

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLIX ○ Noviembre-Diciembre 1973 ○ Núm. 499

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

Excmo. Sr. D. Pío Cabanillas Gallas.

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

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

Excmo. Sr. D. José Poveda Murcia.

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchiz; y

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

Imprenta SAN JOSE.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

"El Registro de la Propiedad y las actuaciones urbanísticas", por NARCISO DE FUENTES SANCHIZ	1357
"Notas sobre la institución tutelar", por LUIS Díez PICAZO	1371
"El artículo 1.207 del Código civil", por JOSÉ A. ALVAREZ CAPERO-CHIPI	1413
"La legislación de reforma y desarrollo agrario y el Registro de la Propiedad", por CARLOS-MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO	1433
"Necesidad de la licencia municipal para la inscripción en los Registros de la Propiedad de las escrituras de división de terrenos urbanos", por MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ	1471

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y TIRSO CARRETERO GARCÍA	1509
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JUAN MANUEL REY PORTOLÉS y JOSÉ CERDÁ GIMENO	1531
2. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1576
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1581

LIBROS:

“La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento”, de RAFAEL ALVAREZ VIGARAY, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1593
“Derecho Hipotecario”, de MARINA MARIANI DE VIDAL, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1597
“Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contempo- ráneo”, de MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, por CARLOS HER- NÁNDEZ CRESPO	1599
REVISTAS	1607

ESTUDIOS

El Registro de la Propiedad y las actuaciones urbanísticas^(*)

SUMARIO: I. *El Urbanismo*: 1.º Consideraciones generales. 2.º La ciudad. 3.º Lo rústico y lo urbano. 4.º Gestión colectiva. 5.º Del Urbanismo de salvaguardia al positivo. 6.º Racionalización de las decisiones.—II. *El Registro de la Propiedad*: 7.º El Registro, instrumento urbanístico. 8.º Sector público y sector privado. 9.º Principio de subsidiariedad. 10.º La expropiación. 11.º Registro y proceso expropiatorio. 12.º Publicidad del planeamiento. 13.º Estabilidad. 14.º Fiscalidad del suelo. 15.º Edificación forzosa. 16.º Renovación urbana. 17.º El crédito. 18.º Personas jurídicas urbanísticas. 19.º Movilización de la propiedad. 20.º La reordenación de la propiedad, «regla de oro».—III. *Conclusiones*.

I. EL URBANISMO

1.º *Consideraciones generales*

1. El Registro de la Propiedad, en definición de ROCA SASTRE, es la «institución jurídica que tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles».

2. Se ha definido el urbanismo como la ciencia de la organización del espacio para una convivencia mejor. Es, más que una disciplina, la suma de ellas. En el urbanismo intervienen o deben intervenir en equipo: los políticos, los arquitectos, los ingenieros, los economistas, los sociólogos, los docentes, los hombres de negocios y, sobre todo, los juristas.

3. El urbanismo vivo ha de ser urbanismo jurídico. El urbanismo a secas es pura irracionalidad, fantasía, cuando no daño. Lo que no significa, claro está, que el urbanismo sea exclusivamente Derecho. Si las decisiones urbanísticas no plasman en un instrumento jurídico de primer orden son puro romanticismo.

(*) Ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho Registral, Buenos Aires, 1972.

2.º *La ciudad*

4. El primer objetivo del urbanismo—no el único—es la ciudad, de la que se lee en la *Política*, de ARISTÓTELES (IV, 7.º), que es una asociación de seres iguales que aspiran en común a conseguir una existencia dichosa y fácil. La historia de la ciudad se pierde en la niebla de los tiempos, entrevista hace más de cinco mil años en las llanuras del creciente fértil. Se dice de ella que ha sido la cuna de la civilización y del progreso humano, de la vida total.

5. La ciudad es, debe ser, un gran desvelo. Decía PERICLES, en su discurso a los atenienses: «Unimos en nosotros la preocupación por la casa y por nuestra ciudad, y aunque cada uno tenga diversa actividad, en asuntos de la *polis* nadie puede quedar al margen, pues al que no toma parte en ellos nosotros no le llamamos un ciudadano tranquilo, sino un mal ciudadano.»

6. La ciudad está en perpetua mutación. Recuerda ORTEGA, en *La rebelión de las masas*, que cuando en los comienzos del Imperio algún fino provincial llegaba a Roma—Lucano, por ejemplo, o Séneca—y veía las majestuosas construcciones, símbolo de un poder definitivo, sentía contraerse su corazón. Ya nada nuevo podía pasar en el mundo, Roma era eterna. Y, sin embargo, afirma LE COURBUSIER, los romanos, fija la atención en su Imperio, se dejaron ahogar por un crecimiento desordenado de la *Roma Quadrata*; el centro comprendido entre el Tíber y las siete colinas se congestionó excesivamente; el morbo que destruiría la ciudad para iniciar un eclipse. Comienza la ruralización de la vida, el éxodo hacia el campo; la invasión bárbara acabará con la urbe. Más tarde, las ciudades, según las épocas, van a ser corte de los príncipes, burgos militares o mercados. Y sólo vuelven a surgir, lentamente, hacia el siglo xiv.

7. La ciudad cobra su nuevo empuje, que hoy vivimos y sufrimos, con la primera revolución industrial. La aparición de la máquina de vapor, la mejora de los medios de comunicación, un nuevo espíritu de división del trabajo, produjeron el fenómeno. Los núcleos, hacinados, crecieron. La industria ocupó grandes extensiones de terreno. Se despreciaron, en aras de la improvisación y del interés material, las reglas clásicas en el trazado. La fiebre de construcción densificó los espacios. La planificación no existía. La ciudad era ya, según CHOMBART, «una máquina para vivir».

3.º *Lo rústico y lo urbano*

8. El urbanismo moderno comprende en su ámbito lo urbano y lo rústico correlacionados. Su terminología, internacionalmente admitida, lo pone de relieve. Se ha pasado del *planning*, planeamiento, y *zoning*, zonificación, referidos a la ciudad, al *town and country planning*, de los ingleses, y al *city and country planning*, de los norteamericanos. Organización conjunta del campo y de la ciudad para que la población rural goce también de los medios que la técnica pone hoy al servicio del hombre.

9. La organización del territorio y el régimen jurídico del suelo son competencia del Estado. Pero es peligroso aplicarles una técnica aséptica, manejada a veces a distancia del cuerpo vivo en que se va a operar; encerrada en la campana neumática de la Administración central, donde no puede alcanzar el latido palpitante de la vida ciudadana. Pueden surgir decisiones seguramente racionales, pero frías, cerebrales, quién sabe si deshumanizadas.

10. Una de las actuaciones que en muchos países de Europa preocupan es la defensa del suelo agrícola frente al crecimiento urbano. PAUL LUCKE, que fue ministro federal de la Vivienda, Urbanismo y Ordenación del Territorio con el canciller Adenauer, estimaba que en la década de los setenta Alemania necesitaría para suelo urbano, de defensa, industrial y de tráfico la séptima parte del territorio nacional. Y, curiosamente, en la Unión Soviética, con motivo de un «proyecto de bases para la legislación del suelo», el académico UDACHIN afirmaba que en los últimos veinticinco años la superficie de la tierra útil para la agricultura había disminuido en 7,8 millones de hectáreas; si las cosas siguen como ahora—añadía—, para el año 2000 Rusia habrá perdido, inevitablemente, 40 millones de tierra de uso agrícola, una décima parte de la duramente conseguida durante los últimos cincuenta años.

4.º *Gestión colectiva*

11. La redacción de los documentos urbanísticos es, sin duda, labor de equipo de las más variadas técnicas. Pero su preparación y aplicación necesita contar con el apoyo de la colectividad. De lo contrario, quedarían, en el mejor de los casos, como importantes creaciones de laboratorio, cuando no resulten puras lucubraciones. En ambos casos, su futuro es predecible: no se cumplirán.

12. CHOMBART ha estudiado el proceso de comunicación entre la población y sus dirigentes para conseguir un urbanismo adecuado, lejos del puro cientifismo, tanto como de la improvisación. El planeamiento deberá estar dominado por el deseo de poner la técnica al servicio de las estructuras sociales, no para adaptar las estructuras sociales a un marco abstracto. Desgraciadamente, estamos aún muy lejos de que gran parte de la población se interese por estos problemas; pero es imprescindible que, al menos, lo haga la *élite*. GASTON BARDET, al relatar la falta de apoyo popular a las reformas de Napoleón III resumía: «De este modo, el arte urbano va a parar a manos de la Administración, y Francia sucumbe bajo el peso de las oficinas.»

5.º *Del urbanismo de salvaguardia al positivo*

13. El urbanismo clásico adopta una postura de limitación, de salvaguardia: no se puede edificar en tales zonas; no se puede elevar más que determinadas alturas; es necesario aceptar las servidumbres de paso, de luces y vistas, etc. FRANÇOIS D'ARCY ve, frente a este atrasado urbanismo, otro positivo y actuante. Ello supone un notable esfuerzo para implicar a la iniciativa privada en la gran tarea urbanizadora. Los juristas franceses discuten la clave del arco del nuevo procedimiento; dónde radica, en qué momento se produce y qué efectos determina; la obligatoriedad, la oponibilidad a terceros. Los métodos tradicionales ya no sirven. Los dictámenes se arropan en consideraciones económicas, sociológicas y políticas.

6.º *Racionalización de las decisiones*

14. El conjunto de nuevas normas apunta hacia un método, en manos hoy de especialistas, que comienza a aplicarse en Francia, importado de Norteamérica, y en España. Se trata de la «racionalización de las elecciones presupuestarias». Lo resume, en síntesis brillante, SERVAN SCHREIBER, en el *Desafío americano*, y como juristas, creemos que nos interesa profundamente. Los norteamericanos han puesto en vigor desde 1967 el PPBS, *Planning, Programming, Budgeting, System*, que es punto de partida en revolución de técnicas de gobierno animada por el optimismo científico. Se juega, nada menos, que la supresión de la rutina y del precedente, causas del retraso ancestral, universal y legendario de las burocracias públicas. Para alcanzar este resultado, en todos los procesos de decisión se introducen medidas objetivas, cálculos de rendimien-

to e incluso competencias entre proyectos. Los autores de la reforma quisieron alumbrar las opciones, obligar a los responsables en todos los grados de la jerarquía a reflexionar sobre su acción y orientarla con conocimiento de causa. La racionalización de las decisiones—en su más amplio espectro—parece imprescindible en urbanismo.

II. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

15. Todo este planteamiento, que quiere ser objetivo, pone de relieve el papel que ha de desempeñar en el presente, y más aún, en el futuro, el Registro de la Propiedad, si sabemos modelar su *aggiornamento*, sin mengua de las garantías. La institución es imprescindible en un Estado de Derecho como base de la seguridad jurídica. Pero también ha de ser medio para alcanzar metas de eficacia y modernidad. El Registro de inmuebles debe publicar las situaciones jurídicas con la máxima amplitud, concisión y síntesis. Y el Estado debe poder utilizarlo en sus actuaciones programadas, como base de sus decisiones en la política del suelo en todos los órdenes: estrictamente urbanísticos, fiscales, económicos, sociales y políticos.

16. Cuanto no sea descansar sobre una institución jurídica plenamente garantizada será actuar de aprendiz de brujo, que desató los elementos y ya no los supo sujetar. Y si algo no pueden permitirse los gobernantes es actuar de aprendiz de brujo.

17. Decía ORTEGA, en *La rebelión de las masas*, que «cabe recibir del pasado, ya que no una orientación positiva, sí ciertos consejos negativos. No nos dirá el pretérito lo que debemos hacer, pero sí lo que debemos evitar».

7.º *El Registro, instrumento urbanístico*

18. El Registro puede ser el instrumento para centrar la propiedad en su «función social», sin miedo y sin aventuras. En reunión internacional celebrada en 1963, en Suiza, sobre renovación urbana y ordenación de la propiedad, en que se examinó la situación en diversos países europeos, se decía: «Es necesario lograr en grado máximo una estructura urbana, si bien es imprescindible reducir al mínimo las restricciones impuestas a la propiedad.» Esto, que pudiera estimarse una contradicción de principio, no es así, si pasamos de la idea de que el urbanismo es puro acatamiento a que ha de convertirse en estímulo para el propie-

tario, lejos del concepto del dominio quirritario *utendi atque abutendi*; tan lejos como del desconocimiento que muestran quienes olvidan el respeto a la propiedad privada, una de las bases de nuestra civilización.

8.º *Sector público y sector privado*

19. A través del Registro cabe la colaboración del sector público con el sector privado; en él puede reflejarse el «pacto». Pero sería aventurado suponer que el poder público, atenazado por múltiples preocupaciones, acudiera también a incorporar la propiedad privada a las tareas de servicio público. Si su temática está llena de complicaciones sería ingenuo pensar que van a salvarse por iniciativa de la Administración.

20. Parece obvio que hay que anticiparse, estudiar de propia iniciativa el planeamiento y dar una gama de soluciones, un abanico de posibilidades, que permita, en cada tiempo y lugar, aplicar la terapéutica adecuada, plenamente cartesiana, consciente de que se está en lo que se ha dado en llamar «situación límite», el extremo más avanzado en la concepción de los derechos comunitarios, a cuyo servicio se hallan todos los bienes. Sin regateos ni reservas mentales.

9.º *Principio de subsidiariedad*

21. El Registro es el medio de colaboración de la iniciativa privada, que actúa bajo el imperio del principio de subsidiariedad. El Estado no debe protagonizar la gestión, sino regularla, dirigirla y vigilarla. En muchos países, sin embargo, motivaciones de diversa índole, oportunismo, tientan para olvidar esa regla de juego; y mientras se define la neutralidad del poder público, éste interviene. La Administración, como el pájaro de la Pampa en *Martín Fierro*,

*en un lao pega los gritos,
y en otro pone los huevos.*

22. Creo honradamente que se trata de un error. De un error grave, que se comete de buena fe y hay que evitarlo.

23. El metabolismo de las ciudades, apenas intuido todavía, muestra un fenómeno impresionante: las dificultades de aprovechamiento del suelo urbano. Una multitud, creciente día a día, se asienta en círculos de superficie limitada. Los urbanistas claman, con razón, contra el exceso de densidades, la contaminación atmosférica, la congestión del tráfico, la falta de servicios. Las dos soluciones son tópicas: ensanche de

las poblaciones y renovación de los viejos cascos. Ambas complejas, posibles en un marco jurídico y utilizables según la prudencia política atenta al bienestar ciudadano.

10.º *La expropiación*

24. La primera solución que atrae al gobernante, que pretende resolver el problema de la ciudad y no acepta el que la plusvalía favorezca exclusivamente al propietario, es una vieja institución: la expropiación forzosa, que participa a un mismo tiempo de los caracteres del Derecho Público y del Privado. JORS-KUNKEL afirma: «Las fuentes que cita BONFANTE sólo prueban que la expropiación era evitada en lo posible y que se prescindía de ella cuando iba a dirigirse contra personas influyentes», aunque en Roma se aplicaba para la construcción de calles y obras públicas. La expropiación es aceptada en general. Pero ha de responder a dos requisitos esenciales: utilidad pública y previa justa indemnización. Son los mismos que aparecen ya en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa, que pasaron a las constituciones, a las leyes de expropiación y a la Declaración Internacional de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas. En el fondo, los mismos principios de las Leyes de Partidas: «a pro o amparamiento de todos», «dándole cambio por ello primeramente o comprándoselo según valiere» (Ley 31, título XVIII, Partida tercera).

11.º *Registro y proceso expropiatorio*

25. El titular del dominio y de los derechos reales según el Registro debe estar legitimado para actuar en el expediente expropiatorio, sin perjuicio de la intervención de otros interesados. La expropiación puede estimarse un modo de adquirir el Estado *ex novo*; pero ello no autoriza a prescindir de las titularidades anteriores, sino que permite adquirir los bienes libres de cargas. A la expropiación sólo debe llegarse cuando no cabe la adquisición del bien mediante el consentimiento. Es imprescindible satisfacer el justiprecio, señalado por órganos independientes; parece que no puede el expropiado disfrutar de las plusvalías dimanantes del esfuerzo colectivo: creación de redes viales, abastecimiento de aguas, energía, servicios comunitarios, etc. Pero hay que vigilar que al socaire

de plusvalías injustificadas no caiga la Administración en la tentación de exproliar, confiscar; esa adquisición sería antijurídica.

26. El Registro de la Propiedad, que publica los titulares, ha de examinar, cuando llega el documento expropiatorio, si se han cumplido los requisitos legales. Y durante el trámite ha de poner de manifiesto que se halla la propiedad en trance de expropiación, para evitar el fraude que supondría una enajenación a adquirentes de buena fe.

27. La expropiación tiene un objeto. Si el Estado no lo cumple, es obligado restablecer al expropiado en la plenitud de sus derechos mediante el recobro o reversión. El titular según el Registro o su causahabiente inscrito podrán ejercitar dicha facultad, exonerados de la carga de la prueba de sucesión de titularidades.

12.º *Publicidad del planeamiento*

28. Debe insistirse en que el planeamiento urbano constituye una tarea de extraordinaria dificultad. CHARLES ABRAMS, jurista, profesor de Columbia, afirma: «El control del uso del suelo es un formidable problema, que ninguna ciudad del mundo ha conseguido solventar a su completa satisfacción», y COLIN BUCHANAN, que «es mucho más difícil urbanizar una ciudad que enviar un hombre a la luna».

29. Si además de complejo se convierte en esotérico, el planeamiento puede degenerar en una burla. Y no basta que los planes y ordenanzas puedan ser examinados por el público, porque su propia esencia los convierte en determinaciones abstractas. Es necesario que el Registro de la Propiedad refleje la situación urbanística completa de cada fundo: su posible edificabilidad pura o condicionada; el destino urbano, de vivienda, industrial de servicios, etc.; la superficie edificable total o parcial; el número de alturas; si cuenta con proyecto de edificación aprobado por la municipalidad; si está afectado por proyectos de nuevas redes viarias; si ha de contribuir a los costos de la urbanización en cuantía, al menos, de máximo, etc.

30. Los que conocéis al vivir jurídico diario os dais cuenta de hasta qué punto puede prestar un servicio decisivo el Registro al Estado y a los particulares. Por supuesto las decisiones urbanísticas no pueden inscribirse por simple acuerdo unilateral del órgano correspondiente, sino mediante el riguroso cumplimiento de los trámites establecidos, entre los que ha de cumplirse la notificación de los interesados, que han de poder entablar los recursos pertinentes.

13.º *Estabilidad*

31. Es un lugar común decir que cada día trae alguna nueva inquietud. El correr del tiempo, tan rápido hoy, convierte en obsoletas decisiones de ayer. Y ese afán político de hacer cosas, de conseguir soluciones novedosas, puede incidir gravemente en el planeamiento. Para que éste obtenga el respeto colectivo necesita estabilidad; plazo de vigencia reglado con posibilidad de modificación rigurosamente establecida. Y que el Registro publique el tiempo en que ha de regir la situación que proclama. No está de más referirnos a la universal turbamulta de decisiones urbanísticas, tantas veces incomprensibles, otras contradictorias, que aquejan a muchos países. Su castigo es el incumplimiento; pero el daño colectivo será inevitable. Debe respetarse la estabilidad; propugnemos la dieta del planeamiento. Y recordemos que se lee en los *Anales*, de TÁCITO: «*Corruptissima reipublica plurimae leges.*»

14.º *Fiscalidad del suelo*

32. De entre los medios que los teóricos del urbanismo suelen predicar: suelo público, edificación forzosa y fiscalidad, este último es el más atractivo para el gobernante, porque se traduce en incremento de los impuestos, mayor recaudación y nuevas posibilidades financieras. Por ello es el más peligroso, pues se presta al arbitrio y a desviar después los caudales obtenidos a cubrir otras urgencias del sector público. Tampoco está demostrada su plena utilidad, ya que suele cumplirse la ley económica de «traspaso» al comprador de la carga fiscal.

33. No obstante, es filosóficamente justa la imposición de tributos para absorber las plusvalías injustificadas; para obligar a poner en marcha los planes contra la desidia o la avaricia de los propietarios que esperan que el tiempo juegue a su favor; para edificar los solares que hayan de ser construidos según los programas.

34. El Registro de la Propiedad debería reflejar exactamente la situación fiscal de los predios. No es razonable que avise y proteja a un posible adquirente contra litigios de dominio dudoso o de cargas y no le ampare frente al Fisco, el enemigo contra el que es más grave luchar. Y al mismo tiempo que anuncia la cuantía de su tributación debe proclamar las ventajas fiscales de que goce: exenciones o bonificaciones de impuestos, en atención a la urbanización realizada, la edificación construida, las cesiones de suelo formalizadas a favor de la municipalidad, etc.

15.º *Edificación forzosa*

35. Normalmente, el planeamiento contiene preceptos sobre edificación de solares con carácter obligatorio—manchas vacías en la ciudad— y sobre reconstrucción, previo derribo, de casas ruinosas, obsoletas, antiestéticas o inadecuadas. Llevarlo a la práctica según la experiencia de muchos países es muy difícil, porque enraíza el problema con la relación telúrica del propietario, que siente manipulado el objeto de su dominio sin su voluntad o contra ella. Cualquiera que sea su complejidad, parece que debe abordarse. Y no habrá que exponer detenidamente las razones que abonan que el Registro de la Propiedad publique con el mayor detalle la situación del inmueble respecto de la obligatoriedad de edificar, así como la minuciosa calificación del expediente tramitado por la autoridad administrativa.

16.º *Renovación urbana*

36. Junto a la inevitable reconstrucción de los edificios a los que el paso del tiempo condena—excepto, claro está, los que merezcan sobrevivir—aparece toda la gama de problemas de renovación urbana: ensanchar las calles antiguas agobiadas por circulaciones ingentes; sustituir los viejos conductos de abastecimiento de servicios, pensados para cuantías desbordadas. Normalmente, la vida se paraliza cuando la renovación comienza a la vista de los muchos años que tarda en conseguirse; la vida huye, y con ella, el interés. La recapitulación final es siempre deficitaria. Con una excepción: si se da a los particulares la posibilidad de actuar ofreciéndoles atractivos y si la Administración asume la tarea de buscar acomodo a las familias que habitan en los viejos tugurios.

37. Pueden delimitarse barrios de reurbanización, con previsiones de construcción a escala vertical u horizontal. Mas será imposible separar la problemática de las fincas, porque, además de su propia situación jurídica, estarán inmersas en la del conjunto sujeto a renovación: cesión de terreno para suelo público de viales, parques, jardines, aparcamientos, zonas escolares, deportivas, etc.

38. El Registro de la Propiedad debe reflejar en estos casos una doble normativa: la comprensiva del barrio y la peculiar de cada finca. Cómo ha de traducirse ello en asientos registrales es ardua cuestión, que no podemos abordar. La técnica registral tiene la palabra.

17.º *El crédito*

39. El suelo es tradicionalmente base del crédito. Por supuesto, el suelo cuyo *status* jurídico sea claro. Como el Estado no puede acudir a la concesión de créditos en todos los casos, hay que abrir las posibilidades a las instituciones y a los particulares. El mecanismo del crédito cuenta con una institución clásica: la hipoteca, en cuya regulación se ha decantado experiencia de siglos. Pero tanta solera roza el peligro de fosilización. Hay que poner al día la institución hipotecaria; intercambiar experiencias sobre modalidades de constitución y procedimientos de ejecución. Modernizar una forma de crédito casi abandonada: la refacción. E investigar para el hallazgo y la vulgarización de otras. Es obvio que en todo ello late la inscripción en el Registro de la Propiedad. Con la imprescindible base física de un buen catastro.

