley de 15 de julio de 1954, solicitando, en consecuencia, la exención correspondiente.

La Abogacía del Estado, el 22 de enero de 1965, declaró la exención provisional de dicha compraventa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 146, número 29, de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964, estableciéndose la afección registral oportuna para garantizar el pago de las liquidaciones correspondientes si no se levantarán las viviendas citadas o no se obtuviera la calificación pertinente.

El día 11 de julio de 1974 volvió a tener entrada dicha escritura en la misma Abogacía del Estado, por haberse desistido, por lo visto, de la construcción de tales viviendas, por haberlo denegado el Ministerio de la Vivienda, por insuficiencia de cupo, en varias ocasiones que se había solicitado. La Abogacía practicó las correspondientes liquidaciones por compraventa y por segregación, a cargo de la entidad Covisa.

La citada sociedad interpone reclamación económico-administrativa contra las liquidaciones, alegando que había solicitado en diversas ocasiones del Ministerio de la Vivienda la concesión de los beneficios propios de las viviendas de renta limitada, grupo I, siendo la última ocasión aquella que mereció el número 537/68 de dicho Ministerio, denegándose el 15 de junio de dicho año, por lo que quedaba claro que la empresa no había podido llevar a cabo el proyecto inicial, y que habiendo transcurrido, desde el 19 de enero de 1965, más de nueve años hasta que volvió a presentarse el documento en cuestión ante la Abogacía del Estado, debía declararse la prescripción del Impuesto, a tenor del artículo 132 del Texto Refundido y del artículo 64 de la Ley General Tributaria.

El Tribunal Provincial de Barcelona acordó desestimar la reclamación, interponiéndose contra dicho acuerdo recurso de alzada.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central acuerda desestimar el recurso, por lo siguiente:

«Considerando que constituye antecedente indispensable para una acertada solución del problema de fondo que la reclamación plantea, el de determinar la fecha en que nace el derecho de la Administración para

practicar, en su caso, la liquidación del Impuesto después de otorgarse una exención provisional a un acto o contrato de acuerdo con la legislación de viviendas de protección oficial, fecha desde la cual ha de comenzar a contarse el plazo de prescripción de la acción para su exigencia.»

«Considerando que a tales efectos ha de considerarse que el número 28 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967 concede la exención del pago del Impuesto aludido a los contratos de promesa de venta, adquisición a título oneroso, arrendamiento y cesión gratuita de los terrenos destinados a la construcción de viviendas de protección oficial, añadiendo el mismo precepto que para el reconocimiento de esta exención bastará que se consigne en el documento que el contrato se otorga con la finalidad expresada y quedará sin efecto si transcurriesen *tres años* a partir de dicho reconocimiento sin que se obtenga la calificación provisional, para disponer, finalmente, que la exención se entenderá concedida con carácter provisional y condicionada al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas.»

«Considerando que de la redacción de tal precepto legal claramente se deduce—y así lo ha reconocido reiterada jurisprudencia—que para la concesión de la exención que en el mismo se regula basta la simple manifestación de los adquirentes de los terrenos de tener el propósito de destinar los mismos a la construcción de tal clase de viviendas, quedando condicionada su definitiva eficacia al cumplimiento de los requisitos formales establecidos en la legislación especial reguladora de las mismas y a la obtención de la calificación provisional dentro del plazo de tres años.»

«Considerando que las precedentes premisas ponen patentemente de manifiesto, en primer lugar, la existencia de dos distintas motivaciones determinantes de la pérdida del beneficio fiscal que se viene examinando, pero exigiendo ambas, como raíz común, que los hechos que las sirvan de fundamento sean constitutivos de negligencia de la propia Administración o de los interesados (por incumplimiento de los requisitos formales o por morosidad en el transcurso de los plazos determinantes de la extinción del beneficio), pudiendo añadirse a las anteriores motivaciones otra derivada de la renuncia expresa de los beneficios llevada a cabo por los propios interesados.»

«Considerando que en esta línea de discurso se ha de destacar, además, que el artículo 64 de la Ley General Tributaria y los artículos 132 y 65, número 28, del Texto Refundido de 6 de abril de 1967 no regulan un plazo falta e inexorable (que más pudiera ser de 'caducidad'), sino que, como se desprende del artículo 66 de aquel texto legal, existen unas causas de interrupción de tales plazos prescriptivos (cinco y diez años), entre las que aparece, por un lado, cualquier 'actuación administrativa' realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo, conducente al reconocimiento, regularización, inspección, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del Impuesto devengado por cada hecho imponible, y, por otro, 'cualquier actuación del sujeto pasivo' conducente al pago o liquidación de la deuda tributaria. Por tanto, si se acredita que el sujeto pasivo y la Administración han actuado de tal suerte que quede acreditado, simultáneamente, el renovado propósito de aquél, en cualquier momento, de actuar

dentro de un régimen y en un marco que le llevan a consolidar una situación tributaria privilegiada de exención (provisionalmente otorgada), y el conocimiento por parte de la segunda de tal proceder, habrá de concluirse que el paréntesis abierto, cuando se concedió provisionalmente tal beneficio, no ha quedado cerrado, y con ello que no puede afirmarse que antes de esto haya comenzado a correr el plazo que la Administración tenía para actuar conforme a las previsiones legales establecidas para el caso de definitiva denegación del privilegio en cuestión.»

«Considerando que dado el carácter *único* de la Administración del Estado (de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de junio de 1957) ha de afirmarse que la actuación aludida en el presente 'considerando' no es preciso que tenga lugar, en algunos supuestos, ante la Administración *tributaria*, pues puede ocurrir ante cualquiera de los ramos de la misma si en ellos se ha de resolver o acordar algún requisito o acto previo de ulterior valoración fiscal, ya que no puede escindirse la personalidad de dicha Administración, con lo cual cualquier actividad de este tipo por parte del 'administrado-sujeto pasivo', ante cualquiera de tales ramos de la Administración, ha de surtir efecto como si se hubiera operado en el seno del Órgano encargado después de la gestión y recaudación de los tributos (o de su investigación o inspección), ya que el artículo 66-1 de la Ley General Tributaria no distingue, naturalmente, a este respecto, quién, dónde y ante quién se ha de actuar, dejando simplemente señalada la exigencia bien de un actuar administrativo, bien de un actuar del sujeto pasivo ante la 'Administración', elípticamente aludida así en tal precepto.»

«Considerando que partiendo de estas premisas se ha de señalar y destacar que la entidad reclamante, después de transcurridos los tres años que significaban la extinción de los beneficios fiscales provisionalmente concedidos como consecuencia de la adquisición documentada el 29 de enero de 1964, estaba actuando ante el Ministerio de la Vivienda en postulación de determinados acuerdos previos que le permitieran acometer la construcción de las viviendas proyectadas dentro del marco de las de protección oficial, de tal suerte que está acreditado en el expediente—como muy bien destaca el Tribunal Provincial—que todavía el 15 de junio de 1968 se le estaba denegando por tal Ministerio, 'por exceso de cupo', el acuerdo impetrado, con lo cual es fácil concluir que si esto era así, todavía no se había cerrado entonces el paréntesis de provisionalidad tributaria abierto en 1965 (es más, si se le hubiera concedido esa ayuda y hubiera obtenido esa calificación provisional, *después* de dichos tres años hubiera podido consolidar dichos beneficios fiscales, como tiene pronunciado este Tribunal en resoluciones de 24 de abril de 1968, expediente número 203/65, y 15 de octubre de 1970, expediente 150/68, de la Sección 5.ª, para paliar con ello las consecuencias de un eventual retraso administrativo o de una dilación en la resolución del expediente, de los que no pueden ni deben derivarse perjuicios para el interesado) ni se podía considerar por ello iniciado el plazo de prescripción del Impuesto, pues, al menos en esa fecha, se había dado una causa de interrupción derivada de la actuación del sujeto pasivo ante la Administración (Ramo de la Vivienda) (en solicitud de determinados acuerdos, que eran previos a su propósito de construcción de viviendas y de convalidación ulterior de beneficios fiscales), de la cual necesariamente se desprendía una renovada voluntad del

mismo de consolidar su situación privilegiada provisional en el campo tributario, actuación que opera en este caso y por esos motivos previos como si hubiera tenido lugar ante la Administración tributaria, por las razones antes invocadas derivadas de la personalidad única de la Administración del Estado.»

«Considerando que si esto es así y el 15 de junio de 1968 se operó una causa de interrupción de la prescripción extintiva del derecho de la Administración a liquidar el o los negocios jurídicos documentados en la escritura de 29 de enero de 1964, se ha de concluir que, al menos en esa fecha, ha de comenzar a contarse el plazo de tres años determinado en el artículo 65, número 28, del Texto Refundido de 6 de abril de 1967 (y antes en el núm. 29 del art. 146 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964), por lo mismo que tal plazo, una vez interrumpido, ha de computarse entero de nuevo, al final de cuyo cómputo se iniciaría el de los cinco años subsiguientes, a que se refieren el artículo 64 de la Ley General Tributaria y el artículo 132 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967. De este modo, y con esta forma de cómputo, el plazo de prescripción hubiera expirado el 15 de junio de 1976, y como el documento tuvo entrada en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Barcelona, por segunda vez, el 11 de julio de 1974, ha de afirmarse que el mismo tuvo entrada en momento hábil para que practicara ésta la liquidación o liquidaciones derivadas del mismo, por no haber expirado, ni con mucho, el plazo que la Administración tenía para ello.»

COMPROBACION DE VALORES: EL DICTAMEN DEL ARQUITECTO DE HACIENDA HA DE SER RAZONADO, DIFERENCIANDO LOS BIENES OBJETO DE VALORACION (RESOLUCIÓN DE 11 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Se presentó en la Oficina Liquidadora del Registro de la Propiedad de Valmaseda una primera copia de escritura pública de compra de una vivienda en Portugalete, de 130 metros cuadrados, y una plaza de garaje en el sótano, por precio total de 470.000 pesetas.

La Oficina Liquidadora abrió expediente de comprobación, utilizando el medio de comprobación consistente en el dictamen del Arquitecto de Hacienda, quien en 19 de enero de 1974 asignó a los bienes comprados un valor de 880.000 pesetas, sin hacer referencia a criterio de ponderación y sin diferenciar las distintas partes del razonamiento en que tal valoración se apoyaba.