18.º *Personas jurídicas urbanísticas*

40. Cualquier meditación sobre urbanismo llega, tarde o temprano, a una conclusión: un solo propietario—salvo excepciones—no puede con la ciclópea tarea de asumir la urbanización ni tal vez convenga en nuestra sociología. Es, por tanto, necesario establecer sistemas asociativos para que los propietarios convenidos entre sí aborden lo que individualmente excede de sus medios. Sin duda, pueden constituirse sociedades mercantiles o civiles, conforme a la tipología de cada legislación, cuyo objeto sea la urbanización en general, la renovación urbana en particular, la edificación. También cabe la constitución, entre los particulares y la Administración, de sociedades o empresas mixtas en amplia gama de matices.

41. Pero existe una posibilidad más adecuada: constituir precisamente en virtud de las decisiones urbanísticas entidades *ad hoc*, bien sólo con los particulares interesados, bien con la incorporación de las municipalidades o de órganos especiales. Existirá la grave quiebra de forzar la voluntad de quienes—por causas nobles o menos defendibles—no desean unirse a la tarea colectiva. Podrá entonces funcionar la «expropiación sanción» en favor del ente constituido, si bien mediante cautelas que garanticen frente a la extorsión tanto como ante el capricho.

42. Repugna menos la regulación de tales entidades, que el incorporar *vellis nollis* un propietario a una sociedad anónima urbanizadora o edificadora; se hallan más cerca del individuo ciudadano; son más controlables; se diluyen menos.

43. La constitución de estas entidades se inscribirá en los Registros de Empresas o Mercantiles, en los cuales se contrastará el cumplimiento de la legislación que las regule. Y en el Registro de la Propiedad se transcribirán sus estatutos y se precisará qué fincas se hallan sujetas a la actuación, y en qué condiciones especiales, si las hubiere. La publicidad y el respaldo jurídico que así obtienen es suficiente para desvirtuar los prejuicios que algunos propietarios pudieran sentir frente a ellas, y para que los que quieran conservar su libertad de acción puedan percibir el justo precio de sus fincas y apartarse de la gestión común.

19.º *Movilización de la propiedad*

44. El período, más o menos largo, de actuación urbanística sobre una superficie de suelo impone un letargo a la propiedad afectada; esto perjudica los intereses de los particulares, ya que el libre mercado vivifica la propiedad; y los del Estado, que pierde impuestos sobre el tráfico de bienes temporalmente amortizados. Puede hallarse una solución mediante la incorporación del valor de los inmuebles afectados a títulos negociables, semejantes a los títulos valores mercantiles, de fácil enajenación libre o desgravada de impuestos. No se trata de un jordan purificador de titularidades ni de abrir una posibilidad de fraude a la ley, ya que se exigiría siempre, para que la operación prospere, una situación dominical clara y libertad de cargas. Tampoco se pretende el viejo mito de «movilizar» la propiedad inmueble, convertirla en mueble, sinónimo de *res vilis*, para asimilarla en el tráfico, idea abandonada como de puro arbitrio.

45. Con el fin de establecer las debidas garantías es necesario señalar módulos de valoración, precisar un plazo de vigencia normalmente coincidente con el previsto para la actuación urbanística, reflejar la formalización de las transmisiones fehacientemente, dictar normas para adjudicación de suelo resultante de la urbanización a los tenedores de los títulos con arreglo a su derecho.

46. En el Registro de la Propiedad debe constar el número de unidades de valor que corresponde a cada una de las fincas, y en casos especiales, las reglas a que ha de sujetarse su transmisión. Además de los requisitos generales de actuación urbanística que permitirá la enajenación del volumen edificable, en el que prácticamente se concreta el *ius aedificandi* de los propietarios.

47. Unas buenas reglas de juego, sencillas, amplias y pragmáticas, permiten actuar a los propietarios con más diligencia y efectividad que

montañas de precisiones de planeamiento, masas de técnicos urbanistas, tasadores y controladores. El milagro de la iniciativa privada se volverá a producir.

20.º *La reordenación de la propiedad, «regla de oro»*

48. Se ha dicho repetidamente que la urbanización tiene su «regla de oro»: la justa distribución de los beneficios y de las cargas del planeamiento. En su persecución se articulan, por ejemplo: el *loissement* francés, las «permutas forzosas» alemanas, la «reparcelación» española.

49. La idea madre es que a cada uno de los propietarios corresponda en la urbanización un beneficio proporcional al valor de suelo afectado y a su aportación dineraria para las obras. Esta idea central ha de traducirse en el régimen jurídico-inmobiliario en reglas de precisión suficiente, porque están o pueden estar implicadas las garantías de la propiedad, de los derechos reales y del crédito territorial.

50. Una fórmula antigua, siempre nueva, ofrece solución: la subrogación real. Mediante ella se funden las primitivas titularidades en un fondo común, del que nacen las nuevas fincas, que se adjudican a los interesados en proporción a su derecho. También por subrogación real, las cargas sobre las anteriores fincas gravan las nuevas. Quienes no aceptan el sistema o no consienten su resultado tienen derecho a que, mediante indemnización adecuada, se les expropie su finca.

51. Así, sencillamente, se produce, con las debidas garantías, la transformación de las propiedades primitivas, desajustadas del planeamiento y de la realidad, en fincabilidad adaptada al planeamiento, limpia de titulación, apta para la edificación y el crédito.

52. El proceso de reordenación de la propiedad se sigue paso a paso en el Registro de la Propiedad. Desde la consignación del planeamiento aplicable y las reglas de procedimiento, a la adjudicación de las parcelas adecuadas al plan con sus ordenanzas de utilización. Evidentemente, deben consignarse también las limitaciones del dominio, con olvido del dogma decimonónico de que las limitaciones legales gozan de trascendencia en todo caso frente a los derechos inscritos; dogma bueno para una época en que las limitaciones eran la patología de la propiedad y cuya enumeración podía memorizarse, no hoy, en que constituyen parte del estatuto de la propiedad y son extraordinariamente numerosas y variadas.

* * *

53. Lo expuesto puede impresionar, causar desánimo, en quienes nos consideramos, sobre todo, «iusprivatistas». El mundo en que nos ha correspondido vivir no permite, en tal sentido, la especialización ni tolera el descanso. Todo ello supone un esfuerzo de imaginación y de trabajo. Pero oigamos a LUIS VIVES en sus *Diálogos*: «Preguntad a los ancianos cuál es el mayor yerro de su vida, de qué omisión se arrepienten y les pesa, y os responderán, los que estudiaron algo, que de no haber estudiado más.»

III. CONCLUSIONES

Primera.—El Registro de la Propiedad es la institución adecuada para racionalizar la gestión urbanística.

Segunda.—Las precisiones del planeamiento deben consignarse en el Registro, tanto en cuanto al conjunto de los predios como respecto de la situación concreta de cada uno de ellos.

Tercera.—El Registro ampara a un mismo tiempo los intereses del sector público y los del sector privado, mediante la verificación de legalidad de las decisiones urbanísticas y su inscripción.

Cuarta.—La lucha contra la especulación del suelo debe apoyarse en el Registro a través de la publicidad, del estado de fiscalidad de los inmuebles, de la edificación forzosa, de la constitución de patrimonios públicos de suelo y demás medios de contenido jurídico que aconsejen las circunstancias en los diversos países.

Quinta.—Las instituciones de crédito, a través de la hipoteca u otras fórmulas, obtendrán seguridad en el Registro.

Sexta.—La gestión colectiva, indispensable en urbanismo, crea personas jurídicas especiales registradas. Con su ayuda puede movilizarse la propiedad.

NARCISO DE FUENTES SANCHIZ
Registrador de la Propiedad
Madrid, 1972

Notas sobre la institución tutelar

1. INTRODUCCION

Conforme al artículo 199 de nuestro Código civil, el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que no estando bajo patria potestad son incapaces de gobernarse por sí mismos. La tutela (del verbo latino *tuor*, defender, proteger, cuidar) aparece concebida como un sistema de defensa de aquellas personas que por razón de una capacidad defectuosa no pueden gobernarse por sí mismas. Aparece, además, en este artículo 199 del Código civil, como un sistema de carácter supletorio, que sólo entra en funcionamiento en defecto del poder familiar tuitivo por excelencia, esto es, de la patria potestad.

La tutela viene definida doctrinalmente como una «institución»: la institución tutelar. Una institución es, según sabemos, una estructura jurídica básica. Como ha dicho DERNBURG, son instituciones las formas básicas del vivir social. No se puede poner en duda el carácter institucional de la tutela. No obstante, explica bien poco su naturaleza jurídica. Instituciones son también el dominio, el proceso, el contrato, la familia.

Desde un punto de vista puramente técnico, la tutela se presenta, ante todo, como una *situación jurídica*, es decir, un fenómeno jurídico de carácter estable, duradero. En esta situación jurídica, a unas determinadas personas se les confía un cometido de guarda y protección, y a otra o a otras se las coloca bajo esta guarda y bajo esta protección. De esta situación, de este modo de estar en la vida social—proteger, ser protegido—, derivan unas especiales *relaciones jurídicas*, que ligan a la persona tutelada con los encargados de su defensa—relación jurídica de tutela— y a estas personas entre sí.

Todo el contenido (poderes y deberes) de esta situación jurídica está dirigido a la realización de esta finalidad tuitiva y protectora, es decir, se dan no en interés de sus mismos titulares, sino en interés del prote-

gido y, en definitiva, en interés de la sociedad. Esto significa que los poderes conferidos a los componentes de la institución tutelar no son derechos subjetivos, sino *potestades*, es decir, medios instrumentales para la realización de una *función*. La tutela es, pues, una función y los encargados de ella «funcionarios». En el Código civil se habla a veces de «funciones» (cfr. 205) y en general se considera la tutela como un *cargo* (cfr. 202, 208, 243, 245, 252, 279, etc.).

La tutela es, además, una situación artificial. Frente a otras situaciones jurídicas, en que el ordenamiento se limita a regular fenómenos que se producen espontáneamente en el vivir social o en el acontecer social, aquí se enfrenta no con algo que sea un fenómeno social espontáneo, sino con algo que aparece ordenado, estructurado, fabricado por el Derecho. De aquí que la tutela se *organice*. Una organización existe cuando una serie de elementos materiales y personales se disponen para la consecución de un fin. Por esto también, porque la tutela presupone una organización para la realización de la función tuitiva, el conjunto de los elementos personales, debidamente trabado y dispuesto, puede llamarse *organismo*. Hay, pues, un organismo tutelar. Además, la estructuración de una serie de elementos personales para la realización de una función exige también una distribución de cometidos, una delimitación de competencias. La persona o grupo de personas con un cometido determinado dentro de un organismo puede llamarse *órgano*. La tutela tiene, pues, sus órganos: el tutor, el protutor, el Consejo de Familia (presidente, vocales) y la Autoridad Judicial.

Un problema conexo con el anterior, aunque de un gran interés técnico, consiste en determinar si la tutela es o no una institución familiar. Entre nosotros es tradicional atribuirle este carácter y estudiarla dentro del Derecho de familia, como última parte del mismo. Sin embargo, se ha observado justamente que la tutela no supone por sí misma un lazo o vínculo de carácter familiar. Puede ocurrir que entre el pupilo y los componentes del organismo familiar preexista una relación de parentesco. Pero preexista o no, la tutela no implica lazo familiar. Un indicio para pensar en un especial parentesco podría proporcionarlo el número 3.º del artículo 45 del Código civil, en cuanto establece un impedimento para contrar matrimonio. Pero aun así conviene tener en cuenta: que el impedimento matrimonial se establece con una sola de las personas del organismo tutelar, el tutor, y que no tiene carácter absoluto, sino temporal, hasta la aprobación de cuentas. Además, el padre puede autorizar el matrimonio, cosa que no cabría si el impedimento estuviera fundado en un lazo de parentesco.

Por ello hoy se propende a considerar a la tutela como una «institu-

ción cuasifamiliar» (CASTÁN) o como una «institución pupilar» (CAVAGNARI). Acentuando todavía más esta dirección, se ha pretendido que la tutela es en rigor una institución extraña al Derecho de familia. Debe estudiarse en el Derecho de la persona. El Derecho de la persona, al estudiar el estado y condición de ésta, se dice, debe analizar también los sistemas de protección de la persona incapaz o defectuosamente capaz. Del mismo modo que la defensa o la representación de un ausente, aunque encomendada a los parientes e inspirada en razones familiares, no es tema de Derecho de familia, sino de Derecho de la persona, lo mismo ocurre con la tutela.

2. HISTORIA DE LA TUTELA

En el Derecho romano están sometidos a tutela los impúberes *sui juris* (tutela *impuberum*) y las mujeres *sui juris* (tutela *mulierum*), cualquiera que fuese su edad. En el Derecho justiniano subsiste tan sólo la primera de estas formas de tutela. La institución tutelar sufre, a lo largo de toda la evolución histórica del Derecho romano, una radical transformación. Pasando de la edad arcaica a la época histórica y partiendo de concepciones remotas extrañas a nuestra conciencia, acaba por asumir la configuración que presenta en las modernas legislaciones.

Tradicionalmente se distinguen tres especies de tutela (testamentaria, legítima y dativa), según que el tutor sea nombrado por el disponente, por la ley o por el magistrado. En el Derecho antiguo no se trata de especies diversas de una misma institución o de diversos títulos de llamamiento, sino de instituciones distintas, cada una de las cuales tiene su propia función y su propio régimen. La evolución histórica, determinada por la legislación y por la práctica, haciendo desaparecer poco a poco las concepciones arcaicas, se va orientando hacia una progresiva unificación bajo el criterio de la protección; esto implica una marca de diferenciación entre la tutela *impuberum* y la tutela *mulierum*, a medida que, respecto a la mujer, la función protectora era difícilmente justificable en la conciencia social.

Las fases de este proceso de unificación pueden ser discutibles, pero la orientación es segura. Originariamente, la tutela no sólo de las mujeres, sino también de los impúberes, está ocasionada por el estado de incapacidad de la persona sometida, pero no tiene como función protegerla. Durante casi toda la época republicana se conocen sólo la tutela testamentaria y la legítima, y ambas, como han puesto de relieve BONFANTE y SOLAZZI, se muestran en estrecha conexión con la herencia: presu-

ponen la muerte del *pater familias* y se defieren del mismo modo como se defiere la herencia. Esta conexión entre tutela y herencia es interpretada de un modo muy distinto por los romanistas, llegando algunos a identificar heredero y tutor. La potestad sobre los impúberes y las mujeres, dice IGLESIAS, no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar. La «familia *communi jure*» no se disgregaba por la muerte del jefe, sino que se mantenía unida bajo la potestad del sucesor por él designado. El tutor es, por ello, el *heres* designado en el testamento, y sólo a falta de tal designación asume la tutela el *proximus adgnatus*. El *heres* ejerce la tutela porque sólo él tiene poderes familiares.

La tutela no tiene entonces una función de protección de las personas, sino de cuidado del patrimonio en interés de la familia. Las *XII Tablas* atribuyen al *pater familias* la facultad de disponer por testamento acerca del cuidado de sus cosas (tutela *rei suae*). *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto*. Con ello se autoriza al disponente para proveer a la tutela de las *res suae*, o sea, según la interpretación dada por la jurisprudencia, para nombrar un tutor a la *res sua* cuando ésta, por disposición testamentaria, era asignada a un *filius* que a la muerte del padre era todavía «impúber». Esta facultad emana de la patria potestad y se conecta con la atribución de la herencia. Por tanto, ni es posible nombrar un tutor al heredero extraño ni nombrárselo al *filius* cuando no se le asigna nada en la herencia. De ahí la regla que todavía recuerda PAULO, conforme a la cual, *tutor separatum pecunia dari non potest*. La tutela tiene como función defender el patrimonio familiar, más que proteger la persona del *filius*.

Una función análoga tiene la tutela legítima; a falta de tutor testamentario, la tutela corresponde al *adgnatus proximus*, que es precisamente la misma persona que sucedería al «impúber» si éste muriera en la impubertad.

Faltando tutor testamentario y legítimo, durante la época antigua el «impúber» permanece sin tutor, porque en tal caso la tutela no tiene razón de ser.

La tutela antigua no tiene función protectora. El tutor puede renunciar (*abdicated tutela*, SOLAZZI), puede ceder *in iure* su potestad a otro, y según algunos autores (PEROZZI) no se excluye que el tutor sea un «impúber».

Esta concepción arcaica se supera para dar paso a la función protectora, que, según GAYO, es una exigencia universal. Cuando esta concepción madura en la conciencia social y se considera intolerable que el «impúber» no tenga tutor, la *Lex Atilia*, del siglo II a. de C., impone al pretor el nombramiento de tutor (tutor *atillanus* o *dativo*). La *Lex Julia*

et Titia impone la obligación de hacer otro tanto en las provincias a los respectivos gobernadores. Estas disposiciones marcan ya una nueva orientación en la disciplina de la tutela, la cual pierde su primitivo carácter para asumir decididamente una función protectora; no es ya un derecho o una potestad, sino un deber, en interés del pupilo, y de contenido no exclusivamente patrimonial, de ahí el principio *tutor datur personae*.

De la tutela poseemos una definición de SERVIO, jurista del tiempo de CICERÓN, la cual, según la referencia de PAULO, decía: *Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permisa* (D. 26, 1, 1 pr.). No es fácil determinar en esta definición la parte que proviene de SERVIO, de PAULO o de JUSTINIANO. Generalmente se considera que la definición genuina debía mencionar también la tutela de las mujeres, en pleno vigor en tiempos de SERVIO y de PAULO, pero superada ya por JUSTINIANO; mas no se puede excluir que el jurista presentase una definición de la tutela *impuberum*, considerada la diversidad de régimen y de función de ambas tutelas. En la definición se nota, como señala BIONDI, una cierta estratificación de conceptos: uno más arcaico, y otro, más reciente. La tutela se define, ante todo, como *vis ac potestas*, y en el paso paralelo de las instituciones se habla de *ius ac potestas*. La tutela, como dice KÜBLER, es, ante todo, potestad, una *vormundschaftliche Gewalt*. Esta enunciación se corresponde exactamente con la concepción en que la tutela, del mismo modo que la patria potestad, no es otra cosa que un poder y el tutor no tiene más que derechos. En la segunda parte de la definición, en cambio, se evidencia el sentido protector de la tutela, en cuanto que el poder se concede *ad tuendum*, por lo que algunos autores consideran este párrafo interpolado.

Lo que es, sin duda, cierto es que al final de la evolución histórica del Derecho romano ha triunfado plenamente el sentido protector de la tutela, y ésta es atraída a la órbita del *ius publicum*, y el *subvenire pupillus* se considera como *cura publica*.

La actividad del tutor se realiza a través de la *auctoritatis interpositio* y de la *gestio*. Con la primera, el tutor integra o completa la capacidad imperfecta del «impúber», quien puede, de este modo, realizar actos jurídicos siempre que sea *infantia maior*. La *gestio* es idéntica a la que cualquiera puede realizar en interés de otro.

Junto a la tutela existe, en el Derecho romano, la curatela. Sus formas más antiguas son la *cura furiosi* y la *cura prodigi*. Las XII Tablas encomiendan la curatela del *furiosus*, siempre que carezca de *paterfamilias* y de tutor—*si custos non escit*—, a los agnados y a los gentiles. A falta del curador legal o en el caso de que éste sea inepto se provee, en la

época clásica, a su nombramiento por el magistrado. La curatela testamentaria no existe; pero si a un loco le daba su padre curador en el testamento, el pretor podía confirmarlo. En el Derecho justiniano, según AUDIBERT, sólo subsisten la curatela testamentaria, en el sentido antes dicho, y la curatela dativa. El curador cuida de la persona del *furiosus* y, a la vez, administra un patrimonio. Su función a este respecto es la de un gestor y no ya la de interponer aquella *auctoritas* que es característica de la tutela.

Semejante es la *cura prodigi*, que se remonta también a las *XII Tablas*. Recae sobre los pródigos, a quienes se declaraba incapacitados para disponer libremente de su patrimonio—*interdictio*—y se encomienda a los agnados o a los gentiles y, en su defecto, a persona designada por el magistrado, quien puede tener también en cuenta la indicación hecha en el testamento.

La *cura minorum* tiene su origen en la *Lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium* (191 a. de C.). Dada la inexperiencia de los jóvenes, que alcanzan la plena capacidad a los catorce años, estableció tal ley una serie de sanciones contra los que engañaban en los negocios a los mayores de esa edad y menores de veinticinco años. Aunque no se sabe si fue la propia ley la que instauró el curador o bien si la creación de éste se debió al pretor, es lo cierto que se acostumbró a requerir la asistencia de un tercero que garantizare moralmente a la otra parte contra la eventual impugnación del negocio. A la protección legal se sumó luego la del Derecho honorario. El pretor concedió al menor una *exceptio legis Plaetoria* para el caso de que la parte contraria exigiera judicialmente el cumplimiento del negocio. Si éste hubiere sido llevado a ejecución y siempre que del mismo derivara para el menor algún daño o desventaja, incluso sin mediar engaño intencionado, el pretor otorgaba una *in integrum restitutio propter aetatem*. El *curator* era solicitado voluntariamente por el menor y para un negocio concreto y determinado. Tan sólo en el proceso podía exigir la parte contraria que se hiciera el nombramiento del mismo. A partir de Marco Aurelio se instaura, según parece, la figura del curador estable, que viene así a sustituir al designado para cada negocio; pero, con todo, se mantiene firme, a lo largo de la época clásica, la idea de que el menor tiene plena capacidad de obrar, considerándose al *curator* como un gestor voluntario. En la época posclásica, bajo la influencia de las costumbres del Oriente helénico, que no distinguían entre impubertad y minoría de edad, se tiende a valorar la función del *curator*, a la vez que se le otorga carácter de permanencia. Así, en el Derecho justiniano, el *curator* es un administrador estable y el menor ha de contar con él en todo caso. Cuando no es el curator quien concluye por sí mis-

mo los negocios, interpone su *auctoritas*. Se aproximan con ello curatela y tutela.

Por otra parte, la curatela no es sólo una institución del Derecho familiar. Hay muchas manifestaciones de *curatores* administrativos (*viarium, aquarium*) o civiles (*ventris, bonorum, absentis, hereditatis iacentis*, etc.).

El *Derecho germánico* siguió una evolución hasta cierto punto distinta. La época más antigua desarrolló ya una tutela para aquellas personas que sin estar sometidas a la potestad (*Munt*) marital o paterna no eran capaces de autodeterminación. Por tanto, estaban sujetos a tutela los menores de edad sin padre, los ancianos, las mujeres no casadas, los enfermos físicamente y los enfermos mentales. La mayor significación correspondió, en la época antigua, a la tutela por razón de edad (*Altersvormundschaft*) y a la tutela por razón del sexo (*Geschlechtsvormundschaft*).

Portadora de la tutela era la *Sippe*, que podía ejercer dicha tutela en mano común. Sin embargo, ya desde los primeros tiempos, la *Sippe* solía transmitir el ejercicio de la tutela a uno de sus miembros, que la desempeñaba como fiduciario (*Treuhänder*) de la propia *Sippe*. Por regla general, el pupilo permanecía en la comunidad doméstica del *Theuhänder* y quedaba sometido a su potestad. La tutela se encargaba al pariente más próximo del pupilo, entre los llamados parientes de espada (el abuelo, el tío, etc.). Sin embargo, en algunos casos, la madre legítima u otros parientes femeninos eran nombrados por la *Sippe* como tutores de los hijos después de la muerte del padre.

Cuanto más se debilitaba la unión de la *Sippe*, tanto más fuerte se destacaba la pretensión de los parientes de espada más próximos de asumir la tutela de quien estaba necesitado de asistencia. El pariente de espada era, pues, un tutor nato, un *geborener Vormund*. La antigua tutela común de la *Sippe* fue sustituida por una tutela individual. Con ello, la *Sippe* quedó limitada a una simple vigilancia ejercida sobre el tutor. Su actividad se transformó en supertutela, que todavía en la Edad Media se manifestaba vigorosamente en materia de matrimonio de los pupilos, administración del patrimonio de éstos e incluso en el supuesto de sustitución de un tutor no idóneo.

El contenido del poder tutelar de la *Sippe* era protección y autoridad (*Schutz und Macht*). La *Sippe* debía proteger a sus miembros frente a los ataques del exterior, ayudándoles cuando fuese necesario. La *Sippe* tenía incluso una potestad punitiva y coactiva (por ejemplo, matrimonio forzoso, etc.).

Además, cuando el tutor fortalece su posición ejercita sobre el pupilo un poder doméstico (*Munt*). El tutor tomaba bajo su *Gewere* el patrimonio del pupilo, teniendo sobre él la administración y la disposición de los bienes muebles; respecto de los inmuebles, el pupilo puede revocar los actos de disposición una vez emancipado. El patrimonio del pupilo —se dice—no debe aumentar ni disminuir: *Mündelgut soll weder wachsen noch schwinden*. Los provechos del patrimonio son para el tutor. Este restituye el patrimonio.

Esta consideración de la tutela experimentó importantes transformaciones a partir del siglo XIII. Son producto, en primer lugar, de la relajación y debilitación de la unión de la *Sippe* y de la debilitación del parentesco, sobre todo en las agrupaciones urbanas, y, además, de un aumento del poder de las organizaciones políticas. El rey se declara «señor protector» de las viudas y de los huérfanos; el prestarles una asistencia general se reconoce como misión del Estado. Los Consejos de las ciudades tomaron sobre sí la supervisión de los tutores, dictaron ordenanzas sobre la tutela e instituyeron autoridades tutelares independientes, a las que se encomendó la vigilancia de las tutelas. Se llega así a una supertutela de autoridad (nombramiento del tutor, incluso de oficio, examen de la capacidad y elección del tutor nato, remoción, etc.).

La época moderna ha mantenido el carácter de tutela funcional o tutela de oficio que la institución tutelar había recibido en la Edad Media. El tutor ejerce su cargo, en general, bajo la dirección y vigilancia de un Tribunal de Tutelas.

Junto a la tutela, los Derechos germánicos desarrollaron la curatela (*Pflegschaft*). Al curador se le encomendaba el cuidado de determinados asuntos concretos, que estaban sustraídos al titular de la patria potestad o de la tutela. Al lado de ello se admite también la curatela de los ausentes, *nascituri*, enfermos e incapacitados.

3. DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

En nuestro Derecho histórico se observa en esta materia una clara diferencia entre los textos legislativos de abolengo germánico (fueros municipales) y los de carácter romano o romanizado. En los primeros se establece únicamente un principio de guarda respecto a los huérfanos menores de edad (tutela de menores), pero no existen, en cambio, antecedentes de la tutela *mulierum* ni de la curatela. Por otra parte, el llamamiento a la tutela es siempre legal (llamamiento a los más próximos parientes o parientes propincuos), y sólo en defecto de éstos se defiere la tutela por la autoridad judicial.

Así aparece claramente en cuatro leyes del título III del libro IV del *Fuero Juzgo*, que tratan de los huérfanos y de los que los defienden. La tutela de los huérfanos («mandamos—dice el *Fuero*—que los hijos que son sin padre e sin madre fasta quince años sean llamados huérfanos») se encomienda a los hermanos, siempre que sean mayores de veinte años. Estos deben «tener los otros hermanos e las sus cosas en guarda e non las dejan enajenar, ni perder a ellos ni a otro». A falta de hermanos de tal edad y discreción para tener a los demás hermanos en guarda, la ley llama al tío y al hijo del tío, y a falta de éstos, el juez a alguno de los otros parientes.

En el *Fuero Viejo* se acentúan estas notas. Cuando un hombre o una mujer mueren—dice la ley 1.^a del título IV del libro V—y deja hijos chicos que sean de edad, deben tomarlos los parientes más propincuos a ellos. Cuando los parientes cercanos no existen o no son idóneos, «la justicia débelos dar a quien guarde a ellos i a suos bienes».

El tema se repite en el *Fuero Real*: «Si algunos huérfanos que sean sin edad fincaren sin padre o sin madre, los parientes más propincuos que hay en edad o sean para ello resciban a ellos e a todos sus bienes delante el alcalde e delante homes buenos por escripto e guárdenlos fasta que los huérfanos vengán a edad.

Si no hubieren parientes que sean para ello, el alcalde delos a guardar con todos sus bienes a algún home bueno e téngalos como es sobre-dicho.»

Las Leyes de Partidas introducen el sistema romanizado: se admiten la tutela y la curatela, y dentro de la primera, tres especies distintas: testamentaria, legítima y dativa.

La tutela es, ante todo, guarda de los «impúberes», de su persona y de sus bienes (P. 6, 16, 2): «Tutela en latín tanto quiere decir como guarda en romance, que es dada e otorgada al huérfano libre menor de catorce años e a la huérfana menor de doce; e esta guarda se otorga sobre las cabezas de los menores, maguer no quieran e non lo demanden ellos. El guardador, además, debe ser dado para guardar la persona del mozo e sus bienes e non debe ser puesto por una cosa o un pleito señalado tan solamente.»

Se distinguen, decía, las tres clases de tutela: 1.^a Cuando el *padre* establece guardador a su hijo en testamento, al que llaman en latín tutor *testamentarius*. 2.^a Cuando el padre no deja guardador al hijo en su testamento y tiene parientes, entonces las leyes otorgan que sea guardador del huérfano el pariente más cercano, y a éste se le llama tutor *legitimus*. 3.^a La tercera manera es cuando el padre no deja guardador a su hijo ni tiene pariente, o si lo tiene, es embargado, de manera que no lo puede

o no lo quiere guardar; entonces el juez de aquel lugar le da por guardador algún hombre bueno y leal, y a éste le dicen en latín tutor *dativus*, es decir, guardador dado por albedrío del juez.

La tutela la desempeña únicamente el tutor bajo la vigilancia del juez. Los frenos del tutor son fundamentalmente las sanciones (responsabilidad, remociones, acciones contra el tutor sospechoso, etc.).

Junto a la tutela subsiste la curatela. «Curadores—dice la Ley 13—son llamados aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorce años y menores de veinticinco, seyendo en su acuerdo. E aun los que fuesen mayores, seyendo locos o desmemoriados. Pero los que son en su acuerdo no pueden ser apremiados que reciban tales guardadores, sino quisiesen fueras ende, si ficiesen demanda a alguno en juicio o otro la ficiese a ellos: ca entonces los juzgadores les pueden dar tales curadores como éstos. El curador no debe ser dejado en testamento, pero si fuese puesto y el juzgador entendiere que es a pro del mozo, débese confirmar.»

La Ley de Enjuiciamiento Civil mantuvo sustancialmente este sistema, regulando (con carácter general, incluso para el Derecho foral) el procedimiento para nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de sus bienes.

Con todos estos antecedentes estamos ya en condiciones de comprender el alcance que tiene la reforma introducida por el Código civil, la cual planteó fundamentalmente dos problemas: unificación de tutela y curatela y organización conforme al sistema francés (tutor, protutor y consejo de familia). La reforma fue tan importante, que hizo necesarias *disposiciones transitorias* especiales en el Código. Sobre el juicio que merece esta reforma del Código nos remitimos a lo que a continuación diremos.

4. SISTEMAS CONTEMPORANEOS DE ORGANIZACION DE LA GUARDA LEGAL

La organización de la guarda legal se plantea hoy sobre estos dos problemas fundamentales: *a)* Unidad o pluralidad de los sistemas de guarda legal. *b)* Estructura interna y principios rectores de las instituciones de guarda (tutela judicial o tutela familiar).

a) El primero de estos problemas—es decir, unidad o pluralidad de los sistemas de guarda legal—estuvo de moda en nuestro país en la época de la codificación. Se trataba, sobre todo, de decidir si debería subsistir la distinción entre tutela y curatela o si, por el contrario, ambas figuras deberían refundirse en una sola institución. GARCÍA GOYENA de-

fendió este último criterio sobre la base de que la dualidad carecía de razón de ser. Otros autores, en cambio, defendieron el criterio contrario, más acorde para ellos con la tradición de nuestro Derecho histórico y con las necesidades de la práctica. El criterio del autor de las *Concordancias* triunfa, en definitiva, al redactarse el Código civil.

Un sistema completamente distinto y muy digno de estudio ha establecido el Código civil alemán, que distingue entre tutela (*Vormundshaft*) y curatela (*Pflegschaft*). a) Dentro de la tutela se distingue: 1.º, la tutela de los menores de edad que no están bajo patria potestad (& 1.773), y 2.º, la tutela de los mayores de edad si están incapacitados (& 1.896), y se incapacita a los enfermos mentales, ebrios habituales y pródigos (& 6). b) La curatela, en cambio, se establece en los siguientes casos: 1.º, cuando alguien está bajo patria potestad o tutela, y el titular de la patria potestad o el de la tutela está impedido para actuar; 2.º, cuando se recibe, bien *mortis causa* o bien gratuitamente *inter vivos*, un patrimonio y el transmitente dispone que no sea administrado por el titular de la patria potestad o de la tutela; 3.º, cuando se dan los presupuestos de la tutela y no está, sin embargo, designado todavía el tutor (*Erganzungspfleger*); 4.º, cuando un mayor de edad no incapacitado, a consecuencia de un defecto físico (en especial: sordo, ciego o mudo) o de una enfermedad mental o física, no puede atender sus asuntos (curador por enfermedad o *Gebrechlichkeitspfleger*); 5.º, cuando una persona ha sido declarada ausente (*Abwesenheitspfleger*); 6.º, cuando hay un nasciturus (*Leibesfruchtpfleger*); 7.º, cuando hay instituido un segundo heredero o heredero sucesivo, aún no concebido o cuya personalidad sólo sea determinada mediante un acontecimiento futuro (*Pfleger für unbekannte Beteiligte*); 8.º, cuando mediante una colecta pública ha sido reunido un patrimonio para una finalidad pasajera (*Pfleger für Sammelvermögen*, curador para el patrimonio de la colecta).

El moderno Derecho italiano ha seguido en este punto una línea intermedia entre el Derecho alemán y el Derecho francés. Se distingue, desde luego, entre tutela y curatela: a) La tutela tiene lugar, respecto de los menores de edad, cuando ambos padres han muerto o por cualquier otra causa no pueden ejercer la patria potestad (art. 343), y respecto a los incapacitados, esto es, a las personas que por encontrarse en condiciones de habitual enfermedad mental son incapaces para proveer a sus propios intereses (art. 424). b) La curatela, en cambio, se prevé en los siguientes casos: 1.º, respecto del menor emancipado; 2.º, cuando surge un conflicto de intereses entre los hijos sometidos a una misma patria potestad o tutela o entre cualquiera de ellos y el padre tutelar de la misma o el tutor (art. 320-348); 3.º, para el inhabilitado, que frente al *interdetto*

no es incapaz (enfermos mentales no graves, pródigos, ebrios y toxicómanos habituales; art. 420); 4.º, para el *nasciturus* (art. 339); 5.º, el desaparecido (art. 48); 6.º, la herencia beneficiada (art. 486), y 7.º, la herencia yacente (art. 528).

Como se ve, en el Derecho moderno, la idea de la unidad de la guarda legal se encuentra en plena decadencia. Y no puede ser de otra manera, porque un principio de unidad de guarda exigiría una identidad de las situaciones protegidas, de las necesidades creadas por estas situaciones y de los intereses amparados por ellas, cuando lo cierto es que, en nuestro Derecho, estas situaciones son muchas veces radicalmente dispares. Vamos a verlo detenidamente.

a) Encontramos, en primer lugar, una diferencia entre aquellas situaciones creadas para la protección de una persona y de sus bienes, de aquellas otras en que lo protegido o cuidado es únicamente un patrimonio. En realidad, aquí es donde puede centrarse hoy la diferencia entre tutor y curador. El tutor del menor o del demente lo es de la persona y de los bienes. El tutor de un pródigo o de una persona sometida a interdicción es simple administrador de patrimonios o de masas patrimoniales, como puede serlo el representante de un ausente.

b) En segundo lugar, se encuentra una diferencia entre las situaciones de guarda y protección establecidas con carácter definitivo, estable, permanente, y aquellas otras a las que acompaña, inevitablemente, una nota de transitoriedad (por ejemplo, defensor judicial, que es un tutor ocasional, el tutor de los hijos de un desaparecido (2.034 LEC) o el tutor de los hijos de un matrimonio pendiente de separación (art. 69 del Código civil)).

c) En tercer lugar, se distingue todavía entre la tutela plena, para designar aquella que comprende el cuidado de persona y bienes o solamente la gestión del patrimonio o de una cosa patrimonial, de la tutela restringida, donde no hay cuidado de persona ni gestión patrimonial autónoma e independiente, sino sólo esporádicas y ocasionales interposiciones de autoridad (emancipados, inhabilitados de edad, etc.).

d) Finalmente, hay que tomar en consideración todavía a los administradores de masas patrimoniales independientes (por ejemplo, desheredación del padre, administrador impuesto por el donante o causante, etc.).

Todo ello ha llevado a nuestra mejor doctrina a sentar, sobre la postura de nuestro Código, las siguientes conclusiones:

1.ª Que existen grandes diferencias entre las circunstancias de los distintos casos de tutela, según que ésta sea para menores, incapacitados,

pródigos, interdictados, etc., y aún más entre estos casos y los que sólo sufren el defecto de capacidad para actos concretos y determinados.

2.^a Que, como consecuencia, en algunos casos de tutela puede llegar a ser contraproducente un mecanismo tan complicado como el del Código.

3.^a Que la pretendida unidad de las instituciones pupilares es en el Código más aparente que real, pues, huyendo de la curatela, que servía para unificar, en cierto modo, las instituciones complementarias distintas de la tutela y la potestad paterna, se ha visto obligado a crear, para situaciones de excepción o transitorias, tutelas incompletas e instituciones de variadas denominaciones y de naturaleza y función muy imprecisas.

5. EL SISTEMA DE TUTELA FAMILIAR. FAMILIA Y ESTADO EN LA ESTRUCTURA DE LA TUTELA

Nuestro Código civil, inspirándose en el modelo francés y alterando radicalmente los precedentes españoles, ha adoptado un sistema de tutela de familia. Esto quiere decir que los órganos tutelares son, ante todo, órganos familiares. En el Derecho francés anterior a la reforma de 1964, la tutela constaba de tres órganos: el *tuteur*, el *subroge tuteur* y el *conseil de famille*. Además, a algunos incapacitados podía nombrárseles un consejo judicial (*conseil judiciaire*).

La Ley número 64/1.230, de 14 de diciembre de 1964, reforma la regulación de la tutela contenida en el Código civil francés.

En opinión de CARBONNIER, el envejecimiento del capítulo de la tutela, que dicha ley trata de subsanar, se debe a una doble transformación, que ha afectado, de un lado, a la estructura de las familias, y de otro, a la gestión de los patrimonios.

Con el consejo de familia en el vértice del sistema, la tutela de 1804 aparecía como una institución de *lignage*, no de *menage*. Funcionaba por y para la familia, entendida en sentido amplio. Se estaba aún en una sociedad profundamente agraria, poco emigrante, en la que era fácil reunir a los parientes en la cabeza del Partido judicial. El Derecho tutelar, además, tenía un poco de Derecho sucesorio. El huérfano de aquel tiempo corría el riesgo estadístico de una mortandad terrible. De aquí, entre otros indicios, que el personaje del protutor apareciese como procurador de la línea de los parientes diversa de la del tutor.

Esta construcción se ha visto superada por el fenómeno designado por los sociólogos con el nombre de «resquebrajamiento» de la familia conyugal («nuclear», dicen algunos), reducida a los esposos y a los hijos

menores. Este «resquebrajamiento» lo demostraba por la profunda inoperatividad en la que habían caído las disposiciones del *Code*, salvo en algunas contadas provincias. Tan difícil era desplazar una montaña como reunir seis parientes. La familia conyugal aparece ahora como la base de la tutela, esforzándose la ley nueva en prescindir de los antecedentes sucesorios del Derecho tutelar. Gracias al cielo, son hoy los pupilos quienes entierran a sus tutores.

Por otra parte, las profundas transformaciones registradas en la economía, que han demostrado cómo, principalmente para los valores mobiliarios, la inmovilidad puede ser mortal, han influido, asimismo, en reforma de la regulación del organismo tutelar.

Estas son, para CARBONNIER, algunas de las causas que justifican la reforma. Respecto al encuadramiento del Derecho francés, a la luz de la reforma de 1964, dentro de los sistemas de tutela familiar o tutela de Estado, afirma el autor citado que permanece éste en una vía intermedia, apoyando decididamente el papel de la familia conyugal e introduciendo en su ayuda al juez tutelar.

El legislador ha querido así simplificar y agilizar el régimen de la tutela, pero el conjunto de las reglas sigue siendo complejo y bastante rígido. Esto puede constatare examinando las reglas sobre apertura, régimen de los órganos tutelares y funcionamiento de la institución.

a) Apertura. Se produce de pleno derecho (art. 390), pero depende de una decisión del juez.

b) Organos. En el Derecho francés, la tutela es tradicionalmente familiar y la Ley del 64 ha mantenido esta concepción. No obstante, deja un puesto a la tutela judicial, instituyendo el juez de las tutelas, sistema inspirado en el Derecho alemán, si bien el papel que se le confiere es de vigilancia de los organismos familiares (tutor, protutor y consejo de familia), que constituyen todavía los pilares fundamentales de la tutela.

Excepcionalmente, la tutela puede ser deferida al Estado. El tutor es, entonces, una autoridad administrativa. No hay protutor y el control de la gestión del tutor es paralelamente confiado a un órgano administrativo. Así sucede en dos casos: tutela vacante y tutela de expósitos.

En el Derecho alemán, la tutela la desempeña el tutor, bajo la vigilancia y dirección del Tribunal de Tutelas (*Vormundschaftsgericht*), cuyas facultades son amplísimas. Junto al tutor puede ser nombrado un protutor (*Gegenvormund*), y debe ser nombrado siempre que con la tutela vaya unida una administración patrimonial, a no ser que sea de escasa importancia o que para gestionarla se hayan nombrado varios tutores. Además, el Tribunal de Tutelas puede constituir un consejo de familia

(*Familienrat*) si el padre o la madre lo han ordenado o si lo pide un pariente del pupilo, el tutor o el protutor, y el Tribunal lo estima conveniente en interés del pupilo.

El Derecho español, lo hemos dicho ya, aceptó, en líneas generales, el sistema francés de tutela familiar, si bien en algunos casos ha vuelto al sistema de tutela judicial (matrimonio separado, ausencia, etc.). En general; el juicio que ha merecido a la crítica nuestro sistema tutelar es sumamente adverso.

1.º El sistema funciona mal. De hecho son muy pocas las tutelas regularmente organizadas. Los tutores legales se cuidan poco de organizar la tutela y a menudo, sobre todo cuando la fortuna del menor no es cuantiosa, se huye del aparato demasiado complicado de la tutela.

2.º El mecanismo de la tutela es demasiado complicado. Las formalidades requeridas señaladamente para las ventas y demás negocios jurídicos del menor son numerosas y onerosas. Si se las respeta, se producen gastos excesivos, y para evitarlas, se llega a menudo a situaciones en que se las descuida completamente, quedando el menor muchas veces sin protección eficaz.

3.º La protección de los intereses del menor es insuficiente. Los órganos de control del tutor no son eficaces. El protutor cumple de hecho muy raramente su función y dispone, además, de pocos medios para ello, sobre todo cuando el padre, la madre o el cónyuge son tutores legales. El consejo de familia tampoco es útil: su función no es permanente ni tiene muchas veces interés en su cometido.

La tutela es, pues, una institución necesitada hoy de una reforma profunda. Para ello se podría pensar en el abandono del sistema de tutela familiar y en la implantación de otro de tutela estatal o pública, atribuyendo las funciones de inspección, vigilancia y dirección a los Tribunales Tutelares de Menores, organismos administrativos que entre nosotros se hallan ya en funcionamiento, aunque con un cometido distinto y desigual.

Manteniéndose el sistema de tutela familiar habría que pensar en mejorar su organización y su eficacia, sobre todo a través de medidas legislativas que hicieran más sencillo y más eficaz su funcionamiento. Habría, ante todo, que asegurar una regular constitución de la tutela, para lo cual sería necesario imponer esta obligación al juez municipal, siempre que en el Registro civil que él mismo lleva conste el hecho causante de la tutela. Habría, además, que aumentar las facultades del tutor —el sistema liberal de la desconfianza, *qui custodes custodem*, es absurdo— y aumentar al mismo tiempo la responsabilidad por abuso de facultades (represión penal, etc.) y disminuir el número de vocales del

consejo (tres parientes con firma mancomunada o acaso dos serían suficientes para toda la tutela).

6. LA TUTELA DE HECHO

Hay tutela de hecho siempre que una persona ejerce las funciones de tutor sin tener derecho a ello. No hay que confundir esta hipótesis con la de tutela irregularmente constituida u organizada (por ejemplo, no se ha producido el hecho causante, no se ha nombrado protutor, etc.) ni con el supuesto de tutela putativa ejercida por una persona que aun equivocadamente, pero de buena fe, esté regularmente investida de las funciones de tutor ignorando el vicio de su título (por ejemplo, otro pariente preferente, nulidad del testamento en que se le designa, etc.).

El tutor de hecho es aquel que ejerce unas funciones tutelares sin haberle sido legalmente confiadas o el que continúa en el ejercicio de la tutela después de haber perdido su cargo (por ejemplo, tutor removido) o terminado la tutela (por ejemplo, mayor edad o muerte del pupilo).

El interés de la noción de la tutela de hecho, tal como hoy se la concibe, consiste en permitir al menor beneficiarse de las ventajas de una tutela regular, evitando que jueguen los principios menos ventajosos para él, de la gestión de negocios o del mandato, sin tener, por otra parte, que sufrir los efectos de la gestión del tutor de hecho. En las relaciones entre el tutor de hecho y el menor, aquél no puede prevalerse de las ventajas que tendría un tutor regular (por ejemplo, prescripción de cinco años), pero, en cambio, pesan sobre él todas las obligaciones que incumben a un tutor. Esta es la consecuencia de la falta por él cometida actuando antijurídicamente; la jurisprudencia francesa admite incluso que los bienes de un tutor de hecho están sometidos a la hipoteca legal a favor del menor.

Si el menor puede beneficiarse de las reglas protectoras de la tutela, no tiene, en cambio, que sufrir la gestión regular del tutor de hecho, pues todos los actos realizados por éste, a excepción de los actos meramente conservativos, son nulos por defecto de poder y no le pueden obligar. Esta nulidad es, evidentemente, perjudicial para los terceros de buena fe. Pero estos terceros podrán únicamente hacer desempeñar la responsabilidad del tutor de hecho y reclamarle indemnización de daños y perjuicios.