Notificada la base liquidable, el interesado interpuso recurso de reposición contra la comprobación, y al ser desestimado, interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Vizcaya, alegando que otros pisos del mismo edificio se habían valorado en 685.000 pesetas.

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación, por lo que el interesado promovió recurso de alzada insistiendo en sus alegaciones.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central estima el recurso, anulando la comprobación, para que por la Oficina de gestión se requiera nuevo dictamen con sujeción a los requisitos reglamentarios, reiterando la conocida doctrina de que el dictamen ha de ser razonado, no bastando señalar una mera cifra de valor.

COMPROBACION DE VALORES: EL DICTAMEN DEL ARQUITECTO DE HACIENDA HA DE SER RAZONADO, NO BASTANDO LA MERA EXPRESION DE VALORES. SOLICITUD DE TASACION PERICIAL CONTRADICTORIA EN TRAMITE DE RECLAMACION ECONOMICO-ADMINISTRATIVA (RESOLUCIÓN DE 11 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Se presentó en la Oficina Liquidadora del Registro de la Propiedad de Torrijos la primera copia de una escritura otorgada el día 3 de febrero de 1972, por la que la entidad «Agropecuaria P. Augusto, S. A.», compró dos fincas en el término municipal de Vallecas (Madrid), de cabidas 51,35 áreas y 192,4 áreas, respectivamente.

Abierto expediente de comprobación, se utilizó la valoración del Arquitecto de Hacienda de Madrid, el cual evacuó su dictamen el 23 de marzo de 1972, asignando a los inmuebles comprados un valor total de 2.430.000 pesetas, sin hacer referencia a criterio de ponderación ni distinguir el valor de cada finca.

Notificada la base liquidable, la entidad interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Toledo, impugnando la valoración por excesiva, pues el índice del Ayuntamiento de Madrid en el Polígono donde estaban situadas las fincas era de 90 pesetas metro cuadrado, y que no podía valorarse como terreno urbano, sino como terreno sin urbanizar, debiendo descontarse el 20 por 100 correspondiente a terreno inedificable y otro 20 por 100 más por exceder la superficie de 3.000 metros cuadrados, concluyendo que la cifra total no podía ser superior a 1.314.270 pesetas.

El Tribunal Provincial de Toledo acordó desestimar la reclamación, por lo que la entidad interpuso recurso de alzada solicitando, además, de manera incidental, la tasación pericial contradictoria, al amparo del artículo 81, apartado 4.º, del Reglamento del Impuesto.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central anula la comprobación de valores reponiendo el expediente de comprobación al trámite correspondiente, por la reiterada y conocida doctrina de que el dictamen del número 12 del artículo 117 del Texto Refundido ha de ser razonado. Y respecto a la solicitud de tasación pericial contradictoria, no resuelve nada, por economía procesal, pudiendo el contribuyente reproducir su petición, en su caso y en su momento, si lo considera conveniente a su derecho.

ADQUISICION DE FINCA POR GRUPO SINDICAL DE COLONIZACION: SE EQUIPARAN A LAS COOPERATIVAS DEL CAMPO, POR LO QUE SI SE CUMPLEN LOS REQUISITOS CABE APLICAR LA EXENCION DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES (RESOLUCIÓN DE 18 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Mediante escritura pública otorgada el 20 de mayo de 1972 ante el Notario de Consuegra, don José María Churrua B. vendió «a los hermanos Casanova García de la Cruz, constituidos en Grupo Sindical, número 12.616, y como únicos miembros del mismo», una finca denominada «Casablanca» en término municipal de Daimiel, de 805 hectáreas, en el

precio de cuatro millones de pesetas, solicitándose en la propia escritura la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

Presentada la escritura en la Oficina Liquidadora de Madridejos, ésta giró a cargo del Grupo Sindical de Colonización, número 12.616, liquidación por importe de 1.097.573 pesetas, sobre un valor comprobado de 14.400.000 pesetas.

Contra dicha liquidación, los interesados interponen reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Toledo, que la desestimó por entender que la adquisición del inmueble se había llevado a cabo a favor de las personas físicas integrantes del Grupo Sindical y no del Grupo mismo, sin que tampoco se haya probado suficientemente el requisito exigido por la legislación vigente de que la riqueza imponible por Contribución Rústica de las fincas que cultiva o explota cada asociado no exceda de 125.000 pesetas.

Contra dicha resolución, los interesados interponen recurso de alzada aportando certificación literal del Registro de la Propiedad de Daimiel acreditativa de que la finca adquirida se había inscrito a nombre del Grupo Sindical y solicitando la aplicación de la exención.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central estima el recurso, anulando la liquidación, por lo siguiente:

«Considerando que el problema a dilucidar en la presente reclamación es el de si el Grupo Sindical recurrente goza o no de exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales por la adquisición de bienes inmuebles formalizada mediante escritura pública de 20 de mayo de 1972, al amparo de lo prevenido en el número 5 del apartado 1 del artículo 65 del vigente Texto Refundido del Impuesto, en relación con el Decreto de 17 de diciembre de 1959 y el Estatuto Fiscal de las Cooperativas de 9 de mayo de 1969.»

«Considerando que para conocer los beneficios fiscales concedidos a los Grupos Sindicales de Colonización ha de partirse del estudio de los otorgados a favor de las Cooperativas del Campo, y estas últimas entidades, al igual que las demás Cooperativas protegidas, los tuvieron reconocidos en el Decreto de 9 de abril de 1954, quedando luego recogidos por la Ley del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958 y su Reglamento de 15 de enero de 1959, que con el número 7.º del apartado c) de sus artículos 3.º y 6.º, respectivamente, proclamaron la exención de 'las Cooperativas protegidas, a que se refieren los artículos 2.º y concordantes del Decreto de 9 de abril de 1954, en cuanto a la constitución, unión, modificación y disolución, así como en los actos y contratos mediante los cuales lleven a cabo adquisiciones de bienes muebles, inmuebles o derechos para la misma Cooperativa o sus asociados, que tiendan directamente al cumplimiento de sus fines sociales y estatutarios si es que en tales casos recae sobre ellas la obligación de satisfacer el Impuesto'; exenciones éstas que fueron declaradas de aplicación a los Grupos Sindicales de Colonización por el artículo 1.º del Decreto de 17 de diciembre de 1959, dictado a propuesta del Ministro de Hacienda y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del día 21 del propio mes, a partir de cuya fecha los Grupos Sindicales pasaron a disfrutar de un trato fiscal prácticamente idéntico al de las Cooperativas del Campo que tuvieran la cualidad legal de protegidas.»

«Considerando que la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964 suprimió el Impuesto de Derechos Reales a partir del 1.º de

julio del propio año (art. 238-c)) y creó el de Transmisiones Patrimoniales, que habría de exigirse a partir de la indicada fecha (art. 141), reconociendo la mencionada exención a favor de las Cooperativas en su artículo 146, apartado 5.º, en términos sustancialmente análogos a los de la legislación del Impuesto suprimido, si bien reduciendo el ámbito real de la exención relativa a las adquisiciones de bienes, en el sentido de excluir del beneficio a las de bienes muebles; debiendo hacerse observar que la misma ley, en su artículo 230-6, dispuso que por Decreto, a propuesta del Ministerio de Hacienda y previo informe de la Organización Sindical, se establecería un nuevo Estatuto fiscal de las entidades cooperativas, acomodando a su especial naturaleza los preceptos de la ley, y que entretanto subsistirían las normas especiales que a la sazón regulaban su peculiar régimen fiscal.»

«Considerando que lo prevenido en el artículo 146-5.º de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964 fue recogido en el artículo 65-1-5.º del vigente Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, con arreglo al cual están exentos 'los actos y contratos mediante los cuales las Cooperativas protegidas, a que se refieren los artículos 2.º y concordantes del Decreto de 9 de abril de 1954, lleven a cabo adquisiciones de bienes inmuebles o derechos para sí o para sus asociados, siempre que tiendan directamente al cumplimiento de sus fines sociales y estatutarios y recaiga sobre ellas la obligación de satisfacer el Impuesto, y la constitución, unión, modificación o disolución de las mismas Cooperativas.»

«Considerando que, en lo que respecta concretamente a los Grupos Sindicales de Colonización, ha de entenderse que continuaron, a partir de la publicación de la Ley de Reforma Tributaria de 1964, disfrutando de los beneficios reconocidos en favor de las Cooperativas del Campo protegidas, por aplicación del antes citado Decreto de 17 de diciembre de 1959, puesto que aun cuando la exención a su favor no fue expresamente mencionada en el texto de aquella, lo que permitiría pensar en una posible privación de sus efectos por mandato de la regla 2.ª de su artículo 184, no cabe desconocer que el artículo 230-2-b) de la repetida ley reconoció como régimen fiscal especial el establecido a favor de tales Grupos, debiendo —por tanto—ser objeto de adaptación por medio de Decreto, con la consiguiente y virtual proclamación de la subsistencia de sus normas hasta que tal adaptación se produjera.»

«Considerando que, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 230-6 de la tan repetida Ley de 1964, se elaboró y publicó un nuevo Estatuto fiscal de las entidades cooperativas, mediante el Decreto de 9 de mayo de 1969, de cuya disposición son de destacar especialmente: 1.º El mantenimiento, en su artículo 1, de la clasificación, a efectos tributarios, de las Cooperativas protegidas y no protegidas. 2.º La definición de las Cooperativas protegidas del Campo, en su artículo 6.º-a), y la enumeración de las condiciones que deberían reunir para disfrutar de los beneficios fiscales. 3.º El reconocimiento, en el artículo 11, de las exenciones otorgadas a las Cooperativas protegidas, tanto en favor de los actos de constitución, unión, modificación o disolución de tales entidades, como en favor de los actos y contratos mediante los cuales adquieran bienes inmuebles o derechos, para sí o para sus asociados, siempre que tiendan directamente al cumplimiento de sus fines sociales y estatutarios y recaiga sobre ellas la obligación de satisfacer el Impuesto. 4.º La derogación expresa, en la disposición 4.ª de su artículo 15, del Decreto de 9 de abril de 1954, entre otras normas.»