7. LOS SUJETOS DE LA TUTELA

La tutela, como institución compleja, está constituida por dos clases de sujetos: de una parte, las personas sometidas a tutela, y de otra, las personas que componen o constituyen el organismo tutelar.

A) *Personas sometidas a tutela*.—Es norma fundamental en el Código, según su artículo 199, que están sometidos a tutela los que reúnen dos condiciones: no estar bajo la patria potestad y tener restringida su capacidad de obrar, que esto es lo que el Código quiere decir con su poco técnica frase de ser «incapaces de gobernarse por sí mismos». Ahora bien, a pesar de esta expresión, la tutela no se extiende a todas las personas que de algún modo tienen limitada su capacidad de obrar. No hay, por ejemplo, tutela de las mujeres (tutela *mulierum*) ni de los quebrados o concursados no rehabilitados. La tutela se aplica a los menores y a las personas que, en virtud de causas especialmente previstas por la ley, han sido oficialmente declaradas como incapacitadas. No basta, como ahora veremos con mayor detenimiento, la existencia de una causa legal de incapacitación. Es menester, además, que la incapacitación haya sido judicialmente declarada. En segundo lugar, es menester, para que la tutela entre en juego, la inexistencia de patria potestad. La tutela es, desde este punto de vista, una institución supletoria de la patria potestad. Hay, pues, lugar a la tutela: a) cuando han muerto ambos padres; b) cuando ambos padres han perdido la patria potestad por incapacidad, ausencia, sentencia firme o providencia decretada en causa de divorcio; c) cuando la patria potestad se ha extinguido por disposición de la ley (v.gr., por tener veintiún años el incapacitado).

Desenvolviendo estos principios, el artículo 200 señala las personas que están sometidas a tutela:

1.º «Los menores de edad no emancipados legalmente», siempre que no estén bajo patria potestad, habría que añadir, concordando con el artículo 199. Sin embargo, aun después de esta concordancia tampoco resulta enteramente exacto el párrafo primero del artículo 200, porque respecto de los menores emancipados legalmente, sea por matrimonio (artículo 59), por concesión del padre o de la madre (art. 317), por concesión de la Patria (D. L. de 7 de marzo de 1937) o por habilitación de edad, subsiste una tutela, que se puede calificar de restringida o menos plena y también de transitoria o intermitente (porque sólo funciona para autorizar determinados actos) y de unipersonal o simple (porque, según ha declarado el Tribunal Supremo, no requiere la constitución de todo el organismo tutelar).

2.º «Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos». Como antes decíamos, pese a la dicción del texto legal, no basta la demencia o la locura para que se constituya la tutela. Es, además, necesario que haya recaído, con base en la enfermedad mental, una declaración judicial de incapacitación. Algunos autores pretenden también que hay que entender comprendidos en este precepto a los idiotas o imbeciles (ya que el art. 32 menciona la imbecilidad entre las causas restrictivas de la capacidad) y, en general, toda clase de personas que padezcan una perturbación o decadencia de sus facultades mentales, siempre que, conforme a la fórmula del artículo 199, les incapacite para regirse por sí mismos, ya que, en este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que «en este número de halla también comprendida la tutela del retrasado mental» (sentencia de 5 de marzo de 1947).

3.º «Los sordomudos que no sepan leer ni escribir.»

4.º «Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos.»

5.º «Los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil.»

Desde el punto de vista de la persona sometida a tutela, se plantea el problema de si una *pluralidad de tutelados* puede estar sometida a una única tutela. Nuestro Código no ha contemplado de una manera directa este problema. El segundo párrafo del artículo 208, al decir que «en caso de duda se entenderá nombrado un solo tutor para todos los hijos y se discernirá el cargo al primero de los que figuren en el nombramiento», parece permitir la pluralidad de tutelados en una misma y exclusiva tutela. Esto resulta evidente cuando la tutela ha sido organizada por el padre o por la madre mediante una disposición por causa de muerte. El padre y la madre pueden nombrar un tutor distinto a cada uno de sus hijos o pueden también nombrar un único tutor y un solo organismo tutelar para todos ellos. Cuando la constitución de la tutela se haga en virtud de la ley, parece posible también una pluralidad de tutelados, siempre y cuando los diversos tutelados sean entre sí hermanos de doble vínculo, pues en este caso los parientes llamados al ejercicio de la tutela serán para todos ellos los mismos. Pueden, en cambio, ser distintos cuando se trate de medio hermanos, por ejemplo, por ser diferente el abuelo paterno (art. 211). Lo que no parece existir de ninguna manera son términos hábiles para que se produzca una pluralidad de tutelados dentro de una única tutela, cuando los diversos tutelados no sean hermanos.

B) *Organos de la tutela*.—La tutela, como institución compleja, está constituida por dos clases de personas: las sometidas a ella y las que componen o constituyen el organismo tutelar. La tutela es, ante todo, un organismo, una organización. Por ello, las personas que la componen

pueden ser, con arreglo a las funciones específicas que a cada una de ellas se señalan, calificadas como «órganos». La idea de órgano, recibida del Derecho público, tiene una amplia aplicación dentro del campo del Derecho de familia.

Los órganos de la tutela están enumerados en el artículo 201 del Código civil. La tutela—dice—se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia. Los órganos de la tutela son, por tanto:

1.º El tutor es un órgano unipersonal: un solo tutor, dice categóricamente el artículo 201, que, según se ha dicho (R. D. G. R., 18-XII-1900), ha venido a derogar la antigua doctrina legal, según la cual, la tutela podía ser ejercida por varios tutores conjuntamente (OSO-RIO). Sin embargo, ni este artículo ni ningún otro se oponen a que el tutor confiera poder a terceras personas para que realicen actos jurídicos concretos en nombre y por cuenta del menor. El tutor es, como digo, un órgano de carácter unipersonal, a quien se encomienda la representación legal de tutelado y la gestión y administración de su patrimonio.

2.º El protutor es un órgano de carácter unipersonal también, a quien se encomiendan funciones de vigilancia y de alta inspección de la tutela.

3.º El Consejo de Familia es un órgano pluripersonal o colegiado, a quien se confía la dirección del funcionamiento del organismo tutelar.

4.º Además de los enumerados en el artículo 201, es también un órgano de la tutela la autoridad judicial. A pesar del espíritu del Código, que desarrollando la base 7.ª e inspirándose en el sistema francés trató de sustituir el principio de tutela judicial, que había inspirado nuestro antiguo Derecho, por el principio de tutela familiar, atribuyendo al consejo de familia todas las facultades que la antigua legislación atribuía al poder judicial, continúa éste desempeñando en el ejercicio de la tutela importantes funciones.

a) Según lo dispuesto en el artículo 203, los jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas a tutela proveerán al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otros encargados de esta obligación, y si no lo hicieren serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados.

b) Conforme al artículo 293, si el Ministerio Público o el Juez Municipal tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna de las personas a que se refiere el artículo 200, pedirá el primero y ordenará el segundo, de oficio o a excitación fiscal, según los

casos, la constitución del Consejo de Familia. El Juez Municipal—dice el último párrafo de este artículo—citará a las personas que deseen formar el Consejo de Familia, haciéndoles saber el objeto de la reunión y el día, hora y sitio en que ha de tener lugar. La junta para la formación del Consejo de Familia será presidida por el Juez Municipal (art. 300).

El Consejo de Familia de los hijos ilegítimos lo preside el Fiscal Municipal (art. 302).

c) A la autoridad judicial corresponde la decisión definitiva en todas las materias de la tutela. De las decisiones del Consejo de Familia—dice el artículo 310—pueden recurrir ante el Juez de Primera Instancia los vocales que hayan discutido de la mayoría al votarse el acuerdo.

d) Al Presidente de la Audiencia Territorial, previa audiencia del Fiscal, corresponde dar su aprobación al beneficio de la mayor edad concedido por el Consejo de Familia (art. 322).

e) Una intervención importante y eficaz de la autoridad judicial y administrativa en el ámbito de la tutela es la confiada a los Tribunales Tutelares de Menores en la ley especial de esta materia.

A estos Tribunales se les ha encomendado, entre otras funciones, «la protección jurídica de los menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación».

En el ejercicio de esta facultad protectora, el Tribunal puede adoptar medidas de requerimiento, de imposición de vigilancia o de suspensión del derecho de los padres o *tutores* a la guarda y educación del menor, ordenando incluso que éste sea confiado a otras personas o entidades.

Estos acuerdos se refieren sólo a la guarda y educación de la persona del menor y no producen, en principio, ningún efecto en cuanto a los bienes. No obstante, si el Tribunal adquiere el convencimiento de la necesidad de suspender el derecho a la administración de tales bienes, debe participar los hechos al Ministerio Fiscal, al efecto de que éste promueva el procedimiento que corresponde ante el Tribunal civil.

8. LA CONSTITUCION DE LA TUTELA

La constitución de la tutela comprende una serie compleja de hechos y de operaciones jurídicas destinadas a dar nacimiento al organismo tutelar. Hay una serie de hechos y de operaciones complejas, que el análisis debe distinguir cuidadosamente: a) el hecho causante de la tutela; b) la entrada en vigor de un negocio jurídico de ordenación de la tutela; c) la delación de la tutela y designación de sus componentes;

d) la formación de la tutela en sentido estricto; e) la inscripción de la tutela; f) el comienzo del funcionamiento de la tutela.

A) *El hecho causante de la tutela.*—El primer supuesto necesario para la constitución de la tutela es la producción de alguno de los hechos jurídicos que la causan. A este «hecho jurídico» se refiere el artículo 293, cuando habla del «hecho que da lugar a la tutela». Este acontecimiento funciona como *conditio juris* de la tutela, hasta el punto de que la tutela no puede constituirse sino cuando este hecho se ha producido. Una tutela constituida sin haberse producido el hecho causante o sobre una errónea apariencia del hecho causante sería ineficaz y jurídicamente nula. Su régimen jurídico habría que llevarlo a la tutela de hecho, que ya hemos estudiado. El hecho causante es tomado, desde el punto de vista de la tutela, como un simple hecho jurídico, independientemente de que, desde otro punto de vista, merezca otra calificación (acto jurídico, resolución judicial, etc.).

El hecho causante de la tutela puede ser:

1.º La orfandad de un menor de edad. La orfandad ha de ser completa cuando sobre el menor tuvieran potestad ambos padres. Basta, en cambio, la orfandad respecto del titular de la patria potestad cuando sólo uno de los padres la ostentara. Por ejemplo: hijo natural reconocido sólo por uno; hijo legítimo, cuando uno de los padres había sido con anterioridad privado de la potestad o incapacitado, etc.

2.º La declaración de ausencia o de fallecimiento del titular de la patria potestad. Es ésta una tutela de características muy especiales, en la cual parece nuestro Derecho positivo volver al sistema de tutela judicial por el carácter interino. Efectivamente, conforme al artículo 2.034 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si el padre *desaparecido* tuviere hijos menores de edad, recaerá en la madre el ejercicio de la patria potestad, a no ser que el Juzgado aprecie la concurrencia de razones graves para no acceder a dicha solicitud. Según el artículo 2.035, si el desaparecido fuese viudo y tuviere hijos menores, el Juzgado, a instancia de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, proveerá a aquéllos de un tutor, que actuará por sí solo, sin necesidad de protutor ni de Consejo de Familia, supliendo la licencia judicial las autorizaciones que en sus casos respectivos correspondieran a dicho Consejo.

3.º Hechos causantes de la tutela pueden ser también los supuestos previstos en los artículos 169 y 170 como causas de privación o de suspensión de la patria potestad, y en el caso de matrimonio separado, la hipótesis prevista en el artículo 73.

4.º Un hecho causante de la tutela es, finalmente, la resolución judicial constitutiva del estado civil de incapacitación.

La producción del hecho causante de la tutela origina un deber de comunicación. «Están obligados—dice el párrafo segundo del artículo 293—a poner en conocimiento del juez municipal el hecho que da lugar a la tutela en el momento en que lo supieren: el tutor testamentario, los parientes llamados a la tutela legítima y los que por ley son vocales del consejo, quedando responsables, si no lo hicieren, de la indemnización de daños y perjuicios.» Se trata de un deber jurídico de carácter público: efectuar una denuncia a la autoridad estatal. Por ello, el deber no existe cuando la autoridad estatal tenga ya conocimiento del hecho por otro conducto (v.gr., en la tutela de incapacitados; cfr. art. 228 del Código civil).

Es, además, un deber jurídico de urgente cumplimiento («en el momento en que lo supieren»). Esta urgencia debe entenderse de arreglo con la buena fe y con la diligencia media. Así, se ha dicho que «ya se atiende al sentido gramatical de la frase adverbial que usa la ley, ya al fundamento legal que la dictó, el espacio de tiempo que medie entre la noticia del hecho que determina la tutela y el en que se cumple el precepto de la ley ha de ser tan próximo e inmediato como aconseja la prudencia del hombre más escrupulosamente exacto en el cumplimiento de sus obligaciones» (sentencia de 1 de mayo de 1894). Pero—se ha dicho también—«debe armonizarse la urgencia con que el legislador quiere que se provea a la protección de la persona y bienes del menor o incapacitado, con la realidad de las cosas y con la práctica de aquellas diligencias previas que sean necesarias para saber las disposiciones del testador en orden a la tutela, y para conocer los parientes llamados a constituir el consejo de familia y cuantos otros antecedentes sean indispensables para que el organismo tutelar quede formado, según las circunstancias de cada caso» (sentencia de 18 de junio de 1923). La sanción por el incumplimiento de este deber de notificación es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan seguido como consecuencia de la falta de constitución de la tutela. Además, el infractor queda inhabilitado para ser tutor (art. 237, 11) o protutor y vocal del consejo de familia.

B) *El negocio jurídico de ordenación de la tutela.*—El segundo ingrediente importante para comprender el proceso de constitución de la tutela es el negocio jurídico de ordenación de la misma. El régimen jurídico de la tutela aparece ordenado no sólo por las normas legales, sino también por una serie de disposiciones negociales. Se habla, para referirse a este fenómeno, de «tutela testamentaria». El tema ha sido insuficientemente estudiado, porque sólo es contemplado desde el punto de

vista de la designación de tutor (art. 206), cuando su contenido es en rigor mucho más amplio, pues abarca, por de pronto, el nombramiento de protutor (art. 206), el nombramiento de los vocales del consejo de familia (art. 294), las disposiciones necesarias sobre habilidad del tutor cuando tenga un litigio pendiente o adeude sumas de consideración (artículo 237, 9 y 10), la exención o la limitación en la prestación de fianza (art. 260), las disposiciones sobre alimentos y educación del tutelado (art. 264, 1), pensión alimenticia (art. 268), determinación de la carrera u oficio del menor (art. 269, 2) y de la remuneración del tutor (artículo 276), etc. Además, sólo ha sido contemplado desde el punto de vista testamentario, cuando es posible admitir su estructuración como negocio jurídico de carácter autónomo.

El negocio jurídico de ordenación de la tutela es una declaración de voluntad, en virtud de la cual, la ley permite a determinadas personas un poder de configuración de la tutela de otras.

¿Cuál es el ámbito o la esfera de aplicación de este negocio jurídico de ordenación de la tutela? No cabe duda que es admisible su aplicabilidad respecto de la tutela de los menores de edad causada por la orfandad completa de éstos. Mayores dudas suscita su aplicación a la tutela de los incapacitados y menores cuando su constitución obedezca a una causa distinta del fallecimiento de los padres.

En favor de una aplicación extensiva de la tutela testamentaria se encuentra el tenor literal de los artículos 206 y 207. Efectivamente, el primero de los preceptos citados dice que «el padre puede nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los *mayores incapacitados*», y el artículo 207 señala que «también puede nombrar tutor a *los menores o incapacitados* el que les deje herencia o legado de importancia». Todavía en el artículo 209 se habla del tutor «nombrado por el extraño que hubiere instituido heredero al *menor o incapaz*».

En contra, en cambio, se ha observado: 1.º, que la ampliación del poder de nombrar tutor en el caso de los incapacitados supone atribuir al padre un poder excesivo, derogando una orden legal imperativa y burlando los derechos del cónyuge como tutor nato (arts. 220 y 230); efectivamente, si el cónyuge es tutor nato (prescindiendo de los pródigos), con preferencia el padre, no se comprende bien que éste, pospuesto en el ejercicio de la tutela, pueda, sin embargo, atribuirla a una persona extraña; 2.º, que respecto de los menores, si la tutela se constituye por privación de la patria potestad, es incongruente que el privado de la patria potestad pueda, sin embargo, configurar la ordenación de la tutela; 3.º, que el negocio de ordenación de la tutela está configurado en nuestro Derecho positivo como un negocio *mortis causa*, lo cual se con-

cilia bastante mal con la eficacia de este negocio jurídico durante la vida de su autor.

Por todas estas razones, un sector de la doctrina propende hoy a limitar el ámbito de actuación de la tutela testamentaria a la de los menores originada por el fallecimiento de los padres.

Esta solución es, sin embargo, a nuestro juicio, demasiado estrecha: 1.º, porque nada obsta que a la misma solución pueda llegarse en los casos de ausencia y declaración de fallecimiento, tanto más cuanto que en este último supuesto se abre la herencia del declarado fallecido; 2.º, porque si bien es cierta la observación de que el padre no puede impedir mediante una disposición testamentaria la tutela del cónyuge del incapacitado; o la madre, la tutela del padre, o un extraño, la tutela de un pariente legítimo, no se ve, en cambio, inconveniente para que el padre, llamado por la ley al ejercicio de la tutela legítima de un incapaz soltero, designe a su fallecimiento el sucesor en dicha tutela.

El ámbito de aplicación de la tutela testamentaria podría quedar circunscrito así:

a) *Los padres pueden ordenar la tutela de sus hijos menores únicamente para el caso de muerte y, por extensión, de declaración de su fallecimiento.*

b) *Respecto de sus hijos incapacitados, los padres pueden designar un sucesor en la tutela que ellos hubieren efectivamente ejercido como tutores legítimos.*

Al extraño le son, *pari passu*, aplicables las mismas ideas.

Un segundo problema, importante también y profundamente sugestivo, es el de la naturaleza jurídica de este negocio. Sin haberse planteado el problema de una manera decidida, la mayor parte de la doctrina parece inclinarse por un carácter testamentario. Otros autores, por el contrario, lo conceptúan como un acto de última voluntad distinto del testamento: lo que se ha llamado contenido extrapatrimonial o contenido atípico del testamento (GIAMPICOLI). En realidad, el problema es, más que nada, terminológico. Si llamamos testamento a todo negocio de última voluntad, no cabe duda que la designación de tutor y la ordenación de la tutela es un negocio testamentario. En cambio, si reservamos la calificación de testamento únicamente para los actos de disposición de bienes por causa de muerte, en la ordenación de la tutela habrá un negocio de última voluntad, pero no un testamento.

En cualquier caso, lo que parece claro es que a este negocio jurídico pueden señalársele tres caracteres fundamentales:

1.º Es un negocio jurídico unilateral, porque está formado por una sola declaración de voluntad. No es admisible un convenio sobre ordenación de la tutela. El negocio tiene, además, carácter no recepticio. La declaración de voluntad gana sustantividad e independencia sin necesidad de ser recibida por un especial destinatario.

2.º Es un negocio jurídico *mortis causa*, en el sentido de que es la *contemplatio mortis* su principal motivación y que debe surtir sus efectos después de la muerte del declarante. No es admisible, por ello, lo vimos ya, un negocio de ordenación de la tutela que surta sus efectos durante la vida del disponente.

3.º Se encuadra, en general, dentro del ámbito de los negocios jurídicos del Derecho de familia, y esto le imprime una peculiar configuración (ámbito de autonomía de la voluntad, capacidad, legitimación, forma, determinaciones accesorias de la voluntad, etc.).

El problema más importante es, sin embargo, la aplicación extensiva de los principios y normas que componen el régimen jurídico del testamento (por ejemplo, carácter personalísimo, forma, interpretación, etc.). Se trata de un problema delicadísimo, que, a mi juicio, hay que resolver en favor de la interpretación extensiva.

La ley no pone ningún límite a la legitimación para ordenar la tutela. Pueden hacerlo el padre o la madre del tutelado o un extraño. La legitimación del extraño se hace depender de una condición: que se deje al tutelado «herencia o legado de importancia». La apreciación de esta importancia es cuestión que queda en cada caso al prudente arbitrio judicial. El Tribunal Supremo ha dicho varias veces que la estimación de si una manda reviste o no importancia es de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora. En este sentido se ha declarado también que «puede el abuelo nombrar tutor por testamento a sus nietos huérfanos, aunque sólo les deje la legítima estricta y ésta sea bastante inferior a la fortuna de los menores».

En cuanto a la facultad del padre y de la madre, aparece en nuestro Derecho como incondicionada. En rigor, sólo debiera admitirse la legitimación de aquel de ellos que últimamente falleciera, pues a la muerte del primero no hay en realidad apertura de la tutela, sino ejercicio por el viudo de la patria potestad. Sin embargo, esta solución—el tutor lo nombra el último que fallece—no tiene apoyo en nuestro Derecho, como lo tiene, por ejemplo, en el Derecho italiano. Se planteará, como luego veremos, un problema de eficacia de la disposición negocial: no es inmediatamente eficaz, porque a la muerte del disponente no hay todavía tutela. Pero esto no tiene nada que ver con la legitimación.

En cuanto a la capacidad, creemos aplicables las normas del testa-

mento. Para el documento privado sólo son capaces los mayores de edad. En cambio, en documento público basta la edad de catorce años.

De la misma manera debe entenderse que son aplicables las normas sobre carácter personalísimo del testamento e imposibilidad de representación.

También en materia de forma son aplicables las normas testamentarias: ológrafo, con todos sus requisitos, o testamento notarial, con todas sus solemnidades (testigos, etc.). Esta exigencia resulta indudable cuando el negocio contiene disposiciones de carácter patrimonial, pero resulta un tanto extraña cuando el disponente se limita a ordenar la tutela (por ejemplo, en un documento privado que no reúne los requisitos del ológrafo, en una escritura pública sin testigos, etc.).

Contenido.—Ya con anterioridad hemos visto aquellos puntos de que el Código civil declara decisiva la voluntad del disponente (206; 237, 9 y 10; 260; 264; 269, 2; 276; 294; 298, etc.). Lo que tenemos que preguntarnos ahora es si el poder de ordenación del disponente de la tutela se limita a estos puntos en que la ley permite su decisión o si, por el contrario, puede extenderse a otros casos, ampliando o reduciendo el campo de aplicación de las normas legales sobre tutela. En otras palabras, esto equivale a preguntarse si la ordenación legal de la tutela tiene carácter imperativo o dispositivo. Se trata de un problema que habrá que decidir en cada caso concreto teniendo en cuenta el sentido y la finalidad que las normas pongan y el interés preponderante de la protección del tutelado, inclinándose en caso de duda por la imperatividad de las normas legales que están más en consonancia con las características generales del Derecho de familia, según hemos visto en otro lugar.

Eficacia.—Según hemos apuntado ya, la eficacia de este negocio jurídico está condicionada por la suma de dos condiciones (muerte del disponente, apertura de la tutela). No basta la concurrencia aislada de alguna de ellas. No basta sólo la muerte del disponente si al ocurrir esto hay personas llamadas a ejercer la patria potestad. Así, por ejemplo, la sentencia de 9 de junio de 1916 dijo que «no pueden tener efecto los nombramientos del tutor y protutor designados en testamento habiendo padre que tenga la patria potestad sobre los menores». De la misma manera, no basta la apertura de la tutela si en esta fecha el disponente no ha fallecido todavía (v.gr., el causante extraño), pues el artículo 207 lo hace depender de la aceptación de la herencia (v.gr., el padre privado de la patria potestad).

El artículo 209 resuelve la hipótesis de que por varias personas se hayan designado tutores y protutores estableciendo un sencillo orden de

preferencia. Son preferidos por este orden: el padre, la madre o el extraño. La preferencia entre extraños se decide según que haya dejado al menor herencia o legado, siempre que ambos sean de importancia. Si varios se hallaren en el mismo caso, decide el consejo de familia.

c) *La delación de la tutela y la designación efectiva de sus componentes.*—La delación de la tutela es el efectivo llamamiento a determinadas personas para ocupar sus cargos en el organismo tutelar. Esta delación, dice el artículo 204, se produce de tres maneras: por testamento, por la ley y por el consejo de familia. Se distinguen tres tipos de tutela: la testamentaria, la legítima y la dativa. Las relaciones entre tutela testamentaria y tutela legítima, que no significa absoluta preferencia de la primera, han quedado ya estudiadas.

Los llamamientos legales a la tutela están establecidos en los artículos 211, 220, 227, 230, 233 y 294. Normas especiales se dictan respecto a los acogidos en instituciones benéficas (arts. 212 y 303).

d) *La formación de la tutela en sentido estricto.*—En nuestro antiguo Derecho, la constitución de la tutela era un acto eminentemente judicial. Consistía en una o varias disposiciones o providencias adoptadas por los órganos jurisdiccionales. Todavía en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil se conserva entre los actos de jurisdicción voluntaria (arts. 1.833 y sigs.) el procedimiento de conferir estos cargos. Estos artículos 1.833 y siguientes se estiman derogados por el Código civil, que suprimió la curatela como institución específica, dejando, por tanto, sin contenido las secciones que trataban del nombramiento de curadores para los bienes, de curadores ejemplares, de curadores para pleitos, etc., e introdujo en la reglamentación de la tutela radicales innovaciones (protutor, consejo de familia, principio de tutela de familia, etc.).

Sin embargo, subsiste el carácter judicial del acto de la constitución de la tutela como organismo. La tutela se forma en virtud de una diligencia judicial, que merece ser encuadrada dentro de los actos de jurisdicción voluntaria.

El acto definitivo de constitución de la tutela es la junta para la formación del consejo de familia. Se trata de una junta celebrada ante la presencia judicial y bajo la presidencia del juez municipal. Es, pues, un acto de carácter netamente procesal con apelación ante juez de Primera Instancia. Celebrada regularmente esta junta, el consejo de familia entra en funcionamiento (art. 301), nombra al protutor y, en su caso, al tutor, y les da posesión de sus cargos (art. 261).

Según la jurisprudencia (cfr. sentencia de 6 de abril de 1916), si en la celebración de la junta se hubiere incurrido en alguna irregularidad,

los interesados pueden demandar la nulidad de lo actuado. Sin embargo, el artículo 296 dispone que los Tribunales subsanan la nulidad que resulte de la inobservancia de los preceptos legales, si no se debiera a dolo, sin causarle perjuicio a la persona o bienes del sujeto a tutela, pero reparando el error cometido en la formación del consejo.

Interpretando el precepto legal mencionado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dicho que este artículo autoriza a los Tribunales, de la manera más absoluta, para subsanar las nulidades y reparar los errores en que se hubiera incurrido (17 de junio de 1943), y que la nulidad del nombramiento de un vocal del consejo no lleva necesariamente consigo la de éste ni la de todos los acuerdos en que dicho vocal intervino (1 de octubre de 1903, 6 de abril de 1916).

e) *La inscripción de la tutela.*—El Código civil, en sus artículos 288-292, preveía la creación en los Juzgados de Primera Instancia de un registro de tutelas, donde se contuviera: 1.º, el nombre, apellidos, edad y domicilio del menor o incapaz y la extensión y límite de la tutela cuando haya sido judicialmente declarado incapaz; 2.º, el nombre, apellidos, profesión y domicilio del tutor y la expresión de si es testamentario legítimo o dativo; 3.º, el día en que haya sido deferida la tutela y prestada la fianza exigida al tutor, expresando, en su caso, la clase de bienes en que la haya constituido, y 4.º, la pensión alimenticia que se haya asignado al menor o incapaz o la declaración de que se han compensado frutos por alimentos.

¿Qué eficacia producía esta inscripción en el Registro de Tutelas? Es un asunto sumamente dudoso. El Código la miraba, más que nada, como una condición de la entrada del tutor en el desempeño de sus funciones. El tutor—dice el artículo 205—no entrará en el desempeño de sus funciones sin que su nombramiento haya sido inscrito en el Registro de Tutelas. Las inscripciones se limitaban, como se ve, al cargo de tutor, sin alcanzar a los demás componentes del organismo familiar, y no tenían en ningún caso carácter constitutivo. Sin embargo, parece la inscripción como un título de legitimación, en el sentido de que el tutor inscrito representa legalmente al tutelado frente a los terceros que pueden confiarse en la inscripción, y que el tutor no inscrito no puede alegar su cualidad frente a estos mismos terceros. Por otra parte, al suponer un obstáculo al comienzo del desempeño de la tutela (art. 205), la actuación del tutor no inscrito es irregular, pero la ley no lo considera causa bastante de remoción (cfr. art. 238, 2.º).

La Ley de 8 de junio de 1957 ha orientado la inscripción de la tutela en un sentido distinto. La tutela tiene ahora acceso al Registro Civil (artículos 1, 8.º, y 88). En este sentido, la disposición final primera de la

ley determina de una manera categórica la incorporación del Registro de Tutelas al Registro Civil.

Conforme a los artículos 88 y 89 de la Ley de Registro Civil, en la sección 4.^a del Registro Civil del domicilio de la persona sometida a tutela se inscribe el organismo tutelar. La ley no atribuye a esta inscripción carácter constitutivo, aunque acaso hubiera sido conveniente. Por ello hay, más que nada, un deber jurídico de carácter público de promover la inscripción (art. 24), y un título probatorio que, en ocasiones, funciona como título de legitimación. En este sentido, el artículo 1 de la L. R. C. se limita a decir que las inscripciones relativas a tutelas producen los efectos establecidos en esta ley y los que el Código civil señala para la toma de razón en el Registro de Tutelas.

Sobre lo que es objeto de anotación, *vid.* artículo 283 del R. R. C., y sobre los títulos inscribibles, *vid.* artículo 286 del R. R. C.

f) *El comienzo del funcionamiento de la tutela.*—En realidad, la tutela comienza a funcionar desde el momento mismo de la constitución del consejo de familia (cfr. art. 301). Sin embargo, el funcionamiento normal de la tutela presupone, además, el discernimiento del cargo al tutor y al protutor y el cumplimiento por el primero de una serie de condiciones: inscripción (art. 205), nombramiento de protutor (art. 234) y prestación de fianza (art. 252).

Durante este período provisional, la gestión de la tutela puede llevarla por sí mismo el consejo de familia o el protutor, en el caso de que el tutor no esté todavía en condiciones de comenzar su desempeño.

9. MODIFICACIONES DE LA TUTELA. SUPUESTOS DE MODIFICACION

La tutela queda modificada normalmente por los cambios de las personas que integran el organismo tutelar.

Como causas de esta modificación pueden tomarse en consideración:

a) El fallecimiento, la incapacidad sobrevenida o la remoción del tutor (art. 238). En estos casos queda la «tutela vacante». Sobre tutela vacante, confróntese artículos 240 y 236, 4.º Se debe entonces proceder al nombramiento de un nuevo tutor siguiendo las mismas normas de la delación (testamentario si hubiese sustituto, cfr. art. 208; legítimo, o dativo).

b) La renuncia al cargo de tutor en virtud de causa legítima y debidamente justificada (cfr. 202).

c) La aparición de un tutor con preferente derecho (cfr. art. 210) para el caso de tutela testamentaria.

d) La nulidad del nombramiento.

Las mismas causas son aplicables al protutor.

De los cambios que pueda experimentar el consejo de familia en las personas de sus miembros durante el funcionamiento nada dice el Código civil. Sabemos que las causas de inhabilidad y de remoción son aplicables (art. 298), pero nada se dice respecto del modo de cubrir las vacantes. Parece por ello que deberá seguirse el mismo criterio que para la constitución del consejo, esto es, el nombramiento judicial.

Como vicisitudes de la tutela pueden citarse también el tránsito de tutela plena a tutela restringida (v.gr., en emancipación o habilitación de edad), y el tránsito de una tutela especial a la tutela normal (v.gr., en caso de desaparición del padre y en el de separación de los cónyuges).

Por último, en los supuestos de tutela graduable por incapacitación, queda modificada la tutela al ampliarse o restringirse el ámbito de poder del incapacitado.

10. LA EXTINCION DE LA TUTELA

Nuestro Código civil dedica a este tema los artículos 278 y 313. Con arreglo al primero, «concluye la tutela: 1.º, por llegar el menor a la edad de veintinueve años, por la habilitación de edad y por la adopción; 2.º, por haber cesado la causa que la motivó, cuando se trata de incapaces, sujetos a interdicción o pródigos». Por su parte, el artículo 313 señala que el consejo de familia se disolverá en los mismos casos en que se extingue la tutela.

Sistematizando las causas de extinción, podríamos establecer:

a) La mayoría de edad plena. En este caso, la tutela queda plenamente extinguida. Una tácita continuación sólo tendría sentido como contrato de mandato o como gestión de negocios.

b) La habilitación de edad, el matrimonio del menor y la emancipación por concesión de la patria potestad (tránsito de tutela plena a tutela restringida).

c) La adopción del menor, desde el momento en que entraña su sumisión a la patria potestad del padre adoptante.

d) Aunque el Código no los menciona de una manera expresa, hay que incluir también aquí los casos de reaparición del ausente o del de-

clarado fallecido y las demás hipótesis de recuperación de la patria potestad por el padre privado de ella (extinción de la incapacitación, reconciliación de cónyuges separados, levantamiento de penas, etc.), así como la terminación de la quiebra.

e) Finalmente, la desaparición de la incapacitación del tutelado, declarada por resolución judicial firme.

En todos estos casos cesa el estado civil de persona tutelada. El tutelado se gobierna por sí mismo o pasa de nuevo a patria potestad. Los órganos de la tutela deben rendir cuentas de su gestión y responden de las irregularidades y de los daños y perjuicios. Al pupilo le asisten, además, especiales acciones rescisorias (art. 1.291, 1.º). Las inscripciones registrales deben cancelarse, aunque sobre esto nada diga la Ley de Registro Civil.

Lo realizado por los órganos de la tutela después de la extinción constituye extralimitación.

11. EL CONSEJO DE FAMILIA. CONCEPTO. NATURALEZA JURIDICA

Un estudio detenido del consejo de familia no ha sido todavía realizado en el Derecho español. Y, sin embargo, pocas instituciones presentan un interés, teórico, sobre todo, cuando se las somete a un estudio crítico detenido y metódico.

Ante todo, sabemos ya que el consejo de familia es en nuestro Derecho uno de los órganos de la tutela, no ciertamente de toda especie de tutela, pero sí de la tutela en general. Funcionan, por ejemplo, sin consejo de familia la tutela de los menores cuyos padres tienen pendiente un procedimiento de separación (art. 69 del Código civil); la de los menores cuyo único padre se encuentra desaparecido en ignorado paradero, cuando se adoptan las llamadas medidas provisionales en caso de ausencia o defensa del desaparecido (arts. 181 C. d., y 2.034 E. C.). Tampoco funciona el consejo de familia en la tutela de los emancipados (artículo 317, etc.).

Nuestro Código civil, sin embargo, considera al consejo de familia como un instrumento general a toda tutela. «La tutela—dice el artículo 201—se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del *consejo de familia*.» Consejo de familia es, pues, un cierto número de personas a quienes la ley coloca en una determinada situación, concediéndoles unas atribuciones e imponiéndoles unos deberes y una conjunta actuación, respecto a la tutela de otra.

a) Consejo de familia son, por tanto, varias personas. Podemos decir, desde este punto de vista, que el consejo de familia es una situación jurídica plurilateral. Lo llamamos situación jurídica porque el consejo de familia no da lugar a especiales vínculos de derecho entre las personas que se encuentran en esta dada situación, que coinciden de ella. En cuanto a estas personas, dentro de esta situación tienen asignado un cometido idéntico, podemos decir que forman un grupo o una agrupación.

b) Todo el contenido—poderes y deberes—que confluye en esta situación jurídica está dirigido a la realización de la finalidad tutelar y protectora que es propia de la tutela, es decir, se dan o se atribuyen no en interés de sus propios titulares, sino en interés del protegido fundamentalmente y, en definitiva, en interés de la sociedad. Esto significa que los poderes conferidos a los componentes del consejo de familia no son derechos subjetivos, sino potestades familiares, es decir, medios instrumentales para la realización de una función. La tutela es, como ya habíamos visto, ante todo, una función, y los encargados de ella, «funcionarios». El consejo de familia es, pues, desde este punto de vista, una parcela de la función tutelar. Sus componentes son funcionarios, personas que desempeñan un «cargo». Se llega por este camino a la idea del «oficio» o «cargo de Derecho privado», que apuntó MESSINEO en 1923, al estudiar la figura del albacea en su *Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria*, y que más recientemente ha recogido BETTI en varios de sus estudios. Un cargo consiste en una suma de atribuciones y deberes jurídicos que se conceden a una o a varias personas en orden al interés ajeno, como antes hemos dicho, ya que contrasta con la idea de derecho subjetivo privado, entendida en su tradicional sentido de poder conferido al individuo en orden a sus típicos y propios intereses. En el oficio de derecho privado se ejerce, aunque sea en nombre propio, una función en interés ajeno, conforme a un deber jurídico y en virtud de un poder atribuido para ello.

c) Ahora bien, la realización de una función es, en general, algo bastante complicado. Es necesaria la creación de una estructura formal de carácter estable y, por tanto, de una organización. Una organización existe siempre que una serie de elementos materiales y corporales se disponen adecuadamente para la consecución de un fin. Esta estructuración y disposición de elementos materiales y personales para la realización de una función hace necesaria una distribución de competencias, una delimitación de cometidos. La persona o personas con un cometido determinado dentro de una organización pueden sin dificultad llamarse «órganos». El consejo de familia es, pues, un órgano familiar y un órgano tutelar.

d) La reunión de las dos notas hasta ahora estudiadas—pluricidad organizada—nos llevaría inmediatamente a la conclusión de que el consejo de familia es un órgano colegiado, un *collegium*. Es quizá una de las pocas formas claras de *collegium* dentro del Derecho privado. Por esto, el consejo de familia recuerda siempre un poco, salvadas, naturalmente, las distancias, al Consejo de Administración de una sociedad mercantil. La idea de *collegium* nos lleva, en cambio, en seguida al Derecho público, que conoce una floración inmensa de formas colegiales. La colegialidad ha hecho, desde luego, a algunos autores pensar en el Derecho público y pretender que el consejo de familia debe ser llevado a este campo. Esta idea, que se encuentra ya en Cicu, ha sido posteriormente muy desarrollada. Efectivamente, aquí nos encontramos frente a un fenómeno de carácter transindividual, que desborda el Derecho privado. En este último se toma en consideración de una manera estricta la ordenación de relaciones interindividuales, mientras que el fenómeno colegial es transindividual y aparece para realizar un fin supraindividual, un fin social y colectivo.

12. ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA DEL CONSEJO DE FAMILIA

Aunque la Ley de Bases habló de resucitar en nuestro Derecho la institución histórica del consejo de familia, siguiendo las directrices de GARCÍA GOYENA y del proyecto de 1851, que, sin embargo, en este punto se inspiraron en el Derecho francés, parece hoy unánime la doctrina en entender que el consejo de familia no tenía antecedentes históricos en nuestro Derecho hasta la publicación del Código civil. En nuestro Derecho histórico hay, según sabemos, un largo sistema de tutela individual bajo la supervisión de la autoridad judicial: la justicia, los alcaldes, según expresan nuestros fueros. Lo único que en ocasiones hay en nuestras antiguas leyes (*Fuero Juzgo*, *Fuero Viejo*, *Fuero Real*) es un llamamiento indiferenciado para ejercer la tutela a los «parientes», a los «propincuos», a los «hermanos», pero no existe ni rastro en nuestro Derecho histórico de que estos parientes constituyeran una asamblea tutelar. El autor de las *Concordancias* quiso, sin embargo, entrever en las leyes puramente españolas lo que él llamaba rasgos informes y, aun si se quiere, groseros del consejo de familia. Se citan en este sentido una ley visigoda, conforme a la cual el tutor *ab aliis parentitur*, y una ley del *Fuero Real*, que dice que «el alcalde con los parientes más próximos del muerto dan los huérfanos y sus bienes a quien los haya en guarda»;

pero lo cierto es que el consejo de familia es una institución de inspiración francesa. Tiene su origen en la asamblea de parientes del antiguo sistema de *Droit coutumier*, y todavía hoy subsiste como uno de los pilares básicos del sistema de tutela familiar. En el antiguo Derecho germánico se siguió primeramente el sistema de tutela colectiva de la *Sippe*, que era la verdadera portadora del poder tutelar y que podía ejercerlo en mano común. Más tarde, cuando el ejercicio concreto se confiaba a una persona como *Treuhänder*, la *Sippe* ejerce una especie de supertutela. En el actual Derecho alemán y suizo se admite la figura del *Familienrat*, pero con un carácter meramente facultativo.

13. SIGNIFICACION DEL CONSEJO DE FAMILIA EN EL DERECHO MODERNO

En el Derecho moderno, la ley atribuye al consejo de familia un papel muy importante dentro de la organización de la tutela.

1.º El consejo de familia desempeña un papel decisivo en la formación del organismo tutelar: nombra al tutor dativo y al protutor (artículos 204, 3.º, y 233); decide sobre las incapacidades o excusas (arts. 239 y 247) y sobre la remoción y destitución de los tutores.

2.º El consejo de familia desempeña igualmente un importante cometido en todo lo que se refiere a la dirección y gobierno de la persona del tutelado; el tutor se encuentra siempre bajo la vigilancia y el control del consejo de familia, cuya intervención es necesaria en los actos más importantes de la vida del menor o del emancipado: consentimiento o licencia para el matrimonio (art. 46), autorización para ser adoptado, concesión del beneficio de la mayor edad (art. 322), ejercicio del derecho de corrección (art. 269, 1.º), resolución sobre la carrera u oficio del menor (art. 269, 2.º), internamiento en un establecimiento sanitario, etc.

3.º Finalmente, el consejo de familia interviene de una manera decisiva en el funcionamiento de la tutela. Está encargado legalmente de controlar y fiscalizar la gestión del tutor. Comparada la tutela con una empresa financiera, el consejo de familia sería, ya lo hemos dicho, el Consejo de Administración, mientras que el tutor sería un director-gerente; el protutor, en cambio, es un director-adjunto, con firma mancomunada en algunos asuntos. El consejo de familia supervisa la gestión del tutor, recibe las rendiciones periódicas de cuentas y su intervención es siempre necesaria para autorizar los negocios patrimoniales más graves e importantes.

La función tutelar del consejo de familia reviste caracteres de dirección y gobierno. Como toda función directiva, se realiza siempre a través de mandatos. Es muy curioso observar que los actos del consejo de familia son siempre mandatos u órdenes. El consejo de familia termina su misión en lo puramente ordenador. La ejecución del mandato compete a los órganos gestores. El consejo de familia decidirá, por ejemplo, si se debe o no aceptar una herencia deferida al menor o entablar o no una demanda; pero, en cambio, no será él quien acepte la herencia o comparezca en el pleito. Sería de sumo interés intentar un estudio de la naturaleza jurídica de los dictados y mandatos familiares, entre los cuales se encuentran las órdenes del padre o del marido, a las que se debe jurídicamente obediencia.

El consejo de familia actúa siempre a través de mandatos, que sus actos son siempre mandatos. Estos mandatos podrían estructurarse en:

a) Órdenes de carácter general: se suministran criterios rectores de imperativo cumplimiento (carrera del menor, reclusión, alimentos, continuación de la industria, etc.).

b) Decisiones: se resuelven puntos controvertidos dentro del propio organismo familiar; el consejo de familia enjuicia y falla el caso (capacidad del tutor, excusas, destituciones, etc., calificación de fianzas).

c) Autorizaciones: son órdenes concretas de carácter permisivo; la consulta al consejo de familia es obligatoria; la autorización es contestación afirmativa a una consulta (por ejemplo, vender, dividir cosas comunes, etc.).

d) Prohibiciones: la prohibición es la cara posterior de la autorización. Cuando el consejo de familia deniega una autorización, en realidad prohíbe la ejecución de un determinado acto, negocio, conducta, etc.

El hecho de que los actos del consejo de familia sean órdenes explica el que contra ellas quepa normalmente recurso (art. 310). Si se tratara de simples declaraciones de voluntad, de carácter negocial (acuerdos), no se comprende bien su recurribilidad. Un recurso cabe solamente contra un mandato, contra una decisión.

Hemos visto hasta ahora el papel, lleno de sentido, que desempeña el consejo de familia dentro de la organización de la tutela. Debemos ahora encararnos con el cariz crítico de la institución. Cuando GARCÍA GOYENA trató de introducirla entre nosotros, su propósito tuvo en general una buena acogida, como lo demuestra el hecho de que el legislador de 1889 hiciera suya aquella iniciativa. BENITO GUTIÉRREZ, por ejemplo, era todavía más radical que GARCÍA GOYENA, pues donde éste encontraba sólo un rastro histórico informe y aun grosero, aquél encontraba un evi-

dente y notorio antecedente. La utilidad de la reforma se consideraba inmensa, por los requisitos con que se establece, las precauciones con que se rodea y las personas llamadas a componerlo. Como *desideratum*, se decía: la novedad es aceptable, y el pensamiento del legislador, plausible. Parecía mucho más conveniente fiar la dirección general de la tutela a personas unidas al pupilo por lazos de familia y de afecto, que a los funcionarios de la Administración del Estado, alejados de la preocupación vital y de los problemas íntimos de una situación familiar.

Con todo, en la actualidad, la institución es duramente criticada. De hecho, funciona mal. Muy pocos son estadísticamente los consejos de familia que llegan a constituirse de una manera regular, y menos aún, los que funcionan de una manera estable y constante, como requieren los desvelos y atenciones que han de tenerse con un menor o con un incapaz. La composición del consejo es, por otra parte, demasiado numerosa, lo que obliga en ocasiones para formarlo a echar mano de personas que guardan con el pupilo un parentesco lejano, que carecen de interés por sus asuntos y para quienes el consejo es sólo una fuente de molestias o de preocupaciones, que no ofrece, en cambio, ninguna compensación de tipo material.

Todo ello lleva, además, envuelta la discusión en torno a los dos grandes sistemas de tutela (judicial, familiar), de que ya hemos hablado.