«Considerando que al entrar en vigor ese nuevo Estatuto fiscal de 9 de mayo de 1969 y quedar derogado el Decreto de 9 de abril de 1954, no puede ofrecer duda el hecho de que la mención que el artículo 65-1-5.º del Texto Refundido del Impuesto hace de 'las Cooperativas protegidas a que se refieren el artículo 2.º y concordantes del Decreto de 9 de abril de 1954', ha de tenerse por sustituida por 'las Cooperativas protegidas a que se refieren el artículo 6.º y concordantes del Decreto de 9 de mayo de 1969', puesto que la disposición a que se remitía dicho Texto Refundido quedó sin existencia jurídica y se vio sucedida o reemplazada por la últimamente mencionada.»

«Considerando que respecto a los Grupos Sindicales de Colonización, el Decreto de 17 de diciembre de 1959 vino a ser derogado expresamente por el de 21 de mayo de 1970, de cuyo preámbulo se desprende que se dictó en calidad de adaptación del régimen fiscal de tales entidades a las normas de la Ley de Reforma Tributaria de 1964, al amparo del artículo 230 de dicha norma legal, y con el propósito de concretar las normas tributarias y de procedimiento que afectaban a los mencionados Grupos Sindicales una vez publicado el nuevo Estatuto fiscal de las Cooperativas, y a tal fin dispone que serán aplicables a los Grupos Sindicales constituidos para los mismos fines que caracterizan a las Cooperativas del Campo los preceptos que para éstas contiene el Decreto de 9 de mayo de 1969, y que, por tanto, por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones formales, como al procedimiento a seguir en toda clase de reclamaciones y recursos y en el reconocimiento y alcance de los beneficios fiscales, se aplicarán las mismas normas, en idénticos términos y límites, establecidas en favor de las sociedades cooperativas en el expresado Decreto.»

«Considerando que establecido todo lo anterior, hay que llegar a la conclusión de que, en contra de lo argumentado por el Tribunal Provincial de Toledo, la transmisión sujeta a gravamen en el caso presente, se ha efectuado a favor del mismo Grupo Sindical de Colonización y no de las personas físicas integrantes del mismo, ya que la expresión contenida en la escritura pública de compraventa ('vende a los hermanos García de la Cruz, *constituidos en Grupo Sindical, número 12.616*') es suficientemente explícita al respecto; pero, además, cualquier duda que pudiera existir ha quedado disipada con la certificación expedida por el Registrador de la Propiedad de Daimiel, que obra en el expediente de Segunda Instancia, conforme a la cual, la inscripción registral de la finca en cuestión, a título de compraventa, se ha practicado a favor del citado Grupo Sindical de Colonización, número 12.616, de Consuegra.»

«Considerando que no resultando ajustada a derecho la denegación de la exención por este motivo, es necesario recordar que el artículo 6, apartado a), del Estatuto fiscal de las Cooperativas de 9 de mayo de 1969, exige a las del Campo, para que puedan tener la cualidad de protegidas, que asocien para los fines propios de estas entidades a agricultores o ganaderos, siempre que no exceda de 125.000 pesetas la riqueza imponible, por la Contribución Rústica y Pecuaria, de las fincas o explotaciones que cultive o explote cada asociado dentro del contorno geográfico a que se extienda estatutariamente la actividad cooperativa del ente social respectivo; que son fines propios de las Cooperativas del Campo los enumerados en los artículos 37 de la Ley de Cooperación de 2 de enero de 1942 y 43 del Reglamento de 11 de noviembre de 1943, y que el Texto Refundido del

Impuesto requiere que los inmuebles objeto de la adquisición tiendan directamente al cumplimiento de los fines sociales y estatutarios.»

«Considerando que respecto del requisito de que la riqueza imponible, por Contribución Rústica y Pecuaria, no exceda de 125.000 pesetas para cada asociado en el contorno geográfico a que se extiende la actividad del ente asociativo, el Tribunal Provincial de Toledo equivocadamente alude a una certificación catastral a nombre de don Marcelino Casanova García por 125 hectáreas, 32 áreas, cuando, como razona el recurrente, lo que existe en el expediente es una fotocopia, por cierto sin la adecuada diligencia de cotejo, de una certificación catastral, según la cual dicho señor tiene inscritas en el término de Consuegra 103 hectáreas, 77 áreas, 21 centiáreas, sin que conste la riqueza imponible sino por una anotación, fuera del sitio adecuado, que parece de mano distinta, y posterior, por un importe de 60.587 pesetas; y en cuanto al argumento de que la certificación expedida por el Secretario General de la Obra Sindical de Colonización se refiere a 196 hectáreas para la totalidad del Grupo, tampoco puede ser motivo determinante para denegar la exención solicitada, ya que no se alude en dicho documento ni al importe de la riqueza imponible ni a la extensión que pueda corresponder a cada uno de los asociados.»

En su fallo, el Tribunal Central acuerda que por la Oficina Liquidadora se comprueben los requisitos, circunstancias y condiciones de carácter subjetivo y objetivo que la normativa vigente exige a las Cooperativas del Campo para disfrutar de la exención fiscal pretendida y se dicte, previa audiencia del interesado sobre tales extremos, el acto administrativo que en derecho proceda.

**EXENCION RELATIVA A POLIGONOS DE NUEVA URBANIZACION:
NO ES APLICABLE LA EXENCION A LA TRANSMISION SEPARADA
DE UNOS LOCALES DE INMUEBLE CONSTRUIDO AL AMPARO DE
LA LEY CASTELLANA DE 1953, NUMERO 37 DEL ARTICULO 65 DEL
TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRI-
MONIALES (RESOLUCIÓN DE 18 DE MARZO DE 1976).**

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de Madrid primera copia de una escritura pública otorgada el 1.º de septiembre de 1970, por la que una sociedad compró dos locales comerciales de un edificio en la calle Siena de Madrid, por precio conjunto de 1.600.000 pesetas, para cuya transmisión se solicitaban los beneficios fiscales correspondientes a la Ley de 3 de diciembre de 1953 y Decreto de 12 de marzo de 1969.

La Abogacía giró liquidación a la sociedad, con un total a pagar de 179.808 pesetas.

Contra dicha liquidación, la entidad interpuso reclamación económico-administrativa alegando la exención del número 37 del artículo 65 del Texto Refundido.

El Tribunal Provincial de Madrid estimó la reclamación declarando la exención, por entender que nada justifica que se otorgue la exención a la transmisión en bloque de un edificio destinado a viviendas y locales comerciales y sea denegada para la transmisión aislada de tales locales.

Remitido el referido fallo a la Dirección General de lo Contencioso del Estado, ésta interpuso recurso ordinario de alzada ante el Tribunal Central para que se declare que no procede la exención.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central estima el recurso de alzada, entendiendo que no cabe la exención del número 37 del artículo 65 del Texto Refundido cuando se trata de transmisión separada de locales comerciales, por idénticas razones que expresó la resolución de 26 de febrero de 1976, a la que nos remitimos, cuyo texto literal de los «considerandos» es idéntico a la de la presente, a la que se le escapa el error de referirse a la escritura pública cuya fecha es la que fue objeto de la anterior resolución.

COMPROBACION DE VALORES DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL: EL DICTAMEN DEL ARQUITECTO DE HACIENDA HA DE SER RAZONADO, POR LO QUE SE ANULA LA COMPROBACION SIN ENTRAR EN LA CUESTION DE SI EL PRECIO FIJADO EN LA CEDULA DE CALIFICACION ES O NO MEDIO DE COMPROBACION DE VALORES (RESOLUCIÓN DE 25 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de Sevilla escritura de compra de un piso por precio de 426.269,60 pesetas, solicitándose la exención del número 29 del artículo 65 del Texto Refundido por tratarse de «vivienda bonificable», según Cédula de Calificación Definitiva expedida en enero de 1964.

Se instruyó expediente de comprobación de valores utilizando el medio ordinario del apartado 12 del artículo 117 del Texto Refundido, consistente en la valoración del Arquitecto de Hacienda, que valoró el piso en 601.462 pesetas, sin expresar las razones tenidas en cuenta para su determinación.

El interesado interpuso reclamación económico-administrativa, que fue desestimada por el Tribunal Provincial de Sevilla, por lo que se interpuso recurso de alzada ante el Tribunal Central.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Central estima el recurso por idénticas razones que la resolución de 4 de marzo de 1976, a la que nos remitimos, pues su texto literal es idéntico en cuanto a los «considerandos» a la presente.

J. M. G. G.

LIBROS

BASILE, MASSIMO: *Regime condominiale ed esigenze abitative*. Número 118 de las Publicaciones del Instituto de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Messina. Giuffrè, Milano, 1979.

Se habla de una faceta de la sociología como nueva ciencia, la de la vivienda, derecho y servicio social del «habitat», y aun de sus modalidades, que van desde la casa individual, tipo ciudad-jardín, que facilita aire, luz y posibilidad de movimientos, y con ello salud y alegría de vivir, al gran edificio de departamentos, que posibilita economía y mejores servicios, con el consiguiente confort y libertad. Pero, como dice HERLYN, tal ciencia todavía no se sostiene con sus propias piernas y el Derecho apenas se ocupa más que en forma indirecta de los problemas sociales. La normativa de la propiedad horizontal es esquemática, y la de complejos y urbanizaciones sumamente incipiente. Además, la vivienda no aparece en los recetarios de la Seguridad Social y, por tanto, no ha alcanzado aún la categoría de exigencia para los humanos condenados a vivir en esta tierra.

La gravísima agudización motivada por las dos últimas grandes guerras y el éxodo rural originó ensayos a escala relativamente importante, que constituyen valiosos precedentes de lo que se llama condominio o propiedad horizontal. Entre otras fórmulas aparecen los derechos de superficie; las comunidades «pro-diviso», tan netamente separadas de las indivisas que apenas sí existe en ellas zona común, y que complementadas con servidumbres recíprocas obtuvieron satisfactorios resultados; los convenios, en comunidades pro-indiviso, relativos a uso y administración, oponibles a terceros; las cooperativas; las sociedades de accionistas-inquilinos. Pero la propiedad horizontal abrió inmensas posibilidades. Bélgica la reguló en forma sistemática y orgánica en 1924, Italia en 1934, Alemania Occidental en 1951, Austria en 1948, España en 1960 y Suiza en 1963. Muchas de estas normas tuvieron tímidos precedentes y han sido objeto de profundas reelaboraciones.