La raíz de una solución de estos problemas quizá pueda encontrarse pensando en que no todas las tutelas ofrecen las mismas características ni presentan iguales dificultades. No es lo mismo, por ejemplo, la tutela de un incapaz ejercida por su cónyuge o por su padre, que la tutela de un menor por un extraño. No es lo mismo tampoco la tutela de un menor que ha heredado una fortuna cuantiosa, que la de aquel que ha recibido unos escasos bienes o quizá ninguno, y, sin embargo, exigimos para todos formalidades idénticas. Por ello acaso la solución se encuentre en dar carácter facultativo a estas organizaciones tutelares superiores, en que la gestión patrimonial es amplia y existen intereses familiares encontrados (constitución del consejo de familia a solicitud del tutor o por una orden de oficio del Tribunal de Tutelas).

14. COMPOSICION DEL CONSEJO DE FAMILIA

El estudio de la composición del consejo de familia presupone tres distintos grupos de cuestiones: a) el relativo al número de personas que deben componerlo; b) el referente al modo de designación de los miembros, y c) por último, todo lo que se refiere a la idoneidad y capacidad

para la ocupación del cargo. A continuación vamos a ir estudiando cada uno de estos problemas, advirtiendo que los elementos que han de componer el consejo son distintos, según que se trate de consejo constituido para hijos legítimos y personas acogidas en establecimientos de beneficencia.

a) *Número de miembros.*—Es normal entre nosotros afirmar que el consejo de familia se compone siempre de cinco personas. Efectivamente, cinco es el número que tiene la ley presente (cfr. art. 294, «si no llegaren a cinco se completará»; *ibíd.*, «los cinco más próximos parientes»; art. 302, «presidente y cuatro vecinos»).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el padre y la madre tienen un amplio poder, por lo que se refiere a la formación del consejo de familia, y que, por tanto, pueden aumentar o disminuir este número. La doctrina, por lo general, entiende que cinco es un mínimo legal, y que el padre, si bien puede ampliar este número, no puede, en cambio, reducirlo. A mi juicio, los términos del artículo 296 son claros, en el sentido de las amplias facultades del padre sobre este número de vocales.

b) *Designación de vocales.*—La doctrina entiende que hay tres modos de designación de miembros de un consejo de familia, como hay, en general, tres modos de tutela: testamentaria, legítima y dativa. Testamentario es el consejo cuando se forma o lo componen las personas designadas por el padre o la madre en su testamento (art. 294, 1.º). Legítimo, cuando se forma con las personas llamadas por la ley. Dativo, cuando es el juez quien los designa. Se admite, por último, una cuarta forma o mixta de las anteriores (por ejemplo, parte testamentario y parte legítimo).

A mi juicio, no hay más que dos formas de designación de los miembros de un consejo de familia, que podemos llamar designación negocial y designación judicial.

α) *La designación negocial.*—Los vocales de un consejo de familia pueden ser, en primer lugar, nombrados en virtud de una declaración de voluntad del padre o de la madre, es decir, en virtud de un negocio jurídico de Derecho de familia.

β) *La designación judicial.*—En defecto de una designación de los miembros del consejo de familia por vía judicial, la designación se realiza en virtud de una decisión del poder judicial. La ley se limita a establecer una serie de preferencias, que son de imperativa observancia por el juez. Esta preferencia se establece así:

1.º Hay, en primer lugar, un grupo de lo que podríamos llamar los «parientes inmediatos» del tutelado. En este grupo se encuentran los

ascendientes, descendientes y hermanos del tutelado (art. 294, 1.º y 2.º). La Ley de 24 de abril de 1958 ha modificado en este punto la redacción anterior del Código civil. En la redacción anterior se llamaba a los «ascendientes y descendientes varones, hermanos y maridos de hermanas vivas». Se ha suprimido la diferencia injustificada por razón de sexo, pero al darse entrada a las hermanas han quedado excluidos los maridos de éstas.

La preferencia dentro de este grupo se establece atendiendo, por este orden: a la proximidad de grado, al sexo y a la edad (art. 295). También en este punto se ha reformado el criterio anterior, donde se atendía únicamente al grado y a la edad.

2.º El segundo grupo está formado por los demás parientes. El Código civil ahora no puntualiza, por lo cual el llamamiento se extiende a todos los parientes, lo mismo consanguíneos que afines, como había dicho ya el Tribunal Supremo en dos sentencias (23 de abril de 1914 y 24 de junio de 1905).

Se suprime con buen derecho el requisito de masculinidad («parientes varones») y, además, la pertenencia a las líneas paterna y materna.

Entre ellos se da preferencia al grado, «como garantía—había dicho el Tribunal Supremo (17 de junio de 1893)—de mayor afecto, cualquiera que sea la línea de ellos, no siendo preciso que ambas líneas estén representadas en el consejo». En igualdad de grado funcionan el sexo y la edad.

3.º En el tercer grupo se encuentran las «personas honradas, prefiriendo a los amigos de los padres». Tanto la honradez como la amistad se toman aquí en su puro valor y contenido social. Habrá únicamente un deber del juez de informarse respecto a la concurrencia de estos datos. Es notable la valoración jurídica que aquí recibe la amistad, siempre considerada como fenómeno extrajurídico. Por otra parte, vale la pena observar que esta amistad es con los padres, lo que está justificado en la tutela de los menores, en la que acaso se ha pensado. En la tutela de incapaces quizá debiera haberse valorado de una manera preferente la amistad con el propio incapacitado.

4.º Existen reglas especiales tratándose de hijos naturales y de ilegítimos no naturales (arts. 302 y 303). Respecto a los hijos naturales, la especialidad consiste en que el llamamiento se hace exclusivamente a los parientes del padre o madre que los hubiese reconocido, por lo cual el sistema no cambia cuando hay un reconocimiento bilateral. Es curioso observar, sin embargo, que estos parientes del padre o madre que reconoce no se hallan ligados al tutelado por vínculos de parentesco (sucesión, alimentos, etc.).

En el caso de hijos ilegítimos no naturales, el consejo lo componen

el fiscal municipal y cuatro vecinos honrados. A la honradez se une aquí la vecindad, que no estaba en el 294 («personas honradas»). La vecindad parece que se entiende con domicilio o residencia (cfr. art. 297). Una observación a este último párrafo del artículo 302. El ilegítimo, aun careciendo en rigor de padre y, por tanto, de parientes por estas líneas, puede, si es incapaz, no si es menor, tener parientes (su descendencia legítima, los afines).

Tampoco se ha mencionado aquí a los hijos adoptivos (cfr., sin embargo, art. 174, 6.º y 7.º).

5.º Por último, el artículo 303 contiene una norma de índole especialísima: «La administración de cada establecimiento de beneficencia tendrá sobre los huérfanos menores acogidos todas las facultades que corresponden a los tutores y al consejo de familia.» También la interpretación de este artículo suscita dificultades. Primero, en su concordancia con el artículo 212. Allí se habla de expósitos y de casas de expósitos, mientras que aquí es sólo de huérfanos menores acogidos. Allí tutor es el jefe de la casa, mientras que aquí las funciones de tutor y consejo de familia competen a la Administración.

En segundo lugar, y siguiendo el hilo de este razonamiento, mientras el expósito carece en absoluto de familia, el huérfano no tiene por qué carecer de ella, lo cual nos plantea todavía el problema de la preferencia entre un consejo familiar y un consejo administrativo.

En tercer lugar, la norma presupone un «acogimiento», es decir, no sólo una residencia en el establecimiento—que no es necesaria: menor a quien el establecimiento envía a estudiar a una universidad—, sino una subsistencia a costa de él, lo que excluye a las personas simplemente educadas o protegidas.

Para la idea de establecimiento benéfico hay que acudir a la legislación administrativa.

Finalmente, entendemos que hay aquí tutela de persona jurídica (no de las personas, sino de la institución), importante a efectos de responsabilidad.

γ) *La idoneidad de los miembros.*—Un estudio de la idoneidad personal para ser miembro de un consejo de familia comprende dos grupos de problemas: capacidad y excusa. En realidad, no todas las llamadas incapacidades lo son en rigor. Hay dentro de ellas incapacidades y prohibiciones. Se aplican por remisión las causas de incapacidad de la tutela (artículo 238). El problema consiste en averiguar si en el juicio de incapacidad se siguen también aquellas normas (arts. 239 y sigs.), siendo el propio consejo quien enjuicia la capacidad de sus componentes o se acude al juez.

El código conoce dos causas especiales: la exclusión del oficio por el padre o por la madre en su testamento. Tienen aquí el padre y la madre un claro derecho de veto. Lo curioso de este derecho al veto es que sólo parece poder ejercitarse *postmortem* y no, en cambio, en vida (por ejemplo, padre del incapacitado). Este derecho de veto, que se ejercita en el negocio jurídico de ordenación de la tutela, tiene entre nosotros carácter incondicionado y absoluto. No necesita expresión de causa ni concurrencia de una justa causa. El problema radica en averiguar si la expresión de una causa falsa hace ineficaz el veto. Habría que distinguir el error en la causa y la mera alegación de una causa falsa a sabiendas de su falsedad. Sólo en el primer caso—voluntad viciada—podría sostenerse la ineficacia del veto. También error en el nombre. La segunda circunstancia de inidoneidad viene establecida por el artículo 299. El tutor y el protutor no podrán ser a la vez vocales del consejo de familia. Con ello parece dar a entender la ley que hay una preferencia entre el llamamiento para el cargo de tutor o de protutor y el llamamiento para formar parte del consejo de familia. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que «si el tutor o el protutor es llamado por ministerio de la ley para el consejo familiar, no es posible privarle de la facultad de optar por cualquiera de los dos cargos».

En cuanto a excusas, rigen también las normas del tutor (art. 298), con idéntico problema en cuanto a competencia para el juicio de excusa. Como excusa especial, ver artículo 297, residencia fuera del lugar. Este lugar es aquel donde está el Juzgado en que «radicare la tutela» (no del Juzgado constituyente del consejo). Ahora bien, ¿dónde radica la tutela? Parece, en principio, que en el domicilio del tutor, que es también el legal del pupilo (cfr. art. 244, al tutor no se le admite esta excusa), y, sin embargo, la tutela se constituye en el lugar de domicilio del padre o madre cuya muerte ocasione la tutela, en el domicilio del propio menor o incapacitado o en cualquier lugar en que tuviere bienes inmuebles (artículo 63, 17, L. E. C.).

δ) *Las sanciones de la irregularidad de la composición del consejo de familia.*—La ley no ha previsto de una manera categórica la sanción para las reglas relativas a la composición del consejo de familia. Esta sanción puede ser únicamente la nulidad del acto jurídico de constitución del consejo y, por tanto, la invalidez de la actuación (deliberaciones, acuerdos, etc., del propio consejo). Sin embargo, unas consecuencias tan drásticas pugnan muchas veces con la finalidad perseguida, que no es otra que la protección de los intereses del menor.

La jurisprudencia francesa, en este sentido, concede al juez un am-

plio poder de apreciación y pronuncia la nulidad únicamente en los tres casos siguientes:

1.º Cuando la irregularidad es consecuencia de un fraude dirigido a eliminar sin razón a una persona que hubiera debido ser normalmente llamada.

2.º Cuando la irregularidad, aunque haya sido cometida sin fraude, ha ocasionado un perjuicio a los intereses del menor o del incapaz.

3.º Cuando la irregularidad aparece como sustancial; para definir esta irregularidad sustancial, la jurisprudencia francesa considera que la hay cuando la asamblea no tiene la apariencia exterior de un verdadero consejo de familia, por ejemplo, por no haber sido presidido por el juez de paz o estar compuesto por menos de seis miembros; pero, en cambio, el hecho de no haber sido seguido exactamente el orden legal en la elección de los miembros del consejo de familia no puede motivar por sí solo la nulidad.

Nuestro Derecho ha seguido muy de cerca estas orientaciones. El artículo 296 parece dar a entender que la nulidad debe sólo declararse en aquellos casos en que sea absolutamente irremediable, en que sea el único medio para corregir un daño ya producido. Se distinguen así dos supuestos, que conducen a la nulidad del consejo y de toda su actuación: dolo y perjuicio.

1.º Dolo debe entenderse aquí como engaño y como maquinación fraudulenta, es decir, designio de hacer ingresar en el consejo a personas que no debían formar parte de él o, al revés, impedir o eliminar la entrada de una persona con derecho a ello. Por ejemplo, se presenta un testamento a sabiendas de su nulidad o de su revocación para que se defiera el cargo a los allí designados; se oculta la existencia de un pariente próximo con derecho preferente; se hace aparecer como parientes a personas que no lo son.

Este dolo no presupone la complicidad o cooperación de varias personas ni mucho menos la intervención en el mismo del juez. Es preciso, sin embargo, que haya sido decisivo.

2.º El segundo elemento que valora la ley es la producción de un perjuicio a la persona o bienes del sujeto o tutela. Para valorar debidamente esa circunstancia hay que examinar detenidamente la relación de causalidad en que debe hallarse este perjuicio con la actuación del consejo de familia y, ante todo, responde a esta cuestión: si el perjuicio basta que esté causado por la actuación del consejo (por ejemplo, ordenó la continuación del comercio del padre, y este comercio quiebra después),

aunque esta actuación haya sido diligente y el perjuicio fortuito, o si, al contrario, el perjuicio debe venir producido por la irregular constitución del consejo, de tal manera que de haberse constituido regularmente no se hubiera producido. Una interpretación literal y racional lleva a este último.

En los demás casos—fundamentalmente errores no maliciosos—, la irregularidad no daña la actuación anterior, pero es corregida *a posteriori*.

Por otra parte, en la irregular composición hay que medir la trascendencia. El Tribunal Supremo ha dicho que la nulidad del nombramiento de un vocal del consejo de familia no lleva necesariamente consigo la de todos los acuerdos en que el mismo intervenga, a no ser que conste que su voto decidiera la adopción de estos acuerdos (sentencia de 6 de abril de 1916).

LUIS DíEZ PICAZO

El artículo 1.207 del Código Civil

Notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación

SUMARIO: I. *Planteamiento*.—II. *El supuesto de hecho de la norma*: 1. Determinación de los terceros a que se refiere.—2. Determinación de las obligaciones accesorias a que se refiere.—III. *El contenido de la norma*: 1. Significado de la subsistencia.—2. El artículo 1.207 del Código civil en la novación subjetiva por cambio de acreedor.—3. En la novación objetiva.—4. En el cambio de deudor.

I. PLANTEAMIENTO

Uno de los problemas prácticos con los que se enfrenta la «desconcertada» (1) regulación que nuestro Código contiene sobre la novación, es el de la extinción o subsistencia de aquellas relaciones accesorias constituidas para garantizar una obligación principal que ha sido novada.

A estos efectos suele decirse que, en principio, si la obligación principal se extingue en virtud del nacimiento de otra nueva que viene a sustituirla, se extinguen también con aquélla todas las relaciones que le sean accesorias. Por el contrario, si la obligación principal sólo es modificada, al subsistir, lógico es que subsistan con ella aquellas relaciones accesorias que la garantizan; todo ello en virtud del conocido aforismo de que lo accesorio sigue a lo principal (2). Sin embargo, dicho principio

(1) Cfr. SANCHEZ REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964, página 11.

(2) Sobre la crítica de la llamada «novación modificativa», cfr. SANCHEZ REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 298 y ss. Parece que la novación es en sí misma un efecto jurídico: la extinción de una obligación por el nacimiento de otra nueva que viene a sustituirla; nada impide que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes modifiquen una obligación; pero esto no es propiamente novación.

parece tener excepciones: en caso de modificación de una obligación, por ejemplo, no es lógico ni justo que subsistan las garantías prestadas por un tercero cuando el objeto de la obligación resulta más gravoso (3), y también, excepcionando el principio, el artículo 1.207 parece incorporar un supuesto de subsistencia de las relaciones accesorias, extinguida la obligación principal, si aprovechan a un tercero que no haya prestado su consentimiento.

Del examen literal del artículo 1.207 parece deducirse (4), de una

(3) Cfr. Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Madrid, 1970, pág. 817.

(4) El artículo 1.207 no ha sido, a nuestro juicio, suficientemente entendido por la doctrina; ésta señala, en su interpretación, dos puntos principales:

a) De una parte, que el artículo 1.207 da pie para la distinción entre una novación extintiva y otra meramente modificativa.

b) De otra parte, que el artículo 1.207, en la novación extintiva, tutela los derechos de terceros, ajenos a la novación, que no hayan prestado su consentimiento.

Sólo de una manera marginal los autores señalan que al artículo 1.207 *in fine* y *a contrario sensu* cabe deducir la extinción de las relaciones accesorias en la medida que no aprovechen a un tercero que no haya prestado su consentimiento. Respecto al primer punto, acaso quienes primeramente lo explicitaron fueron PÉREZ y ALGUER (anotaciones a ENNECCERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, tomo II, vol. 1.º del *Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLF, traducción española, 2.ª ed., Barcelona, 1954, pág. 419), los cuales, desarrollando la doctrina de DE DIEGO (*Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, pág. 272), declaran: «la obligación principal no se extinguirá, al tenor del 1.204, cuando no se declare terminantemente, no siendo, por otra parte, incompatibles de todo punto la antigua y la nueva deuda, y asimismo también la delegación no liberará al antiguo deudor ni consiguientemente extinguirá su obligación si el nuevo deudor y el acreedor no lo hubieran acordado». Desde luego, la doctrina no es nueva en cuanto a proclamar la distinción entre extinción y subsistencia de una obligación tras su modificación, pero sí lo es en cuanto fundamentar la distinción entre novación modificativa y novación extintiva también en el artículo 1.207, además de en el 1.204. Respecto al segundo punto, la mayoría de los autores interpretan el artículo 1.207 en un sentido literal, refiriéndose a la subsistencia de las relaciones accesorias en provecho de terceros que no hayan prestado su consentimiento, señalando, como fundamento, el principio *res inter alios acta*; v. gr., VALVERDE (*Tratado de Derecho Civil español*, Valladolid, 1926, pág. 199), OYUELOS (*Digesto*, t. V, Madrid, 1928, pág. 202), AZURZA (*Notas sobre la novación*, en «Revista de Derecho Privado», 1959, pág. 604), SANTAMARÍA (*Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid, 1958, pág. 166), ESPÍN (*Manual de Derecho Civil español*, volumen III, Madrid, 1959, pág. 152), PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. I, Barcelona, 1959, pág. 317), CASTÁN (*Derecho Civil Español Común y Foral*, t. III, Madrid, 1967, pág. 248), Díez PICAZO (*op. cit.*, pág. 816) y PUIG PEÑA (*Compendio de Derecho Civil español*, t. III, Pamplona, 1972, página 394). Sin embargo, MANRESA y NAVARRO (*Comentarios al Código civil español*, t. VIII, Madrid, 1901, pág. 405) parece reducir el alcance del artículo 1.207, pues declara: «La excepción que el artículo 1.207 establece, al decir que sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias, en cuanto aprovechen a terceros que no hayan prestado su consentimiento, necesita, no obstante su claridad y fundamento de justicia, alguna aclaración. Se refiere, a no dudar, el precepto al caso en que la obligación principal se hallara constituida en favor de alguna persona, y en provecho de otra distinta hubiese alguna estipulación, que si bien subordinada a aquélla, tuviese utilidad propia que pudiese hacerse afectiva por separado.

parte, un principio general: el de la extinción de las relaciones accesorias por efecto de la novación, y, de otra, una excepción al citado principio general: el de la subsistencia de dichas relaciones accesorias cuando aprovechan a un tercero que no haya prestado su consentimiento. Sin embargo, y como vamos a intentar poner de manifiesto a continuación, esta claridad, que aparentemente se deduce de su interpretación literal, resulta oscuridad al intentar su aplicación práctica; a nuestro juicio, el artículo 1.207 quiere formular—y, sin embargo, no lo hace literalmente—una aclaración: que las relaciones accesorias sólo subsistirán, tras la extinción de la obligación principal por efecto de la novación, en cuanto que el tercero que las ha prestado (en realidad, el fiador personal o real distinto del deudor), preste su consentimiento.

La engañosa formulación literal del artículo 1.207 proviene de un defecto de redacción del proyecto de Código civil de 1882, en el que se quiso dar sentido positivo al contenido formulado negativamente por el proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851. Esta alteración originó, de hecho, un cambio de significación en el artículo 1.207, y, de rechazo, un oscurecimiento en la ya de por sí oscura regulación de la novación.

El artículo 1.207 trata de formular el principio de la extinción de las relaciones accesorias en la novación, lo cual no impide que dichas relaciones accesorias—principalmente garantías personales o reales—vuelvan a prestarse en relación con la obligación que la sustituye. Al tratarse de una nueva obligación parece evidente que no conserva el rango y, en su caso, privilegio de la antigua (5); del mismo modo, tampoco conserva las garantías que acompañaban a la primitiva, pues parece evidente que para subsistir deberán ser prestadas de nuevo por aquellos a quienes perjudican.

A justificar tales afirmaciones se dirige el presente trabajo. En él examinamos las anomalías a las que conduce una interpretación literal

Si en vez de suceder esto, la obligación principal y la accesoria son inseparables, entonces afectando ambas al tercero, o será nula la novación, incluso respecto de la primera, o si es válida en cuanto a ésta, porque en relación a ella hubiese consentimiento de aquél, también quedará extinguida la obligación accesoria, que sin la otra no tendría ya fundamento.»

Resulta curioso que FALCÓN (*Código civil español*, Madrid, 1889, pág. 73) entiende, al comentar el artículo 1.207, que, «atendido el espíritu de nuestro Código v visto el criterio que sobre la materia siguen todas las legislaciones modernas, de no estipularse expresamente la reserva de hipotecas, privilegios y demás derechos accesorios, se extinguen todos con la novación».

La Jurisprudencia, por otra parte, al citar el artículo 1.207, no lo hace en ningún caso fundamentando problemática relativa a las relaciones accesorias, sino poniendo de manifiesto la posibilidad que brinda a la existencia de dos tipos de novación: la extintiva y la modificativa (S. T. S. de 29 de abril de 1947 y 10 de febrero de 1950; sobre la S. de 11 de junio de 1947 ver *infra* nota 9).

(5) Cfr. SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 320.

del artículo 1.207, lo que, a nuestro juicio, debe ser su interpretación correcta; estudiando también lo que, en nuestra opinión, permite aclarar el sentido del artículo: el origen del mismo, especialmente el cambio de redacción respecto al proyecto de 1882.

II. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA NORMA

1. Como hemos señalado, en una interpretación literal del artículo 1.207 se contiene una excepción al principio de la extinción de las relaciones accesorias por efecto de la novación; esta excepción se refiere a que las mismas benefician a un tercero que no haya prestado su consentimiento. En un primer momento resulta difícil imaginar un supuesto de *tercero* a quien aproveche la subsistencia de las relaciones accesorias y con respecto al cual las mismas deban subsistir. Tercero, a estos efectos, no puede ser, por supuesto, el acreedor—que es «parte», por definición—, ya que, en todos los casos, para que se produzca el efecto extintivo de la novación, se requiere que haya prestado su consentimiento; tampoco puede referirse a los que garantizan la obligación extinguida, por cuanto, de una parte, difícilmente pueden considerarse terceros, y de otra, a ellos no les «aprovecha» la subsistencia de las relaciones accesorias.