En su dogmática se observan en la Europa continental dos grupos de normas que responden a distintas concepciones institucionales: la monista y la dualista o pluralista. Esta característica del ámbito neolatino conjuga una propiedad individualizada, exclusiva, con otra indivisa, formando con ello un «lote». Aquella, propia de Austria, Suiza y Alemania, obedece a una difícil superación no sólo de prejuicios teóricos o residuos romanistas, como el *superficies solo cedit*, sino también de formalismos de índole procesal, como la llevanza de los Registros Inmobiliarios por rigurosas porciones de superficie terrestre. Por ello, el sistema establecido es el de una comunidad por cuotas sobre el total inmueble con derechos

limitados que permiten el disfrute exclusivo de determinadas zonas del edificio, bien con carácter de derecho real, como en Suiza, que grava las cuotas de los otros copropietarios, bien en forma no autónoma, de naturaleza algo confusa, modalidad del uso y administración de la cosa común. Este prototipo, por su nitidez doctrinal, influyó poderosamente. Estuvo a punto de cristalizar en Turquía y los Países Bajos lo adoptaron en su Ley de 1951, profundamente alterada en 1975.

Mientras este modelo con su fórmula vaga imbuye a los condóminos de su condición de partícipes en un grupo orgánico, la solución neo-latina está impregnada de individualismo, ensalzando ideológica y psicológicamente al propietario exclusivo. Dice MOUREY que hay vocablos que son monolitos: al hombre corriente le resulta diáfana la distinción entre propietario e inquilino; ser dueño es tangible, personaliza, dignifica. Las figuras borrosas y comunitarias siempre resultan poco atractivas, pues alojarse en la propia casa es deseo eterno e immanente del hombre. Incluso en países socialistas, en los que el suelo es propiedad del Estado, aunque ello se camufle en adjetivos como «social», «popular», etc., se destaca por su doctrina la inactualidad de las argumentaciones de ENGELS contra PROUDHON, quien presentía la transformación de inquilinos en propietarios.

El diverso enfoque nos ha conducido, sin embargo, a consecuencias distintas en el ámbito pragmático. Derechos y deberes de uso, contribución a cargas o servicios, de disposición y sus limitaciones, las medidas disciplinarias o la configuración orgánica son esencialmente idénticos. Ciertamente que determinadas normativas imponen limitaciones más rigurosas y otras conceden mayor juego a la autonomía de los titulares, pero no se trata de supuestos fundamentales ni puede decirse que correspondan uniformemente a sistemas. Se trata de singulares legislaciones con independencia de encuadre, aunque la perspectiva *uti singuli* resalte más en uno de ellos que en aquel que centra su enfoque en el *uti socii*.

La función creadora de la jurisprudencia, sobre la que tanto se ha debatido y sobre cuyo tema nuestro autor cita tres recientes obras, de 1974 a 1978, de BELAID, BACHOF y WANK, probablemente en ningún otro campo como en el de estos «condominios» ha tenido tanta ocasión de manifestarse dada su dilatadísima intervención. Ciertamente que las leyes resultan integradas y completadas con las resoluciones judiciales, pero en este terreno, como en ningún otro y dentro de una línea de general aceptación a la norma, pese al espíritu legalista del mundo judicial, se ha realizado una puesta al día, adaptación de reglas a necesidades o finalidades imperiosas, un eclipse de preceptos inadecuados y colmados de lagunas. Una labor extraordinaria, *avec le Code au de là du Code*, de agilización, moderación y corrección, construyendo sobre casos concretos una interpretación general.

La doctrina, casi mejor la literatura, ha tenido un vastísimo campo para comentarios e intentos de sistematización de casos resueltos. Lo cotidiano, lo práctico y hasta lo vital ha predominado y hasta acuciado incesantemente, por lo que las especulaciones dogmáticas no son excesivas. Pero no ha faltado un sector crítico que ha enfocado los problemas dimanantes de esta nueva institución desde perspectivas jurídicas y sociológicas. Nuestro autor es uno de ellos y a lo largo de su obra se observan ciertas constantes que intentamos concretar en los siguientes apartados:

1. ADMINISTRACION.—Se estructura en forma similar en todas las legislaciones a base de Asamblea y Administrador, con algún organismo complementario en ciertos casos y facultativamente. El Administrador sigue considerándose mandatario, pero influencias de la dogmática societaria han posibilitado el planteamiento de su condición de órgano.

En Francia y Holanda, «Syndicats» y «Vereniging» son personas jurídicas; en otras legislaciones no se les reconoce tal carácter, pero se configuran grupos sólidos y estables de condóminos.

Hay una tendencia a la dilatación de estructuras. El Administrador profesional, no miembro de la comunidad, adquiere mayor relieve cada día. Se observa también una constante ampliación de la zona de servicios comunes, una socialización de actividades de tipo doméstico: policía, asistencia médica, limpieza, restaurante, etc. En Holanda tienen considerable éxito los llamados «Verzörging Flats» o «Service-Flats», con especial dedicación a estudiantes, solteros o ancianos, con servicios comunes sumamente dilatados. Anteriormente se complementaba la estructura del condominio con una cooperativa a la que pertenecían obligatoriamente los titulares de la comunidad, pero esta superposición se ha demostrado superflua y ha sido eliminada. Existen reglamentos curiosísimos a los que DEENIK ha dedicado especial atención y hasta, en afán uniformista, la Orden de Notarios redactó algunos modelos para uso de sus miembros en 1975.

En Francia, las «Residences du Troisième Age», las «Unités de Retraite» y otras instituciones similares han planteado el problema sobre la base de la superposición de cooperativas, incluso con deseos de unificar actuaciones fiscales y eliminar engorros individuales.

2. NATURALEZA DE LA INSTITUCION.—Se afirma, cada vez con mayor profundidad, la convicción de que estos condominios tienen trascendencia superior como pequeñas unidades vecinales que como comunidades de propietarios. Gran parte de los Estatutos y los Reglamentos constituyen realmente normas para la pacífica convivencia. La cotitularidad va quedando lejana y el centro de gravitación parece pasar de la tutela jurídica de la propiedad a la del goce efectivo. Sin duda, nos hallamos ante una figura nueva, típica, en sus balbuceos, a la que sólo por aproximación se engloba con las comunidades de titularidad. Pero en primer plano se encuentran siempre los vínculos de buena vecindad y colaboración para la plena efectividad de los servicios comunitarios. Se pasa imperceptiblemente de los bienes comunes a los servicios o intereses; para el disfrute de los elementos colectivos es absolutamente inocua la cuota individual, el valor de la zona de uso exclusivo o la condición de titular no residente.

Ello conduce a la preponderancia dogmática de las tesis monistas. La transcripción íntegra de Estatutos y Reglamentos en los Registros Inmobiliarios pasa a ser fundamental: no es cosa de derechos reales o personales, sino de una posición jurídica similar a la del socio. La Institución se desplaza y ni siquiera parece tener nombre adecuado, pese a su categoría autónoma. TABET estima que el tema denominación es meramente doctrinal. A la norma le basta con la concreción máxima del contenido de los derechos.

Pero esta predominancia de la idea del grupo y su dinámica contrasta con la sensación psicológica dimanante de la idea de propiedad. La posible

configuración del instituto a base de unos derechos personales, sociales o ambiguos, enajenables e hipotecables, no pasa de ser una modalidad técnica carente del suficiente atractivo social. Por ello pudo decir MOUREY que tal alteración *n'est pas a envisager pour aujourd'hui. Ni sans doute pour demain.*

3. CONDOMINIOS GENERALES Y PARCIALES.—Otra de las facetas abordadas dimana del fenómeno del destino de ciertos bienes o servicios, de uso o interés exclusivo sólo para algunos de los titulares del inmueble: tal es el caso de ciertas terrazas, patios interiores, ascensores con servicio limitado u otros útiles sólo para determinados departamentos. El título constitutivo acostumbra a regular tales supuestos, pero en caso de silencio, ley y doctrina no señalan precisamente una ruta indubitada. En Italia sólo se disciplinan ciertas hipótesis de servicios limitados, decretando contribuciones a los interesados, y la doctrina y la jurisprudencia ofrecen criterios irregulares, pues mientras en ocasiones hablan de participaciones y cuotas generales, en otras afirman que cuando el bien sólo puede ser de utilidad limitada, dadas sus características, no es posible poner en juego las cuotas generales ni hacer intervenir a los no interesados.

Una excursión por el mundo del Derecho comparado no conforta. Incluso en España, donde pone de relieve las dudas de MARTÍN GRANIZO y BATLLE, el amparo del título y los asientos registrales es lo realmente sólido, positivo. Sólo en Francia se admiten sin discusión dos categorías de partes comunes, las generales y las parciales, pero no siempre de ello se deducen diáfanos consecuencias.

4. SUPERCONDOMINIOS.—Es el nombre utilizado por la doctrina italiana para referirse a las grandes urbanizaciones, turísticas o suburbanas, que permiten ofrecer residencias económicas con servicios abundantes; casi una unidad vecinal completa. Comprenden diversos inmuebles con servicios e instalaciones comunes a todos ellos, y en Italia sólo las normas urbanísticas les hacen objeto de cierta regulación para señalar contribuciones, imponer cesiones gratuitas o determinar equipos o zonas de instalación de servicios. El problema de la comunidad queda así eludido, o más bien, profundamente complicado, pues conocidas son las deficiencias de instalación de equipamientos y prestación de servicios por la Administración y el escaso interés efectivo con que se asumen elementos de utilización general cuando no son rentables en abundancia y con escaso esfuerzo.

La jurisprudencia italiana, no obstante, ha colmado la laguna reconociendo la existencia de un supercondominio general, independiente de los acaso existentes en los diversos edificios particulares, aplicándole la normativa de la comunidad general y consignando la necesidad de tablillas indicadoras de cuotas a todos los efectos.

Pero la parquedad legislativa y hasta doctrinal son verdaderamente ejemplares. Sólo la de Francia, con sus «Grands Ensembles», le parece satisfactoria, y esto que fundamentalmente se limita a reconocer la posibilidad de un sindicato general independiente, en el que se agrupan a determinados efectos los propietarios o sindicatos de propietarios de los diversos edificios que comprende. Es normativa de grandes trazos, meramente facultativa, en la que queda a la iniciativa e imaginación privadas amplia autonomía para elaborar y desarrollar construcciones jurídicas,

acertadas o fantasiosas. Los imperativos estorban en una zona en plena evolución.

La doctrina francesa ha señalado que para estos complejos sería tal vez más útil la técnica jurídica de las servidumbres que la de la comunidad. En este sentido son interesantes las argumentaciones de SAVATIER, CHAMBELLAND, GINGRAS, HALOCHE y otros, algunas ilustradas con experiencias vividas.

Se advierte igualmente el particular interés de superponer a los «Syndicats» otras entidades, bien de considerable utilidad para el funcionamiento de los servicios, como las «Associations Foncières Urbaines» o las Cooperativas, bien como cajas de resonancia para presiones de carácter político o administrativo, como los «Consejos de Residentes».

5. INTERVENCION DE RESIDENTES.—Como alternativa al condominio examina diversas fórmulas ensayadas en Italia para la utilización y gestión de los grandes inmuebles habitacionales. Las Cooperativas a las que la ley, desafortunadamente, denomina de «propiedad indivisa» y cuyos socios y ocupantes de los inmuebles no pueden disponer de sus participaciones, sin perjuicio de que se faciliten permutas y regulen transmisiones *mortis causa*. Los sistemas «autogestionarios» constituyen otro arbitrio; los ocupantes se hacen cargo de la gestión del edificio estructurándose en Asamblea con un Administrador nombrado de acuerdo con el organismo propietario y que la experiencia aconsejó fuera un profesional, que se mostraron altamente eficaces en su finalidad; las limitaciones a su gestión, su posibilidad y características variaron según organismos y períodos, pero sus directrices alcanzaron un notable grado de perfección. También hay que aludir a las «Sociedades Inmobiliarias sin finalidad de lucro», imitadas de otros países, en las que los miembros eran arrendatarios con derecho de adquisición; su actuación no parece haber sido muy distinta de la de las sociedades lucrativas, pero gracias a su denominación obtuvieron ciertos beneficios. Ultimamente se intentó relanzarlas, pero con la estructura de Fundaciones.

Concluye de todo ello que prescindir de los ocupantes o reales residentes en los condominios horizontales no parece algo excesivamente adecuado a la realidad social. En Holanda, BEEKHUIS, entre otros, analizó los temas de si el arrendatario quedaba o no afectado por los acuerdos de Asambleas o Administradores y de las reclamaciones que le correspondían contra el propietario de no poder mantener su *status*. Austria y Alemania señalan, en tal supuesto, responsabilidades para el arrendador y la doctrina francesa admite relaciones entre comunidad y arrendatarios.

En Italia encuentra un antecedente de sumo interés en el derecho del usufructuario de participar en ciertas Asambleas de condóminos y recuerda que ya en 1945, al terminar la guerra, dado el extraordinario incremento sufrido por el servicio de calefacción, se autorizó a los inquilinos que habían de abonarlo su participación en la administración, en forma limitada. En 1973 y para los condominios, se reitera de modo absoluto el derecho de tales arrendatarios en participar en Asambleas con tal objeto, y en 1978 ello se extiende a otros servicios. Se crea una real comunidad de convivencia, paralela a la dominical, aunque no se solventan concretamente los temas de cálculo de votos, implantación o renovación de servicios y otros muchos: un verdadero semillero. Pero se realiza un ajuste sistemático a la realidad social: los residentes son efectivamente

quienes mejor conocen las necesidades del inmueble, el funcionamiento de los servicios y múltiples facetas que escapan al propietario. Y cuando se arrienda una vivienda, el derecho alcanza a los elementos y servicios comunes a ella anejos. Son datos a tener en cuenta en futuras regulaciones.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

COMITÉ EUROPEO DE DERECHO RURAL Y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO AGRARIO: *IX Congreso y Coloquio Europeos de Derecho Rural: Ordenación del territorio. Conservación de la Naturaleza. Propiedad y empresa agraria*. Servicio de Publicaciones Agrarias del Ministerio de Agricultura. Madrid, 1979, un tomo de 255 págs.

El Comité Europeo de Derecho Rural nació en París, donde fijó su sede, en 1957, como un organismo que tiene por objeto el estudio de los problemas del Derecho agrario en Europa. La idea de su fundación era atrayente: reunir el mayor número posible de juristas, los más capacitados en la materia, para estudiar y promover el Derecho agrario en un encuadre europeo; la puesta en práctica del Derecho como factor de integración, teniendo en cuenta que la armonización y unificación de los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales puede constituir una vía apropiada hacia una Europa unida.

Si bien la concepción inicial concretaba la participación a tan sólo los países signatarios del Pacto de Roma componentes de la Comunidad Económica Europea, pronto se comprendió que ésta era una limitación carente de sentido si lo que realmente se quería era captar a los mejores agraristas europeos, fuesen o no «comunitarios». Y por ello se abrieron las puertas como miembros de este Comité de Derecho Rural a todas las asociaciones europeas de este lado del telón de acero, entre las que se encuentra, desde 1964, la Asociación Española de Derecho Agrario.

El Comité Europeo de Derecho Rural se reúne periódicamente en diversas ciudades de su área en los años impares, habiendo celebrado su IX Coloquio en octubre de 1977 en Valencia. Sus trabajos, ponencias y conclusiones se recogen en este libro.

Como se ve en el título, tres grupos de problemas fueron estudiados en esta reunión: la ordenación del territorio, el tema de la conservación de la Naturaleza y, por último, el de la propiedad en relación con la empresa agraria.

Primero se recoge la conferencia inaugural, a cargo de JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, sobre «Actualidad y fuentes del moderno Derecho agrario», en la que se enfoca a esta disciplina, que aparece recientemente a la vida legislativa y científica, como una novedad traída por las necesidades y modos de vida de los tiempos modernos, los cuales requieren una adecuada y específica regulación para el campo. Bajo este prisma, SANZ JARQUE define al Derecho agrario como «conjunto de normas que en el ámbito de la ordenación del territorio regulan la propiedad de la tierra, la empresa agraria y la reforma y desarrollo de las estructuras del campo». Sus fuentes, en principio, son las generales del ordenamiento jurídico español, fijadas en el artículo 1.º1 del Código Civil, o sea, la ley, la costumbre

y los principios generales del Derecho; pero con las características de que además de las normas que configuran el nuevo concepto funcional de la propiedad de la tierra, existen las del Derecho agrario especial o de reforma, siendo de destacar también la importancia de la costumbre en el campo, lo que influye en lo referente a la jerarquía y la interpretación de las normas.

Entrando ya en los temas indicados que fueron objeto de estudio por las diversas comisiones, seguiremos el mismo orden del libro, recogiendo sus respectivas conclusiones.

1.ª comisión: *La propiedad rústica y la explotación agrícola*

La ponencia corrió a cargo del profesor EMILIO ROMAGNOLI, de Italia, quien disertó sobre los cambios en la jerarquía de valores de los factores de la producción agrícola, tanto en el aspecto económico como social, bajo la intervención de los poderes públicos en este sector, y en atención a ello hizo un estudio de los principios fundamentales de las reformas deseables en los contratos agrarios, en especial el arrendamiento, que se encuentra en crisis, por lo que propugna la difusión del cooperativismo para la llevanza de tierras.

En parecidos términos, el doctor LUKANOW, profesor de Bonn, expone la situación en Alemania Federal y otros países europeos.

Esta primera comisión, en sus conclusiones recomienda que el arrendamiento debe ser considerado favorablemente, porque el empresario puede obtener el goce de la tierra sin privarse del dinero necesario y sin contraer deudas. Se afirma que el arrendamiento puede ser un instrumento útil siempre que se asegure al arrendatario la utilización de la finca por un tiempo largo y la contención del canon o merced, de tal modo que no absorba una parte demasiado grande del rendimiento de la finca. Considerando que la legislación de muchos países europeos se ha orientado en los últimos años en este sentido, de ello se ha derivado una debilitación en la posición del arrendador, y en los países donde los derechos del arrendatario han recibido una protección particularmente acentuada, se ha verificado una notable disminución de la propensión de los propietarios a ceder sus tierras en arrendamiento, el Congreso recomienda, textualmente: «Que al objeto de favorecer la difusión del arrendamiento, se ponga el máximo cuidado en alcanzar el justo punto de equilibrio entre los intereses del arrendador y del arrendatario y la certidumbre de los derechos de las partes, y que se estudien medidas que fomenten la cesión de tierras en arrendamiento, teniendo en cuenta, en este sentido, las orientaciones de la Comunidad Económica Europea, todo para lograr la sustitución de los agricultores de edad avanzada por otros más jóvenes y una dinámica más rápida del arrendamiento complementario».

2.ª comisión: *Propiedad rústica, explotación agrícola y forestal y medio ambiente*

Su ponente, el doctor ROBERT WEIMER, también alemán, de la Universidad de Siegen, afirma que uno de los determinantes más fuertes e importantes de las ordenaciones de la propiedad en los países de Europa

Occidental la constituye la situación de su normativa sobre el medio ambiente. Es una cuestión central para todas las democracias occidentales, hasta el extremo de que la posibilidad de explotar el suelo, sea industrial, agrícola o forestal, debe estar sometida a limitaciones por razones de protección del medio ambiente.

Como coponente, la doctora francesa ALINE GREMIS SARGOS estudia la propiedad territorial y la explotación agrícola y forestal en relación con el entorno natural, exponiendo la legislación de Francia y los demás países de la Comunidad Económica Europea sobre la materia.

Entre las conclusiones adoptadas señalamos como más importantes:

- La tendencia que se desprende de las legislaciones nacionales es la de considerar la protección al entorno como un deber propio del Estado.
- Todo daño que sufra la propiedad y que sobrepase su función social, si es dictado por el interés de salvaguardar el entorno, debe ser indemnizado.
- Debe ser adoptado y reconocido por todos los países europeos, en el terreno agrario, el principio del contaminador-pagador, ya muy ampliamente aplicado.
- Para determinar lo que es admisible y trazar las fronteras de una abusiva utilización del suelo, contraria a la economía general de la Naturaleza, se impone llevar a la práctica el principio que ya existe en varias legislaciones nacionales del cultivo según el «buen padre de familia».
- Parece recomendable introducir una obligación de cuidar el suelo, a imagen de ciertos países. Así, todos los que lo utilicen deben obligarse a cuidarlo y vigilar las aportaciones de productos químicos o naturales usados para no modificar la calidad de las aguas.
- En conclusión, parece necesario para el futuro del entorno agrario desarrollar en el sector rural una reglamentación adecuada, tanto en función de la protección del paisaje como en función de su disfrute.