Los supuestos más claros de terceros a quienes aproveche la subsistencia de las relaciones accesorias y que no hayan prestado su consentimiento son, en principio, los acreedores del acreedor de la obligación objeto de la novación, por cuanto pueden ver disminuida la garantía patrimonial de su crédito si la nueva obligación es de menor entidad que la primitiva. También podrían incluirse en este apartado los herederos legítimos del acreedor, que pueden ver disminuidas sus expectativas. En ambos casos hemos de tener en cuenta que el ordenamiento jurídico prevé una serie de caminos específicos para la tutela de los intereses de dichos terceros—como puede ser, en su caso, la revocación por fraude de acreedores o, en su día, la reducción por inoficiosidad—; pero, en todo caso, para que subsistan las relaciones accesorias se requiere la subsistencia de la obligación principal; de lo contrario, llegaríamos al absurdo de considerar subsistentes unas relaciones accesorias que garantizan una obligación principal para la que no han sido constituidas, lo cual puede originar el consiguiente perjuicio para quienes prestaron las garantías accesorias a la primitiva obligación, al encontrarlas trasladadas sin su consentimiento a otra nueva, quizá más gravosa. Hemos de tener en cuenta, por otra parte, que el fiador personal o real es ajeno al acto novatorio y, por tanto, no puede quedar afectado

por él, en virtud del principio *res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest*.

Por último, tampoco el acreedor solidario, afectado por el acto novatorio de un coacreedor, puede ser considerado como tercero que no ha prestado su consentimiento y en favor del cual subsisten las relaciones accesorias, por cuanto también es parte, y, además, en virtud de la regulación de las obligaciones solidarias, se verá afectado directamente por la extinción de la obligación primitiva (cfr. art. 1.143).

En cualquier caso resulta anómala, a nuestro juicio, la interpretación literal del artículo 1.207 del Código civil, que conduce a la subsistencia de relaciones accesorias de una obligación que se ha extinguido y en favor de unos terceros—acreedores del acreedor, herederos del acreedor—, que si bien no prestaron su consentimiento sólo eventual e indirectamente se pueden ver afectados por la novación, y resulta especialmente anómala esta interpretación si contraponemos los intereses de dichos terceros a los de aquellos que prestaron su garantía personal o real a una obligación, y luego, sin su consentimiento, se encuentran garantizando a la que la sustituye (6).

El sentido del artículo 1.207 del Código se aclara considerablemente en este punto si tenemos en cuenta sus antecedentes históricos: el artículo 1.207 corresponde literalmente al artículo 1.224 del proyecto de 1882 (7), que cita como precedente inmediato al artículo 1.138 del proyecto de 1851.

A la hora de calibrar importancia del proyecto de GARCÍA GOYENA, como precedente del Código civil vigente, hemos de tener en cuenta que la novación en el proyecto de 1882 (regulada en la sección sexta, capítulo III, libro IV, arts. 1.220-1.230) ha pasado, salvo una ligera modificación en el final del artículo 1.223 (1.206 del Código civil), al Código civil vigente, y que de los artículos 1.220-1.230 de dicho proyecto, excepto el 1.221 (nuevo) y el 1.229 (tomado del anteproyecto belga de LAURENT), todos habían sido tomados, a su vez, del proyecto de 1851.

El proyecto de 1882 presenta, frente al de GARCÍA GOYENA, la característica de atraer a la sección de la novación el régimen del pago con subrogación, que en el de 1851 se regulaba en sección autónoma, aunque también como medio de extinguir las obligaciones. Por otra parte, aparece claro que lo que pretendió el proyecto de 1882 fue recoger íntegra-

(6) V. gr., el artículo 1.975, respecto de la prescripción, tutela especialmente la situación del fiador frente a los posibles actos defraudatorios derivados de la connivencia del acreedor y del deudor principal (cfr. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pág. 166).

(7) Ha sido consultada la edición de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, págs. 382 y ss.

mente la regulación del proyecto de 1851, si bien aclarando algunos puntos dudosos.

En efecto, el artículo 1.134 del proyecto de 1851 establece las clases o modos de novación; pasó al 1.220 del proyecto de 1882, y éste, a su vez, literalmente, al 1.203 del Código civil vigente.

El segundo artículo de la sección en el proyecto de 1882, el 1.221, único nuevo, correlativo al 1.204 del Código civil vigente, en realidad pretende aclarar el sentido del artículo anterior. En efecto, el artículo 1.221 recoge las dos formas en que se puede verificar la novación: o bien en virtud de *animus novandi* expreso o bien en función de la incompatibilidad de la nueva obligación respecto a la primitiva; con ello interpreta el artículo 1.220 poniendo de manifiesto dos cosas: primero, que no toda modificación de la obligación implica su extinción (el artículo 1.220 empieza diciendo: «*Las obligaciones pueden modificarse*», en lugar de la fórmula del 1.134 del proyecto de 1851, que comienza así: «*Hay novación*»), y segundo, que junto a la voluntad expresa como causa de extinción de la obligación, se encuentra también la incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación (en el proyecto de 1851, la incompatibilidad no queda clara como causa de extinción de la obligación, pues de la interpretación literal del art. 1.134 se desprende que «*hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas... hacen (sic) cualquier alteración sustancial que demuestre claramente la intención de novar*», y sólo del comentario de GARCÍA GOYENA se infiere que «la intención de novar será clara cuando la nueva obligación sea incompatible con la primera»). Así, pues, lo único que pretendió el artículo 1.221 del proyecto de 1882 fue aclarar el sentido del artículo anterior, que se prestaba a confusiones en el proyecto de GARCÍA GOYENA.

El tercer artículo sobre la materia del proyecto de 1882 (el 1.222) se corresponde exactamente con el 1.135 del proyecto de 1851 y con el 1.205 del Código civil.

El artículo 1.223 del proyecto de 1882 retoca ligeramente el 1.136 del de 1851 y es, a su vez, retocado ligeramente por el 1.206 del Código civil, pero en ninguno de los casos se altera el sentido.

El proyecto de 1882 suprimió el artículo 1.137 del de 1851, en atención, sin duda, a que su contenido se desprende claramente del régimen de la mancomunidad de las obligaciones; por otra parte, dicho régimen se altera entre el proyecto de 1851 y el de 1882.

El artículo 1.224, idéntico al actual 1.207, es el único que cambia de sentido respecto del proyecto de 1851, pues mientras el artículo 1.224

(8) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Madrid, 1852, página 154.

dispone que: «Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubieren prestado su consentimiento», el correlativo 1.138 del proyecto de GARCÍA GOYENA establece: «Por la novación se extingue no sólo la obligación principal, sino todas sus accesorias. Para que continúen las obligaciones accesorias en cuanto afecten a un tercero es necesario también el consentimiento de éste.»

El artículo 1.225, idéntico al actual 1.208, retoca ligeramente el 1.139 del proyecto de 1851, y, por último, el proyecto de 1882 suprimió el artículo 1.140 del de GARCÍA GOYENA.

Observamos, en definitiva, que el proyecto de 1882—salvo la modificación del art. 1.138 y la supresión del 1.140—recoge fielmente el régimen del de 1851; ello induce a creer que su artículo 1.224 ha realizado un cambio de sentido al intentar formular positivamente lo que en el proyecto de 1851 se establecía negativamente, pero queriendo tener, en realidad, su mismo contenido. Este argumento se refuerza si consideramos que el proyecto de 1882 cita como antecedente inmediato del artículo 1.124 al 1.138 del de 1851.

En efecto, cuando el artículo 1.224 del proyecto de 1882—como el 1.207 del Código vigente—dispone que: «...sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubieren prestado su consentimiento», los terceros que deben prestar su consentimiento no son ajenos a la obligación extinguida, como parece desprenderse de su interpretación literal, sino terceros fiadores que han garantizado la obligación principal, como dispone claramente el proyecto de 1851 y como se deriva, lógicamente, de los efectos de la novación.

El argumento se refuerza también, por otra parte, si tenemos en cuenta el artículo 1.847 del Código civil: «La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones», lo que se corresponde con el artículo 1.207, que parte del presupuesto de la extinción de la obligación del deudor por el nacimiento de otra nueva, que viene a sustituirla.

2. El segundo punto frente al que nos encontramos, en una exégesis literal del artículo 1.207, es el del concepto y alcance del término obligaciones accesorias empleado por el citado artículo.

A nuestro juicio, el término obligaciones accesorias no puede ser referido al rango y características de la obligación extinguida, por cuanto ello forma parte inseparable de la misma.

Tampoco parece pueda referirse a cualquier estipulación en provecho de tercero que se deduzca de la obligación extinguida por novación. El tercero, tras la aceptación de la estipulación realizada en su provecho,

se convierte en titular de una obligación principal (9) y, por tanto, indudablemente, puede oponerse a cualquier acto novatorio que perjudique sus intereses; pero ello no en función del artículo 1.207, sino en virtud de la relación jurídica que ha nacido entre él y los sujetos de la obligación novada, y en último análisis, del mismo artículo 1.257 en relación con el 1.256.

Así, pues, a nuestro juicio, despejadas estas dos posibles acepciones del término «obligaciones accesorias», queda éste referido únicamente a aquellas relaciones constituidas para garantizar una obligación principal, bien sean éstas de naturaleza personal o real.

Para la correcta interpretación del artículo 1.207 debemos, sin embargo, distinguir según que la garantía fuese prestada por el propio deudor de la obligación principal o si, por el contrario, la garantía ha sido prestada por un tercero ajeno a la relación principal.

Como hemos señalado anteriormente, el tercero, a quien en realidad se exige el consentimiento para la subsistencia de las relaciones accesorias, tras la extinción de una obligación principal por efecto de la novación, no es un tercero ajeno a la dicha obligación, sino el tercero que presta su garantía personal o real. Es posible, pues—y quizá sea ésta la causa de que el artículo 1.207 adoptase la fórmula de proyecto de 1882, en lugar de la del proyecto de GARCÍA GOYENA—, que el artículo 1.207 pretenda distinguir el supuesto de que la garantía accesoria fuese prestada por un tercero de aquel en que lo fuera por el propio deudor de la obligación principal: en el primer caso, si un tercero afianza la obligación principal, para que la relación accesoria subsista respecto de la nueva obligación, parece que es necesario de nuevo su consentimiento; sin embargo, en el segundo caso, cuando el acreedor y el deudor pactan la extinción de una obligación y el nacimiento de otra nueva, que viene a sustituirla, bien por cambio de objeto, bien por alteración de la persona del acreedor, parece lógico inferir, a falta de pacto en contrario, la voluntad del deudor de renovar, en cuanto a la nueva obligación, las

(9) Cfr. BONET RAMÓN, *Los contratos a favor de tercero* (conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 14 de junio de 1957), A. A. M. N., XII, 1961, pág. 230. En este sentido debería interpretarse la S. de 11 de junio de 1947, uno de los pocos casos de aplicación directa del artículo 1.207: Celebrado un contrato de corretaje, al 7 por 100, para la venta de madera, entre Carlos H. L. y la sociedad mercantil M. E., el citado Carlos H. L. consigue un interesante contrato para la empresa M. E. y cobra el canon estipulado. Posteriormente, las empresas compradora y vendedora alteran las condiciones de venta de la madera, realizando un nuevo contrato del que excluyen el corretaje del mediador. Este reclama y obtiene tutela de su derecho en función del artículo 1.207. Parece, sin embargo, que la obligación de pago al corredor no es una obligación accesoria al contrato de compraventa de madera, sino que es, en sí misma, una obligación principal, si bien dependiente de ella, a la hora de fijar su cuantía.

mismas garantías prestadas respecto de la antigua. Así, pues, el artículo 1.207, al referirse a terceros, no quiere hacerlo a terceros a la obligación principal, en cuanto ajenos a la misma, sino a terceros fiadores distintos del deudor, sentido en el que emplea también el término terceros el artículo 1.212. El contenido del artículo 1.207 queda de esta manera netamente clarificado: cuando la obligación principal se extingue por efecto de la novación, sólo subsisten las obligaciones accesorias cuando el tercero que las prestó renueva su consentimiento; a *sensu contrario*, cuando dichas garantías accesorias fueron prestadas por el propio deudor, que en este sentido no es tercero, subsisten a falta de pacto en contrario, por cuanto que se presume la voluntad del deudor de continuar garantizando la obligación.

III. EL CONTENIDO DE LA NORMA

1. En la interpretación del artículo 1.207 del Código civil queda aún por despejar el término subsistencia.

Ya en su acepción vulgar, subsistencia parece significar continuación; pero, a mayor abundamiento, significa lo mismo en su acepción lingüística, y así, el diccionario de la Real Academia define el verbo subsistir como permanecer, durar una cosa o conservarse.

El empleo por el artículo 1.207 de la palabra subsistencia plantea un delicado problema de interpretación, supuesto ya el consentimiento del tercero en garantizar la nueva obligación. Pueden proponerse tres interpretaciones: primera, puesto que el artículo 1.207 emplea la palabra subsistencia cuando podría haber usado otra (v.gr., renovación), ello significa que la garantía de la «nueva» obligación es la «antigua» relación accesoria; por tanto, a la hora de concretar, por ejemplo, la antigüedad de la obligación accesoria habrá que estar al momento en que se prestó el consentimiento en la primitiva obligación y no a cuando fue dado para afianzar la que vino a sustituirla; segunda, el artículo 1.207 no hace sino recoger la facultad de reserva de las garantías, que se reconoce en el Derecho francés al acreedor (10); tercera, el artículo 1.207 en este punto incurre de nuevo en una incorrección terminológica.

Importantes argumentos pueden traerse en defensa de las tres posibilidades descritas. En apoyo de la primera puede aducirse el sentido literal del artículo 1.207, el empleo por el artículo 1.138 del proyecto de 1851

(10) Un escueto estudio en el derecho español de la facultad que el Código civil francés concede al acreedor para la reserva de las garantías, en AZURZA, *Notas sobre la novación*, R. D. P., 1950, pág. 603.

del término «continúen», así como el principio que prohíbe distinguir donde la ley no distingue. En favor de la segunda opción puede aducirse el que GARCÍA GOYENA (11) cite, como precedentes inmediatos del artículo 1.138 del proyecto de 1851, los artículos 1.178 y 1.281 del Código civil francés, reguladores del derecho de reserva en la novación. Finalmente, en favor de la tercera puede aducirse la propia dinámica de la novación como efecto jurídico.

La resolución del problema planteado puede tener importancia práctica no sólo, v.gr., en la posible prelación de hipotecas sobre un mismo bien, sino incluso en un aspecto fiscal, respecto a la doble liquidación del impuesto sobre transmisiones y actos jurídicos documentados (12), y, por supuesto, también en la forma que ha de revestir el acto de renovación del consentimiento.

Es, a nuestro juicio, la primera, la interpretación más correcta. Los argumentos aportados para las dos últimas se desvirtúan en el propio análisis detallado de la doctrina de GARCÍA GOYENA.

En efecto, el párrafo segundo del artículo 1.138 del proyecto de 1851 dispone: «Para que continúen las obligaciones accesorias, en cuanto afecten a un tercero, es necesario también el consentimiento de éste», y en el comentario, GARCÍA GOYENA (13) declara: «*Novatione prior obligatio perimitur*, y también los privilegios adherentes a la obligación anterior y todo lo que le era accesorio, como la fianza, prenda o hipoteca, con los intereses y cláusula penal, a no ser que se haya repetido la fianza o hipoteca; en el caso de repetirse, la hipoteca *durará con la prerrogativa o prioridad de tiempo desde su primitiva constitución*» (14). Más específicamente, el artículo 1.140 del proyecto dispone: «Cuando por pacto especial continuasen las hipotecas, el acreedor conservará sobre los hipotecarios posteriores la preferencia que le daba la primitiva obligación, como si ésta no se hubiese novado», y GARCÍA GOYENA (15), en el breve comentario de este artículo explica adecuadamente, a nuestro juicio, su contenido: «*Como si ésta no se hubiese novado*. Así se establece en las leyes 3 y 12, párrafo 5, título 4, libro 20 del *Digesto*. *Superioris temporis ordinen manere primo creditori placuit, tamquam in suum locum succedenti*. La posición de los otros acreedores hipotecarios queda siempre la misma, de modo que no tienen motivo para quejarse.»

«Mas para esta traslación y preferencia de hipoteca—continúa expli-

(11) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, 1852, pág. 156.

(12) Cfr. AZÚRZA, *op. cit.*, pág. 590.

(13) *Op. y loc. cit.*

(14) Se han suprimido las referencias al *Digesto* que recoge GARCÍA GOYENA.

(15) *Op. cit.*, pág. 158.

cando—es necesario que el deudor continúe siendo el mismo, pues no se podría hacer remontar la hipoteca sobre los bienes de uno nuevo con fecha anterior a la novación sin exponerse a perjudicar a los otros acreedores del mismo deudor (ver el art. 1.038 (16) y lo allí expuesto).»

Es decir, en cuanto a la renovación o subsistencia de las garantías accesorias, en lo relativo a su rango y prioridad, hay que distinguir dos supuestos: primero, la novación subjetiva por cambio de deudor; segundo, las otras dos clases de novación. En la novación subjetiva por cambio de deudor, si el tercero renueva su consentimiento para afianzar la nueva obligación, el rango y prioridad de la relación accesoria será el de la fecha de renovación del consentimiento; por el contrario, en las otras dos especies de novación—la novación subjetiva por cambio de acreedor y novación objetiva—, aun cuando para la subsistencia de la relación accesoria se exige de nuevo el consentimiento del tercero que afianza la primitiva obligación, se produce la conservación del rango y prioridad que la obligación accesoria tenía en aquélla (17). Lo que se justifica en función del principio de economía y para facilitar, en general, el tráfico jurídico.

Conviene destacar aquí, respecto de la novación subjetiva por cambio de acreedor, que la hipótesis—extinción de la primitiva obligación en virtud de un *animus novandi* expreso, manteniendo idéntico el objeto de la obligación—es extrema y puede calificarse «de laboratorio». Por otra parte, respecto de la novación objetiva, si la nueva obligación es más gravosa, la subsistencia únicamente puede referirse a la medida de la obligación anterior; para el incremento debe existir una renovación del consentimiento, pues lo contrario podría perjudicar a terceros y prestarse, especialmente respecto del rango y antigüedad de las hipotecas, a maniobras fraudulentas.

Estas apreciaciones doctrinales, relativas al artículo 1.207, conviene, por tanto, especificarlas respecto de las tres especies de novación.

2. En la novación subjetiva por cambio de acreedor se ha producido, desde luego, la extinción de la obligación primitiva en virtud de la nueva, que ha venido a sustituirla; con la obligación principal se han extinguido

(16) Se refiere, desde luego, al artículo 1.138.

(17) En sentido contrario, SANCHEZ REBULLIDA (*op. cit.* págs. 368 y ss.), para quien, en todos los supuestos, habrá que estar a la fecha de renovación del consentimiento, ya que «parece más justo situar su crédito en la fecha de la novación. Y aplicar igual criterio en todos los casos de afectación de terceros. Es, además, la solución a que conduce el criterio del artículo 1.207 *in fine*: si sólo subsisten en cuanto aprovechen a tercero, aunque se hayan extinguido, deben extinguirse en cuanto perjudiquen a terceros, aunque se haya pactado—*res inter alios acta*—su subsistencia» (*vid.* también pág. 320).

también todas las relaciones accesorias que la acompañaban (18). La extinción de la obligación primitiva en este caso se ha producido en virtud del acuerdo expreso de las partes o *animus novandi*, y el acreedor de la primitiva obligación podía, desde luego, haber obviado la consecuencia extintiva a través de la cesión del crédito, lo que implicaría la continuación de las relaciones accesorias (19). A idéntica solución se llega en el régimen del pago con subrogación, que no supone sino la transmisión de una obligación en su aspecto activo (20). Pero si las partes han pactado la extinción de la obligación principal, en virtud del acuerdo novatorio, deben extinguirse también con ella todas las relaciones accesorias que la acompañaban.

En este punto, cuando se ha producido la extinción de la obligación, el artículo 1.207 viene a prestar solución a algunos aspectos conflictivos que podían presentarse: en primer lugar, establece la necesidad de que el tercero—fiador personal o real—vuelva a prestar su consentimiento para la renovación de las obligaciones accesorias, y a *sensu contrario*, infiere la voluntad del deudor, a falta de pacto en contrario, de continuar garantizando la nueva obligación con las mismas garantías que prestaba a la primitiva. Por otra parte, el artículo 1.207 concede a las garantías que acompañan la nueva obligación—bien en función de la renovación del consentimiento por el tercero o de la renovación tácita que se infiere en el propio deudor—el mismo rango o antigüedad que éstas tenían en la primitiva obligación.

En realidad, como hemos señalado, se trata de una hipótesis de laboratorio; la única diferencia que existe en este planteamiento entre novación y modificación de la obligación por cambio de acreedor es la necesidad de que el tercero—fiador distinto del deudor—renueve su consentimiento.

3. En la novación objetiva, las partes pueden modificar la obligación sin acudir al efecto extintivo de la novación, en la medida en que la antigua y nueva obligación no sean incompatibles (21). La modificación

(18) Como ya señalaban Las Partidas (5, 14, 15), la novación extingue la obligación de la misma manera que el pago.

(19) Cfr. SANCHEZ REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 391 y ss.

(20) Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, *Sobre el pago con subrogación*, R. D. P., 1972, páginas 300 y ss.

(21) Sobre la posibilidad de modificación del objeto de una obligación sin efecto extintivo, cfr. HERNÁNDEZ GIL, *El ámbito de la novación objetiva modificativa*, R. D. P., 1961, págs. 797 y ss. Sobre que deba entenderse por incompatibilidad a falta de *animus* expreso, parece que dos obligaciones son incompatibles cuando tienen la misma causa en el sentido del artículo 1.274; es decir, cuando v. gr. han nacido las dos en función de la misma contraprestación; cfr. SANCHEZ REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 381 y ss.; del mismo autor, *Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil*, separata de la R. G. L. J., noviem-

de la obligación comporta la subsistencia de las relaciones accesorias en la medida en que el nuevo objeto no sea más gravoso que el anterior. Por el contrario, la novación de la obligación implica, en todo caso, la extinción de las relaciones accesorias.

A mi parecer, el artículo 1.207 viene a prestar solución a la problemática de las relaciones accesorias en los dos supuestos arriba planteados. Así, cuando se modifique una obligación y el nuevo objeto sea más gravoso que el anterior, habrá que distinguir según que las obligaciones accesorias hubieren sido prestadas por el deudor o por un tercero. En el primer caso, cuando el propio deudor de la obligación modificada hubiese prestado las garantías a la misma, habrá que inferir su voluntad de continuar garantizándola a falta de pacto en contrario. En el segundo caso, es decir, cuando un tercero a la obligación modificada hubiese afianzado la misma, si el objeto es más gravoso será necesaria la renovación de su consentimiento para la subsistencia de las relaciones accesorias (22).

Del mismo modo, cuando en virtud del *animus novandi* o de la incompatibilidad, la primitiva obligación se extinga por el nacimiento de una nueva, que viene a sustituirla, las garantías prestadas por el deudor continuarán en la nueva obligación, y también seguirán las del tercero, en la medida en que éste renueve su consentimiento (23).

Es discutible, en la novación objetiva con objeto más gravoso, si subsiste el rango y prioridad de la relación accesoria en cuanto al incremento; parece que nace respecto a él una nueva y segunda relación accesoria. Por las razones aducidas anteriormente subsiste la relación accesoria respecto de la medida de valor de la obligación anterior, pero no es lógico que esto suceda respecto del incremento, por las posibilidades de fraude que ello, sin duda, comportaría.

4. La dinámica de las relaciones accesorias puede, a nuestro juicio, prestar también alguna luz a la problemática de la sustitución del deudor en la obligación (24).

bre 1971, pág. 5, nota 1, y REYES MONTERREAL, *Esencia de la novación*, R. J. C., 1960, pág. 609.