3.ª comisión: *Propiedad rústica y explotación agrícola en el cuadro de la ordenación del territorio*

La ponencia, defendida por el profesor español JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, presenta a la tierra de cultivo como asiento de la relación jurídica agraria, siendo la propiedad la relación tipo sobre la que esencialmente se constituye la explotación agrícola, que es su dinámica, organizándose en la empresa los elementos que constituyen aquella propiedad. ¿Cómo se lleva esta tierra? Las diversas formas de tenencia, todas tendentes a la propiedad, constituyen la causa originaria, la potencia atractiva y la notoria y expresa manifestación de esa propiedad de la tierra de cultivo. Como la vida de nuestro tiempo deteriora continua y progresivamente el territorio y especialmente las superficies de cultivo, afectando a la propiedad, la explotación y la empresa agrarias, la defensa de estas instituciones requiere un previo conocimiento de la realidad y debe hacerse en el ámbito de la ordenación del territorio.

El coponente, doctor NICOLAAS MAARTEN ZIJP, holandés, abunda en las mismas ideas, estudiando la legislación relativa a la ordenación del espa-

cio agrícola y no agrícola y los medios de ejecución jurídica para conseguirla, en especial la expropiación y la reestructuración y concentración de las fincas. Estudia también, dentro del cuadro de la ordenación territorial, la salvaguarda de la Naturaleza y de las riquezas naturales, las limitaciones a la explotación agrícola y las indemnizaciones por daños nacidos de la ordenación, todo según la legislación de los Países Bajos.

Son conclusiones importantes de esta comisión:

- Al no poder rivalizar económicamente con el urbanismo en la competencia para el uso del suelo, la agricultura exige una política territorial que permita proteger las buenas tierras agrícolas y mejorar el espacio rural con vocación agrícola de forma permanente.
- Una legislación efectiva en cuanto a la ordenación del territorio es de la mayor importancia.
- Para poder repartir las tierras agrícolas, cada vez más raras, hacen falta instrumentos jurídicos que permitan proseguir una política de equilibrio entre las necesidades del urbanismo y las de la agricultura.
- La concentración parcelaria moderna es el medio más propio para la ordenación y desarrollo del territorio rural.
- En el ámbito de la ordenación del territorio, especialmente en la del espacio rural, la agricultura tiene necesidad de una política no sólo defensiva, sino también activa.

El libro termina con la lección de clausura del Coloquio, a cargo del profesor ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, sobre «Cuestiones en torno al Derecho agrario y su significación social». Partiendo de la cuestión de si es una rama especial o forma parte del Derecho civil, dice que en cualquier caso no cabe duda que más cerca o más lejos de éste, con mayor o menor dosis de vida propia, en la realidad práctica y en la legislativa, en el plano de la investigación científica y de la enseñanza, hay un ámbito de normatividades, problemas y orientaciones que se polarizan en torno a lo que llamamos Derecho agrario.

En cuanto a su signo autonómico o diferenciador, entiende HERNÁNDEZ GIL que para comprender lo que significa el Derecho agrario en nuestro contexto histórico hay que colocarse en una posición equidistante de un rígido tecnicismo jurídico y de una simple intencionalidad política, que pudiera ser el de su teleologismo o finalidad social. Es un Derecho en trance de constitución y reforma, y no se pliega a la distinción entre Derecho público y privado, porque se adentra en ambos territorios. Por último, al relacionar el Derecho agrario con el civil, dice que el primero está experimentando una transmutación social que no ha alcanzado al civil en su conjunto y esta circunstancia acentúa la diferencia entre uno y otro, si bien posiblemente en el futuro el Derecho civil experimentará transformaciones sociales que el Derecho agrario ha venido a anticipar. En todo caso—opina—, el Derecho agrario tiene y ha de tener siempre una esfera de acción más limitada que la del Derecho civil; éste es el Derecho de la persona en sí y en todas sus acepciones, sin adscribirse a ninguna determinada; el Derecho agrario es el de la persona inserta en la actividad agraria.

CRISTÓBAL MONTES, ANGEL: *La sucesión contractual aragonesa*. Comentarios. Libros Pórtico, Zaragoza, 1978.

Hace años que el autor de este estudio monográfico tendió un puente desde Venezuela hasta España para que por él me llegasen la mayor parte de sus publicaciones, y de ahí que aquel que tenga curiosidad verá que son muchas las recensiones de sus libros que han aparecido en diversas revistas bajo mi nombre. Sólo llegué a conocerle personalmente al término de una conferencia, en la que me acerqué a la tribuna para felicitarle. Luego me he enterado, por la contraportada del libro, que regresó a España y que es en Zaragoza Profesor Extraordinario de Derecho Inmobiliario Registral, y, por supuesto, desde allí vuelve a tender otro puente para que me llegue esta monografía que hoy vamos a comentar.

La verdad sea dicha que en la obra de CRISTÓBAL MONTES no figuraba el tema que ahora trata, pues su «especialidad», por así decirlo, parecía circunscribirse al Derecho Inmobiliario Registral, donde han sido varios los libros y trabajos que figuran con su nombre. Pero hay que comprender que los buenos juristas, aun con un encasillamiento tradicional en ciertas materias, siempre saben aportar su profundidad de conocimientos cuando se salen de su campo. Futbolísticamente o con terminología de este carácter podríamos calificar esas incursiones en otros puntos como un «partido en campo ajeno», aunque aquí el sentido de lo ajeno es relativo, pues el ejercer en un territorio foral obliga a conocer el terreno que se pisa.

La modalidad contractual de la sucesión es uno de los puntos que separan y justifican la existencia de un Derecho foral al lado del común. Nuestro Código Civil sólo en casos excepcionales admite esta forma o manifestación de la sucesión, cosa que en Aragón y en la mayor parte de los territorios forales es regla general. Yo he pensado mucho en la razón que pueda tener el legislador en no incluir esta modalidad dentro del Código Civil y creo que es claro que no se incluya, pues si así se hiciese irían perdiendo autonomía esos derechos peculiares de cada región. Utilizo la palabra autonomía en base a su divulgación constitucional, pues aquí parece más lógico hablar de especialidad en un Derecho que, como el civil, es, ha sido y seguirá siendo «tronco». Otra cosa sería el problema de si esa especialidad jurídica puede o no contribuir a esas puras esencias que determinan la existencia de comunidades autónomas, pero eso nos llevaría a largas discusiones y a tratar de explicar el fenómeno físico del pueblo reunido y del caserío aislado, y aquí hemos venido a hablar de Aragón y de su sucesión contractual.

Los comentarios que el autor dedica a la materia se ajustan a un orden lógico arrancado de la Compilación y van recorriendo los problemas de su validez y forma, contenido, facultades, modificación y revocación, derecho de transmisión y contrato de renuncia. Respetando esta sistemática, a ella me ajusto para brindar la esencia de este contenido.

A) VALIDEZ Y FORMA

Sobre la exposición de los artículos 99 y 107 de la Compilación, el autor abre su comentario con unas consideraciones de tipo general en torno

a la forma de suceder y a las variantes que la contractual puede ofrecer. La institución—dice el autor—es hija de la pobreza y de un sano sentido realista y pragmático. En las zonas rurales montañosas, la tierra familiar, corta y poco generosa, no consiente que a la muerte del cabeza de familia se produzca su fraccionamiento entre los hijos porque no alcanzaría a garantizar la subsistencia de todos. Cuando el medio impone el heredero único, el testamento no resulta recurso idóneo para ordenar la sucesión *mortis causa* y el contrato sucesorio, por el contrario, se revela como el instrumento que contempla por igual el interés del padre y el del heredero, sin favorecer a uno en perjuicio o riesgo del otro y con un pragmático planteamiento y solución de los objetivos en juego.

Después de estudiar la institución en su proyección histórica y llegar a ella en la codificación aragonesa y la Compilación, entra de lleno en la amplitud de sus manifestaciones, negadas por PELAYO HORE y ROCA SASTRE, y, sin embargo, defendidas por el autor, el cual sostiene el arraigo y difusión de la institución de heredero fuera de las capitulaciones matrimoniales, aunque la práctica mayoritaria y determinante de la situación contractual se haya desenvuelto en torno a esta última figura. Por ello cita y estudia el problema del «acogimiento» y «dación personal».

B) CONTENIDO

Sobre el texto de los artículos 100, 101 y 109 de la Compilación, el autor estudia lo que podríamos llamar contenido de la sucesión contractual y que comprende la forma en que se hace el nombramiento, las cláusulas que suelen acompañar a éste, los efectos y diversas modalidades existentes.

Recoge el autor las dos posibles modalidades existentes: para que el contrato produzca sus efectos a la muerte de los instituyentes o para que opere su eficacia transmisiva en vida de los mismos. Destaca la falta de condiciones, aunque no resulta raro subordinar la institución al hecho de la sobrevivencia del heredero o de sus descendientes. Igualmente recoge una variedad de cláusulas («a una sola mesa y hogar», «reserva de cantidad de dinero», «el requisito del consentimiento para disponer», «la de mantenimiento y dotación a los demás hijos» y la del «mantenimiento de la casa», entre otras). En materia de efectos distingue los dos supuestos de nombramiento de heredero *post mortem* y de presente, examinando luego los casos del doble heredamiento, el consorcio universal, la sucesión futura de los contrayentes y las donaciones *mortis causa*.

C) FACULTADES DISPOSITIVAS

La clave para el desarrollo del tema es el artículo 102 de la Compilación. Para el enfoque debido estudia los orígenes del artículo y los condicionamientos a los que queda sujeta la facultad dispositiva, y singularmente la cláusula de la reserva del señorío mayor y otras facultades análogas.

D) MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN

El principio de alteración, modificación o revocación de los pactos sucesorios exige una serie de circunstancias o requisitos que lo rodeen de

garantías y produce el efecto reflejo de la modificación de las disposiciones condicionadas. Esto, que es el contenido de los artículos 103 y 104 de la Compilación, lo desarrolla el autor precisando la esencia de la modificación y revocación ante una institución que contractualmente parece irrevocable. El examen se completa con una visión anterior y posterior a la Compilación.

E) DERECHO DE TRANSMISIÓN

El comentario que el autor dedica a este punto tiene su base en el artículo 105 de la Compilación, donde se reconoce este derecho a favor de los descendientes legítimos, y soluciona de paso el problema de la colisión de derechos cuando éstos fueren varios. Las dos variantes de la institución de heredero *post mortem* y la institución de heredero de presente obligan al autor a una precisión, que se enlaza con el problema de la pluralidad o inexistencia de descendientes.

F) RENUNCIA A LA LEGÍTIMA

La configura el artículo 106 de la Compilación como si se tratase de una expectativa de carácter unilateral, no recepticia. El autor señala cómo en los Derechos forales la renuncia a la herencia no suele ser unilateral, sino que adopta la forma contractual, ya que el renunciante suele recibir a cambio la entrega de cosa o cantidad. Como modalidades de dicha renuncia se estudian el de la renuncia «del cónyuge forastero», el de la renuncia a la legítima y a cualquier otro derecho, especialmente el de ser nombrado heredero, etc.

G) PACTO AL MÁS VIVIENTE

Es el último tema de la monografía, que recoge el artículo 109 de la Compilación, conocida con este nombre o como recíproca institución hereditaria entre cónyuges, con reminiscencias catalanas del heredamiento mutuo, casamiento al más viviente o agermanamiento. El autor se preocupa de profundizar en la estructura del acto combatiendo la tesis de SAPEÑA y el de los efectos del mismo.

Creo recordar que no hace mucho comenté una resolución de la Dirección General de los Registros sobre un problema de casamiento al más viviente, y si digo esto es para generalizar lo que se me ocurre cuando termino la lectura de este estudio monográfico. ¿Por qué el autor, tan versado en Derecho Inmobiliario, no ha aprovechado la ocasión para reflejar todo su estudio (creo que salvo una referencia a la Ley Hipotecaria no se ocupa del tema) proyectándolo sobre el Registro? Hubiese sido una gran aportación que los hipotecaristas le hubiésemos agradecido.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTAS

I. REVISTAS COMENTADAS

LOS AYUNTAMIENTOS Y LAS URBANIZACIONES PRIVADAS, por FEDERICO ROMERO HERNÁNDEZ. *Revista de Estudios de la Vida Local*. Número 204. Octubre-diciembre de 1979.

Este trabajo es el texto de la conferencia pronunciada por su autor en la Diputación Provincial de Málaga el día 28 de junio de 1979, dentro del ciclo organizado por la Sociedad de Urbanizadores de Andalucía bajo el título de «El urbanismo en la región andaluza». Dada la indudable actualidad del tema y sus conexiones con el Registro de Propiedad, recogemos una breve síntesis aquí.

El autor aborda tres cuestiones:

— Las urbanizaciones privadas no son una categoría autónoma dentro del campo de la gestión urbanística, sino que simplemente constituyen un estadio intermedio en el proceso de la ejecución y gestión de planes.

— La evolución expansiva de las actividades públicas ha llevado consigo la paralela ampliación de los modos gestores y de las propias Administraciones públicas, lo que supone, según el autor, un replanteamiento de la concepción esencial del Derecho administrativo.

— El urbanismo español, que ha pasado por una etapa en que se centró con un carácter exclusivamente monográfico sobre los temas de planeamiento, pasa en la actualidad por una fase de exaltación de la importancia de una buena gestión y ejecución de los planes.

Y divide su exposición en dos partes: los sujetos activos del urbanismo de base privada, y la urbanización privada como situación transitoria.

Con referencia a los «sujetos activos» entiende que la distinción que establecía la antigua Ley de 1956 entre formas de gestión públicas y formas de gestión privadas no sólo era confusa conceptualmente, sino que desde el punto de vista jurídico positivo tenía escasa trascendencia práctica, por lo que el nuevo texto ha hecho desaparecer acertadamente a su juicio dicha distinción, y en su artículo 114 se limita a decir que los ejecutores de los planes de ordenación son el Estado, las Entidades locales y las Entidades urbanísticas especiales. La naturaleza de estas últimas es la de una Corporación pública, creada por una resolución administrativa que opera en el ámbito de la Ley del Suelo, y que aunque exige una iniciativa de sus miembros no es precisamente un pacto asociativo privado en cuanto que su alcance y fines están determinados por la propia Ley y Reglamento de Gestión. En cuanto a si puede calificarse a estas Corporaciones de auténticas Administraciones públicas, entiende que sin alcanzar tal calificación «ac-

túan como verdaderos agentes descentralizados de la Administración pública».

La urbanización privada, en cuanto supone siempre el establecimiento de un régimen jurídico unitario aplicable a un conjunto de fincas (AMORÓS), no puede estar indefinidamente constituida como una pequeña ciudad enquistada dentro de un Municipio, sino que está llamada a integrarse en él, de ahí su transitoriedad. Hablar de una urbanización privada como categoría jurídica con visos de autonomía institucional y con vocación de permanencia no es ya admisible después de la nueva Ley. La situación de muchas urbanizaciones privadas actuales debe considerarse como residual de un sistema de gestión del planeamiento que concluirá, una vez comprobado que se han cumplido las condiciones del Plan y la ejecución del proyecto de urbanización. Con esta visión se facilita, a juicio del autor, la solución de multitud de problemas derivados no tanto de la insuficiencia normativa como de esa consideración como institución permanente de la urbanización privada; así: la aplicación tan flexiblemente analógica como inadecuada de la Ley de Propiedad Horizontal y sus abundantes problemas registrales; la problemática de las zonas verdes que no pueden ser acotadas para uso exclusivo de la urbanización, pese a que los propietarios o vecinos de la misma tengan que soportar durante algún tiempo la carga específica de su conservación; los viales públicos que, aun no estando cedidos, están inmediatamente afectados a un uso público por su propia definición en el Plan General de Ordenación; el espacio destinado para el equipamiento docente que ha de ser cedido al Municipio para tal destino, lo que impide las ventas a entidades particulares; y, en fin, los complejos problemas tributarios que se plantean.

Se ocupa finalmente de las formas institucionalizadas de colaboración privada, a las comunidades de barriada como entes de organización de la convivencia y a las Entidades de conservación.

NOTAS SOBRE EL DERECHO DE OPCION, por EDUARDO SERRANO ALONSO.
Revista de Derecho Privado. Diciembre de 1979.

La finalidad que este trabajo persigue es encuadrar el derecho de opción dentro de uno de los dos posibles campos: Derecho real u obligatorio.

El autor parte de la distinción de la doctrina alemana entre derechos reales de carácter absoluto y derechos reales limitados (de disfrute, de realización de valor pecuniario y de adquisición). Dentro de los derechos reales de adquisición incluye los meros derechos potestativos, los que producen pretensiones de transmisión y los que generan una expectativa. Pero, dice el autor, la admisión de los derechos reales de adquisición ha sido discutida y hasta negada (ejemplo, por un sector de la doctrina italiana) en base a que la denominada facultad o poder de disposición no forma parte del derecho subjetivo. La solución intermedia de considerar a los derechos de adquisición como derechos potestativos (así, DÍEZ-PICAZO) no es compartida por el autor, por cuanto esta clase de derechos representan una categoría intermedia entre los derechos reales y personales. Siguiendo a DE CASTRO entiende que considerar como derecho la mera posibilidad de una actuación es factible si se acepta literalmente la teoría de la voluntad, pero

no cuando se distingue entre las meras facultades y el concepto estricto del derecho subjetivo.

A juicio de SERRANO ALONSO, los llamados derechos de adquisición son derechos de naturaleza real, y siguiendo a GARCÍA AMIGO expone los argumentos que avalan esta posición doctrinal. Seguidamente entra en el estudio concreto del derecho de opción y de las diversas teorías sobre su naturaleza: derecho personal (VALVERDE, DE BUEN); *ius ad rem* o vocación real (DE CASTRO); derecho personal o real, según la intención de los contratantes (PUIG PEÑA, CASTÁN, ESPÍN); derecho real (AMORÓS, CAMY, MEZQUITA DEL CACHO).

Analiza a continuación la constitución, efectos y extinción de este derecho, y termina con una referencia al Registro de la Propiedad. A su juicio, el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, en los términos en que está redactado, parte de la conceptualización del derecho de opción como un derecho personal que, al cumplir los requisitos que dicho precepto exige, adquiere una cierta eficacia real por virtud de su acceso al Registro.

Consecuente con su tesis de que la opción es un derecho real *per se*, niega todo valor al citado artículo 14 del Reglamento Hipotecario, que contraviene a su juicio, como norma de inferior rango, el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, pues parte de la tesis de considerar la opción como derecho personal y de seguido admite su inscripción. Y concluye que el titular de un derecho de opción, como tal derecho real que es, podrá inscribirlo en todo caso, concurran o no los requisitos que el citado artículo 14 exige.

SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE UNA FUNCIONARIZACIÓN DE LOS NOTARIOS, por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS. *Revista de Derecho Notarial*. Número 104. Abril-junio de 1979.

El tema de la funcionarización de ciertas profesiones como Notario, Registrador de la Propiedad, Agente de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio, etc., apuntado al gestarse la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, aún vigente, ha vuelto a plantearse en el Anteproyecto de Estatuto de la Función Pública, que de ser publicado algún día vendrá a sustituir a la citada Ley de Funcionarios Civiles.

El autor contempla el supuesto concreto de los Notarios, Corporación a la que pertenece, para concluir, con apoyo en muy sólidos argumentos, que el Notariado debe quedar fuera de una Ley de Bases de la Función Pública, como lo está hoy de la Ley de Funcionarios Civiles vigente.

Todo parte del tan polémico como confuso párrafo incluido en la Memoria que precede al citado Anteproyecto sobre «la procedencia de inclusión en el ámbito de aplicación de la presente Ley del régimen de aquellos Cuerpos de Funcionarios que perciben sus retribuciones directamente de los administrados». Parece, pues, deducirse de esta desafortunada redacción que la inclusión o no inclusión de esos «Cuerpos de Funcionarios» que no cita *nominatim* está en función de un dato accesorio, como es el sistema retributivo de estas profesiones, y no en función de la propia naturaleza de las mismas, como sería lo lógico. El error nace de una equivocada aplicación del concepto de funcionario público que no es unívoco.

«Los términos funcionarios públicos y función pública son equívocos; admiten muy diversos sentidos, algunos de los cuales pueden alcanzar desmesurada extensión. Es muy difícil concretar, en muchos casos, dónde termina la actuación privada y empieza la función pública» (Consejo de Estado, Dictamen de 6 de febrero de 1953).

La base de la argumentación de RODRÍGUEZ ADRADOS está, a nuestro juicio, en que básicamente el Notario, en la realidad social y jurídica española, es un profesional del Derecho que desempeña esencialmente una función privada; que no actúa super partes, sino extra partes, y que es sólo en el último estadio de esta actuación (otorgamiento y autorización del documento) cuando realiza una función pública que se concreta en el control de legalidad y la dación de fe o autenticación. Pero esta actuación pública no elimina ni suplanta a la función privada, sino que «la penetra y la trasciende».

El dato esencial de la «profesionalidad» aparece apoyado por el autor en numerosas citas doctrinales, jurisprudenciales y legales. Entre estas últimas adquieren especial significación dos: el tratamiento fiscal y el corporativo. Otros aspectos no menos significativos son la libre organización (con local propio y gastos por cuenta del profesional) y la responsabilidad personal con TODOS los bienes presentes y futuros, en los términos del artículo 1.911 del Código Civil. Es, en suma, la antítesis de lo que ocurre con los funcionarios públicos clásicos o *strictu sensu* que actúan bajo los principios de «jeraquía, descentralización, desconcentración y coordinación», y de cuya actuación y daños causados no responden ellos, sino el Estado. Esto lleva a GARCÍA TREVIJANO a obtener las lógicas consecuencias en los casos de ejercicio privado de funciones públicas cuando dice: «De los actos de un Notario, por ejemplo, en el ejercicio de su función, no responde el Estado, y esto, que es una consecuencia, nos sirve para afirmar que los Notarios, Y OTROS SUPUESTOS SIMILARES, no son funcionarios ni están encuadrados en la organización, salvo por su relación de ejercicio profesional».

En orden a la retribución son de destacar importantes matices. El servicio que se presta es de interés particular y, en la mayoría de los casos, voluntario para el interesado en el mismo. (El supuesto es similar al que rige a efectos registrales: principio de ROGACION.) Desde un punto de vista meramente cuantitativo, los ingresos de los Notarios, dice el autor, son muy distintos a lo largo de su vida profesional. También son variables los ingresos según las coyunturas económicas. Si las ganancias, en un determinado momento histórico, son bajas o excesivas es el Gobierno el que tiene en su mano los medios de corregirlo mediante los Decretos de aranceles y de demarcación. El Gobierno, en suma, puede controlar perfectamente el coste de la función.

Destaca, asimismo, el autor las diferencias entre el Notario y los puros fedatarios; la función notarial, la administrativa y la jurisdiccional. Especialmente interesante es el estudio que hace del Derecho comparado y las conclusiones que del mismo extrae. Frente al Notariado latino, propio de los países democráticos, sólo aparece el estatal o administrativo, que tiene sus manifestaciones más interesantes en el sistema jurídico colectivista de la URSS, por un lado, y en los sistemas autoritarios, por otro: la Italia fascista, el Brasil de Kubistchek, el Chile de Pinochet y el Portugal de Salazar.

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre-diciembre 1979

Ramón María Roca Sastre, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 591 a 617.

El arbitraje y la nueva «lex mercatoria», por Federico de Castro y Bravo, págs. 619 a 725.

La responsabilidad civil hoy, por Luis Díez Picazo, págs. 727 a 738.

Notas para una sociología de las obligaciones y de los contratos, por Gabriel García Cantero, págs. 739 a 749.

Examen del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, por Mariano Fernández Martín Granizo, páginas 751 a 800.

DOCUMENTACION JURIDICA

Núm. 24. Octubre-diciembre 1979

La forma de los actos en el Derecho internacional privado español, por José Luis Iglesias, págs. 873 a 893.

En torno al procedimiento de urgencia: especial consideración del atribuido a los Juzgados de Instrucción, por Ernesto Pedraz Penalva, págs. 897 a 955.

Nociones básicas sobre la extradición, por Francisco Bueno Arús, páginas 959 a 987.

Solidaridad y Derecho, por Javier de Lucas, págs 991 a 1023.

El artículo diecisiete del texto constitucional: su problemática, por Juan José González Rivas, páginas 1027 a 1046.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Núm. 147. Mayo-junio 1980

Hecho imponible, por Luis María Díaz de Bustamante y Terminel, páginas 567 a 580.

Incrementos y disminuciones patrimoniales, por Francisco Pérez Benítez, págs. 581 a 612.

Sujeto pasivo, por J. R. de La Chica Fleischer, págs. 613 a 636.

El Impuesto sobre Sociedades y las sociedades no residentes que realizan negocios en España, por Celsa de la Peña, págs. 637 a 682.

Transparencia fiscal, por José Guillermo Recio Adrados, págs. 683 a 706.

Ingresos computables y partidas deducibles, por Narciso Amorós Rica, págs. 707 a 782.

Valoración de ingresos y gastos, por Jesús González Cique, págs. 783 a 810.

Tipos y deducciones de la cuota, por José de la Lastra González, páginas 811 a 837.

Aplicación del Impuesto de Sociedades, por Alejandro Arráez, páginas 839 a 860.

Disposiciones adicionales, transitorias y finales, por Manuel María de Remedios Montes Yñigo, página 861.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 429, 430 y 431. Junio, julio y agosto 1980

Notas en sede doctrinal sobre el régimen jurídico de la separación

conyugal en el ordenamiento italiano, por Salvador Carrión.
Los documentos mercantiles ante el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, por José Menéndez.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Marzo 1980

Un concepto olvidado: poder negativo, por Pierangelo Catalano, páginas 231 a 248.
El Derecho económico como categoría sistemática, por Angel Rojo, páginas 249 a 284.
El artículo cuarenta y dos de la Constitución y el Derecho internacional privado, por Francisco Javier Zamora Cabot, págs. 285 a 304.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núms. 153-154. Julio-diciembre 1979

La temporalidad del cargo de administrador de la sociedad anónima, por Luis Francisco Javier Cortés Domínguez, págs. 411 a 460.
Los grupos de sociedades en la nueva Ley brasileña de Sociedades Anónimas, por José Miguel Embid Irujo, págs. 461 a 482.
El derecho de los órganos sociales desde la perspectiva de la legislación cooperativa, por Francisco Vicent Chuliá, págs. 483 a 590.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Núms. 105-106. Julio-diciembre 1979

El retracto arrendaticio rústico y la aportación a sociedad de una finca rústica, por Luis Arechederra, páginas 7 a 64.
Diego Angulo Laguna, por Ramón Carande, págs. 65 a 76.

La empresa y la función del Derecho; sus necesidades jurídicas y contractuales. El papel del Notario en su satisfacción, por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, José Luis Espinosa Anta y Francisco Lucas Fernández, págs. 77 a 225.

La génesis del principio Hand Wahre Hand, por José María Miquel González, págs. 227 a 320.

El aprovechamiento medio, por Antonio Uribe Sorribes, págs. 321 a 349.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Abril 1980

La iniuria en Derecho romano, por José Cruz Teijeiro, págs. 347 a 352.
Mentalidad divorcista y simulación conyugal, por Santiago Panizo Orallo, págs. 353 a 378.
Una perspectiva de la sentencia civil, por Angel Bonet Navarro, páginas 379 a 397.
Las garantías del crédito salarial, por Antonio Gullón Ballesteros, páginas 398 a 403.

Mayo 1980

El derecho de pastos y las servidumbres personales como categorías jurídicas, por J. A. Alvarez Cape-rochipi, págs. 463 a 494.
Contribución al estudio del «domicilium» en el Derecho romano, por Juan Salgado, págs. 495 a 510.
Sistema especial del régimen general aplicable a las industrias de conservas vegetales, por Mariano Espinosa Jover, págs. 511 a 521.
Aspectos prácticos: sobre la renta de los arrendamientos rústicos, por Juan Luis Vallejo Osorno, págs. 522 a 524.

Junio 1980

El perjuicio de la letra y la obligación del aceptante, por Ignacio M. Lojemdio Osborne, págs. 609 a 636.

Las lagunas jurídicas, por Manuel Novalvos y Pérez-Acervo, págs. 637 a 643.

Las obligaciones genéricas, por Francisco Javier Sánchez Calero, páginas 644 a 660.

La ética del Magistrado, por Piero Pajardi, págs 661 a 679.

Cesión del diez por ciento del aprovechamiento medio: ¿Un deber o una confiscación? Cesión versus equidad, por Juan Rico Lenza, páginas 43 a 62.

Costes y cuotas de urbanización y de conservación, por José A. López Pellicer, págs. 63 a 110.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 205. Enero-marzo 1980

Los poderes normativos de la Generalitat de Cataluña, por Javier Salas, págs. 9 a 60.

Las competencias de la Generalitat en el Estatuto de Cataluña, por Joaquín Tornos Mas, págs. 61 a 68.

Competencia y autonomía municipal, por José Luis Sánchez Díaz, páginas 87 a 104.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Marzo-abril 1980

El Estado y el Urbanismo en la Constitución española, por José María Rodríguez Oliver, págs. 13 a 33.

El aprovechamiento medio y el régimen transitorio en la nueva Ley del Suelo, por Sebastián Grau Avila, págs. 35 a 42.

Mayo-junio 1980

La plus valía. Estudio de Derecho comparado, por Ramón Martín Mateo, págs. 13 a 67.

La ejecución de los sistemas generales de la ordenación urbanística del territorio, por Pedro José Sanz Bixareu, págs. 69 a 86.

Los urbanistas y los problemas energéticos, por Francisco Langle Granados, págs. 87 a 100.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Abril-junio 1980

Cotejo con la escuela histórica de Savigny (4.ª parte), por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 279 a 311.

El Proyecto de Código Civil de 1851 y el Derecho civil catalán (2.ª parte), por Pablo Salvador Coderch, páginas 313 a 372.

Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1.716 del Código Civil, por Alfonso Hernández Moreno, págs. 373 a 445.

El razonamiento jurídico y la interpretación del Derecho, por Francisco Soto Nieto, págs. 448 a 505.