(22) Cfr. Díez PICAZO, *op. cit.*, *loc. cit.*, el argumento tiene, por otra parte, un apoyo legal en el artículo 1.851 del Código civil que dispone que «la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza».

(23) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 155, en el comentario al artículo 1.134 del Proyecto de 1851, al referirse a la incompatibilidad como causa de la novación, explica que el fiador queda liberado cuando «por pacto posterior se agravó la obligación». Señalando también que «la importancia de la decisión sobre si hubo o no novación, se echa de ver por lo que se dispone del artículo 1.138». El artículo 1.138, hemos visto, se refiere a la extinción de las relaciones accesorias por la novación.

(24) Sobre el origen de la doctrina sobre admisibilidad en nuestro derecho

Hemos visto cómo en la novación, la nueva obligación no conserva las garantías prestadas por un tercero a la obligación primitiva; el tercero, para que la obligación accesoria continúe, debe prestar de nuevo su consentimiento. En este supuesto de novación subjetiva por cambio de deudor, a diferencia de lo que sucede en la novación subjetiva por cambio de acreedor y en la novación objetiva, la relación accesoria no conserva el rango y prioridad que tenía en la primitiva obligación, sino que, para todos los efectos, la fecha de origen de la relación accesoria será la de la renovación del consentimiento, y ello porque la tutela de los acreedores del nuevo deudor así lo exige. Por otra parte, en la novación subjetiva por cambio de deudor, a diferencia de lo que ocurre en las otras dos especies de novación, no se puede inferir la voluntad del deudor de la primitiva obligación de continuar garantizando la nueva, y ello porque en este supuesto, con relación a la nueva obligación, el deudor de la primitiva es un tercero. El deudor de la primitiva obligación, extinguida por efecto de la novación, debe renovar su consentimiento en orden al afianzamiento de la nueva obligación, y la fecha de origen de la relación accesoria en la nueva obligación es, desde luego, y como ocurre con todos los terceros en la novación subjetiva por cambio de deudor, la de la renovación del consentimiento.

La modificación de la obligación por cambio de deudor, sin dar lugar a la extinción de la obligación y al nacimiento de otra nueva, debería implicar, como ocurre en la modificación por cambio de acreedor o de objeto, una subsistencia de las relaciones accesorias o, al menos, una diversidad de régimen jurídico que justificase la referencia a dos figuras jurídicas diversas. Estudiada, pues, la dinámica de las relaciones accesorias en la novación subjetiva por cambio de deudor, debemos examinar ahora si este régimen es diverso del de la llamada transmisión de deuda a título singular. Es, en este sentido, interesantísimo el estudio que realiza JORDANO (25), al señalar las diferencias entre la asunción de deuda y la novación subjetiva por cambio de deudor, y no menos interesante es también la crítica que de esta postura realiza SANCHO REBULLIDA (26).

Ciñéndonos únicamente al tema de las relaciones accesorias, explica JORDANO (27): «El régimen establecido por el artículo 1.207 para la novación sería así también utilizable en materia de asunción de deuda,

de la transmisión de deudas a título singular, así como sus principales defensores, cfr. SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 163 y ss.

(25) *Asunción de deuda (comentario a la sentencia de 10 de febrero de 1950)*. A. D. C., 1950, págs. 1.378 y ss.

(26) *Op. cit.*, págs. 406 y ss.

(27) *Op. y loc. cit.* Para la crítica de los demás argumentos de JORDANO, en realidad de menos entidad jurídica, cfr. SANCHO REBULLIDA, *op. y loc. cit.*

si bien con las restricciones postuladas por la diferente naturaleza de la figura: las garantías (prenda e hipoteca) prestadas por el deudor primitivo, que de algún modo interviene en la asunción de deuda, deben continuar afectas no sólo porque entonces hay que presumir su tácito consentimiento para la subsistencia, sino también porque ningún interés *ajeno* impone en este caso el desvío de lo que constituye una consecuencia normal del negocio.» Contestando a esta observación, opina SANCHO REBULLIDA (28) que «si la pretendida asunción de deuda sólo se distinguiera de la novación en que, en la primera, las garantías prestadas por el antiguo deudor subsisten *si de forma expresa no se excluyen*, mientras que, en la segunda, *se extinguen a no ser que se haya acordado su permanencia*, tendríamos que reconocer que ninguna diferencia esencial las separaba, que su esencia en nada difería desde el momento en que se admite asunción de deuda con decaimiento de obligaciones accesorias y novación subjetiva pasiva con subsistencia», y continúa posteriormente señalando SANCHO REBULLIDA (29) que «el aspecto más dificultoso de esta argumentación se refiere al problema de la identidad o novación, a su vez, de las relaciones accesorias, en el caso de que expresa o tácitamente se haya querido la subsistencia de las mismas frente al nuevo deudor. Porque si sucediese que la obligación del fiador, hipotecante, etc., era la *misma* cuando subsistía en los casos de asunción de deuda y, en cambio, se *novaba*, a su vez, en los casos de novación pasiva de la obligación principal, ello constituiría una verdadera nota diferencial».

Centrada así la discusión, el contestar a la pregunta de si subsisten o no las relaciones accesorias en la transmisión de deudas a título singular parece que es el punto principal en torno a la problemática de la validez jurídica de la figura. Y dentro de esta problemática parece que para determinar la posibilidad de existencia de un régimen autónomo al de la novación subjetiva pasiva hay que definirse en torno a una serie de cuestiones: ¿El tercero a la obligación principal modificada por cambio de deudor debe prestar de nuevo su consentimiento para que subsistan las garantías por él prestadas? ¿El deudor de la obligación modificada, y que, por tanto, queda liberado, debe renovar su consentimiento de asegurar al nuevo deudor con las mismas garantías que él prestaba a la relación primitiva o dicho consentimiento se le presupone? Y, por último, ¿las relaciones accesorias se renuevan o subsisten?

Con respecto al primer punto—es decir, si se necesita o no de nuevo el consentimiento del tercero para que en la obligación modificada pre-

(28) *Op. cit.*, pág. 410.

(29) *Op. cit.*, pág. 411.

sistan las obligaciones accesorias por él prestadas—, la totalidad de los autores que defienden la transmisión pasiva de las deudas a título singular están de acuerdo en afirmar que el tercero fiador de la relación primitiva no queda afectado—*res inter alios acta*—a la nueva obligación si no renueva su consentimiento (30). En un primer momento contrasta este régimen con el de la modificación subjetiva activa y con el de la modificación objetiva, en los que, como hemos visto, el tercero fiador continúa afectado a la obligación modificada con independencia de que preste o no su consentimiento a la modificación; pero es que, además, en este aspecto, la modificación subjetiva pasiva no se diferencia con el régimen general de la novación, que comporta la extinción de las relaciones accesorias, como consecuencia de la extinción de la obligación principal.

El segundo punto—es decir, el relativo a si se infiere el consentimiento del antiguo deudor de continuar asegurando al nuevo con las mismas garantías que prestaba a la obligación antes de quedar liberado— parece ser, en principio, más problemático. Hemos visto cómo JORDANO opina que en este aspecto se diferencia la modificación y la novación subjetiva pasiva, pues mientras que por la novación el deudor primitivo queda totalmente liberado, en la modificación continúa afectado a la nueva relación, si bien únicamente en cuanto se presupone que la continúa asegurando con las mismas garantías que prestaba a la primitiva. En realidad, hemos ya referido que—en opinión de SANCHO REBULLIDA— un problema de presunción del consentimiento no puede constituir una diferencia sustancial que justifique una figura autónoma; pero es que, a nuestro juicio, ni siquiera esta característica diferencia la novación y la modificación subjetiva pasiva. PÉREZ y ALGUER (31), siguiendo la doctrina de ENNECCERUS y lo establecido en el parágrafo 418, apartado 1, del B. G. B., opinan que los derechos accesorios se extinguen con el cambio de deudor, pues lo contrario lesionaría la posición del fiador o propietario de las cosas afectadas, asimilando en este punto la transmisión pasiva a título singular y la novación, y no distinguiendo si el que prestó la garantía era el propio deudor o un tercero.

A nuestro juicio, se trata en este caso de un problema de interpretación de la voluntad del primitivo deudor, en cuanto que deba o no inferirse su voluntad de garantizar la nueva obligación; el problema,

(30) V. gr., JORDANO, *op. cit.*, *loc. cit.*; COSSÍO, *La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular*, A. A. M. N., I, 1945, pág. 189; CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. III, Madrid, 1967, pág. 265; PÉREZ y ALGUER, notas a ENNECCERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, t. II, vol. I, Barcelona, 1954, pág. 427, etc.

(31) *Op. cit.*, pág. 427.

desde luego, no está claro respecto de la modificación de la obligación, pero es que tampoco lo está respecto de la novación por cambio de deudor. En primer lugar, y por lo que respecta a esta última, hemos de señalar que el régimen general de la novación es el de presuponer la voluntad del deudor de continuar garantizando la nueva obligación con las mismas garantías que prestaba a la primitiva; pero ¿este régimen es aplicable a la novación subjetiva por cambio de deudor? Lo que, en definitiva, se reconduce a calificar al deudor de la primitiva obligación como tercero, ya que si se le considera tercero—desde luego, lo es respecto a la nueva obligación—, será necesario de nuevo su consentimiento como fiador (art. 1.207); pero si no se le considera tercero, se presumirá su voluntad de continuar garantizando la nueva obligación.

En definitiva, si en el régimen general de la novación se presupone el consentimiento del deudor de garantizar la nueva obligación con las mismas garantías que prestaba a la primitiva, se trata de averiguar si la novación subjetiva por cambio de deudor sigue este mismo régimen y si en ello se diferencia de la llamada transmisión de deuda a título singular.

El artículo 1.207, como hemos visto, establece, en una interpretación correctora, el que las relaciones accesorias se extinguen tras la novación mientras el tercero que las ha prestado no renueve su consentimiento; por el contrario, el que no es tercero a la novación—como el deudor en la novación objetiva—, no necesita renovar su consentimiento, por cuanto que éste se presume. Así, pues, para resolver la cuestión de si tras la novación subjetiva por cambio de deudor subsisten las relaciones accesorias prestadas por el deudor primitivo, habrá que calificar si éste es tercero en el sentido del artículo 1.207.

A nuestro parecer, para resolver la cuestión planteada hay que calibrar el sentido del artículo 1.207, del que parece desprenderse un concepto de terceros tras la extinción de la obligación principal, referido a la nueva obligación y no a la antigua ni al acto novatorio. En efecto, el artículo 1.138, apartado 2, del proyecto de GARCÍA GOYENA, antecedente inmediato del artículo 1.207, declara: «Para que continúen las obligaciones accesorias, en cuanto afecten a un tercero, es necesario también el consentimiento de éste», y el propio artículo 1.207 del Código civil vigente habla de que «sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias», con lo que parecen referirse, en un sentido lógico, a terceros que lo sean respecto de la nueva relación obligatoria. El argumento se refuerza si tenemos en cuenta que en la novación subjetiva por cambio de deudor, en ningún caso, las relaciones accesorias prestadas a la primitiva obligación conservan el rango y la antigüedad que tenían en la primitiva, lo que parece significar, al contrario de los demás supuestos de novación,

la necesidad de una renovación absoluta del consentimiento. Por último, hemos de tener en cuenta también que el acreedor, que siempre participa en el acto novatorio, si no se reserva las garantías, de alguna manera es negligente y no debe merecer mayor protección que el deudor de la primitiva obligación.

Es dudoso, a nuestro juicio, que exista en este punto un régimen específico de modificación de la obligación por cambio de deudor, diferente al régimen de la novación subjetiva pasiva, es decir, parece que aunque las partes no pacten expresamente la extinción de la obligación primitiva, en ningún caso, tras el cambio de deudor, se presume el consentimiento del primitivo deudor de continuar garantizando la nueva obligación. Esta opinión, desde luego, no tiene ningún apoyo legal, pero parece la más justa en la contraposición de intereses entre el acreedor y el primitivo deudor, dado que el primero pudo reservarse las relaciones accesorias en el momento de prestar su consentimiento al cambio de deudor, y, por otra parte, el que la obligación accesorial no conserve el rango y prioridad que tenía en la primitiva obligación parece conducir a la conclusión de la necesidad de una renovación del consentimiento.

El último punto, a la hora de contrastar la posibilidad de una transmisión de deuda a título singular, se refiere a la renovación o subsistencia de las relaciones accesorias prestadas a la primitiva relación. Hemos visto cómo en la novación subjetiva pasiva, a diferencia de lo que ocurre en las otras dos especies de novación, existe una renovación absoluta del consentimiento, y cómo las garantías prestadas a la primitiva no conservan, en ningún caso, el rango y antigüedad que tenían en la antigua obligación. La razón de ello, como hemos visto señala GARCÍA GOYENA, es la necesaria tutela de los intereses de los acreedores del nuevo deudor. Dado que donde existe la misma razón no hay fundamento para una regulación diversa, parece que éste será también el régimen en todo supuesto de cambio de deudor, aun cuando las partes no hayan pactado la extinción de la obligación primitiva (32).

Así, pues, en lo referente a las relaciones accesorias, no existe ninguna diferencia entre la novación subjetiva por cambio de deudor y la transmisión de deudas a título singular, es decir, es indiferente, a este respecto, que las partes pacten o no la extinción de la primitiva obligación tras el cambio de deudor, por cuanto que en la nueva ni van a continuar las relaciones accesorias prestadas por un tercero, ni se va a inferir

(32) PÉREZ y ALGUER, *op. cit.*, pág. 427, señalan únicamente que en el Código civil español no existe un precepto correlativo al 418, ap. 2, del Código civil alemán. Por su parte, ENNECERUS (pág. 416) afirma que siendo la regulación de los derechos de preferencia en el concurso de Derecho público, el deudor no puede modificarlo asumiendo deudas ajenas privilegiadas.

la voluntad del antiguo deudor de continuar garantizándole las relaciones accesorias, ni renovado el consentimiento van a tener el rango y antigüedad que tenían en la primitiva obligación. De todo ello parece deducirse que nos encontramos frente a dos fenómenos idénticos y, por tanto, la incompatibilidad que recoge el artículo 1.204 es referible a todo cambio de deudor en la obligación.

Ello es lógico que sea así, por cuanto, como dice ROCA SASTRE (33), cambiando el patrimonio que garantiza el derecho de crédito, también varía la identidad del mismo crédito.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ

Doctor en Derecho y profesor de Derecho civil
en la Universidad de Navarra

(33) *La transmisión pasiva de la obligación* (con la colaboración de PUIG BRUTAU), en «Estudios», I, pág. 299.

La legislación de reforma y desarrollo agrario y el registro de la propiedad.- Texto refundido de dicha legislación aprobado por Decreto-ley de 12 de enero de 1973

INTRODUCCION

El Decreto-Ley 1/1973, de 12 de enero, que aprueba el texto refundido de Reforma y Desarrollo Agrario, deroga (en su disposición final derogatoria) muchas leyes de las que hasta ahora regulaban la materia, citando expresamente algunas de ellas, y contiene, además, en el número 2 de la disposición final expresada, una derogación amplia de todas las de carácter general con rango de ley relativas a la colonización, ordenación rural o concentración parcelaria, con exclusión, por tanto, de las singularmente aplicables a zonas o comarcas determinadas.

El citado texto refundido, según su exposición de motivos, recogiendo lo ya dicho en la de la Ley de 21 de julio de 1971, no se ha conformado «con la simple refundición de textos legales, o sea, con la mera yuxtaposición en un único texto refundido de las muchas disposiciones que se relacionan en la disposición adicional 4.^a, sin más ambición que la de dar unidad puramente formal y externa a la heterogénea colección de los preceptos aplicables», añadiendo que «se han introducido, sin mengua de las garantías de los particulares, las modificaciones o supresiones necesarias para lograr la claridad, sencillez y armonía del sistema que han sido posibles».

Visto lo anterior parece útil recoger con cierta sistemática aquellas normas—o, al menos, las más importantes o de aplicación más general y frecuente—del texto refundido que hacen referencia a la función registral o que regulan la adquisición y transmisión de los inmuebles afectados o relacionados con actuaciones comprendidas en la legislación de reforma y desarrollo agrario.

Conviene, sin embargo, hacer las siguientes *advertencias previas*:

1.^a En sesión de este seminario de 29 de noviembre de 1971, don Francisco Corral Dueñas, Registrador de la Propiedad de Castuera, pronunció una conferencia sobre «La concentración parcelaria en su consideración registral» (ya publicada) (1), que aunque referida a la Ley de Concentración Parcelaria entonces vigente, texto refundido de 8 de noviembre de 1962, puede considerarse esencialmente válida.

2.^a La expropiación forzosa, regulada en la Ley de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 26 de abril de 1957 (aparte de por otras disposiciones), y las muchas especialidades que sobre ella se establecen en los diversos supuestos de actuación del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA) aconsejan que todo lo relacionado con la misma sea incluido en otro trabajo.

3.^a La propiedad rústica, después de ser redistribuida por el IRYDA o quedar afectada por alguna de las actuaciones de reforma y desarrollo agrario, queda sometida en su régimen jurídico a unas limitaciones y normas, que es propósito del seminario contemplar en otra ponencia posterior.

Las tres advertencias previas que anteceden indican que las materias expresadas (concentración parcelaria, expropiación forzosa y régimen jurídico de la propiedad después de la actuación del IRYDA) no constituyen el objeto de esta ponencia, bien que en la misma se contengan algunas referencias a normas que si referidas a aquellas cuestiones ha parecido conveniente o necesario tratar en este trabajo.

Creado el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario por la Ley 35/1971, de 21 de julio, y desarrollada la estructura orgánica del mismo por otras disposiciones (Decretos de 13 de agosto, 4 y 5 de noviembre y 23 de diciembre de 1971; Orden de 28 de enero de 1972, y Resolución de la Presidencia del IRYDA de 31 de enero de 1972), el número 4 del artículo 10 del texto refundido anuncia que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Agricultura, aprobará por Decreto el Reglamento orgánico del Instituto y determinará los órganos del mismo superiores a sección. La normativa actual no es, pues, definitiva, sino

(1) *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, marzo-abril (núm. 495), págs. 335 y siguientes.

que, como dice la exposición de motivos del Decreto 1.910/1971, de 13 de agosto, es provisional hasta que se dicte el Reglamento del mismo, a que antes se ha hecho referencia, circunstancia que puede hacer pensar que no es necesario examinar esta estructura actual y los diversos órganos que la forman, así como la competencia de cada uno de ellos; pero el hecho de que con su actual organización se están continuando los servicios para asegurar su funcionamiento sin solución de continuidad, abona la conveniencia de sistematizar las distintas competencias y atribuciones que faciliten la labor de calificación de los títulos en los que aparezca como otorgante o interesado el IRYDA.

En este trabajo comprenderemos los siguientes apartados:

I. Disposiciones generales que afectan a todo el suelo rústico y al Registro de la Propiedad con independencia de actuaciones del IRYDA.

II. Disposiciones que afectan al Registro de la Propiedad en los supuestos más importantes de actuación del IRYDA.

III. Adquisición de bienes inmuebles por el IRYDA.

IV. Enajenación de bienes inmuebles por el IRYDA.

V. Otras disposiciones del texto refundido relacionadas con el Registro de la Propiedad.

VI. Estructura orgánica del IRYDA y competencia de sus diversos órganos.

I

DISPOSICIONES GENERALES QUE AFECTAN A TODO EL SUELO RUSTICO Y AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, CON INDEPENDENCIA DE LA ACTUACION DEL IRYDA

Existen en el texto refundido unas disposiciones generales que se refieren al régimen de la propiedad rústica, independientemente de la actuación o no sobre la misma del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, o sea, que afectan a todo el suelo rústico de España.

Entre tales normas, aparte de los artículos 1 y 2 del cuerpo legal expresado—que recogen principios programáticos sobre el uso del suelo rústico y las exigencias de su propiedad para que cumpla el fin social pretendido—, se encuentra el artículo 47, que regula o hace referencia a la inscripción de toda finca rústica en el Registro de la Propiedad.

El citado artículo 47 dispone que «en toda inscripción de finca rústica se expresará si es de secano o regadío, su extensión superficial y que *sólo puede ser susceptible de división o segregación respetando la unidad mínima de cultivo de acuerdo con las disposiciones de esta ley*».

La exigencia de expresar en toda inscripción de finca rústica si es de secano o de regadío y su extensión superficial, ya está recogida en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria (la naturaleza de la finca y su extensión superficial) y en el 51 de su Reglamento (además, si es de secano o de regadío), pero no ocurre lo mismo con la circunstancia o frase del artículo 47, que hemos resaltado en cursiva, que, como ahora veremos, es un dato nuevo, que es preciso conste en la inscripción de fincas rústicas.

Tiene su origen esta circunstancia nueva en la Ley de 15 de julio de 1954 (que reguló las unidades mínimas de cultivo).

Dicha ley preveía, en su artículo 5, que cuando la extensión superficial de una finca rústica fuera inferior al doble de la fijada como mínima para el cultivo—salvo en los casos excepcionales, en los que, según la propia ley, ello era admisible—, los Notarios y los Registradores harían constar el carácter de «indivisible» de la finca, lo que completó el Decreto de 22 de marzo de 1955—que fijó la extensión de la unidad mínima en las distintas provincias—y amplió el artículo 2 del Decreto de 22 de septiembre del mismo año 1955, al ordenar que «los Notarios y los Registradores de la Propiedad, al autorizar o inscribir documentos en los que se realicen segregaciones o divisiones que den lugar a fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, harán constar en el título y en la inscripción el derecho que asiste a los colindantes para adquirir dichas parcelas, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de 15 de julio de 1954». Finalmente, la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958 señaló la extensión de la unidad mínima de cultivo, en secano y en regadío, para los términos municipales de cada provincia.

Las anteriores disposiciones constituían, hasta la publicación del texto refundido que venimos examinando, la legislación aplicable en esta materia, ya que la Ley de 14 de abril de 1962 (de explotaciones familiares), que pretendía sustituir a la de unidades mínimas de cultivo, no llegó a tener vigencia por falta de las normas complementarias que señalaran la extensión, en los diversos cultivos y provincias, de esas explotaciones familiares, y, además, precisamente por ello, fue derogada—sin haber llegado a entrar en vigor—por la Ley de 21 de julio de 1971.

Resulta de lo anterior que cuando se inscriba una finca rústica, como consecuencia de una división o segregación, de extensión superficial inferior a la unidad mínima de cultivo para las de su clase (secano o regadío, en el término municipal donde esté situada), habrá de hacerse constar «el derecho que asiste a los dueños de las parcelas colindantes para adquirirla conforme a lo dispuesto en la ley», y ello por exigencia del artículo 2 del Decreto de 22 de septiembre de 1955, que sigue vigen-

te, ya que el texto refundido ahora aprobado deroga la Ley de 15 de julio de 1954 (citada expresamente en la disposición final derogatoria del mismo), pero quedan vigentes todas las normas que no tengan rango de ley y, por tanto, los Decretos y Ordenes ministeriales.

Esta obligatoriedad de constancia del derecho que asiste a los dueños de parcelas colindantes para adquirir la parcela inferior o la unidad mínima de cultivo, como consecuencia de una división o segregación, no ha merecido crítica favorable de la doctrina. CAMY (tomo I, pág. 397), por ejemplo, sostiene que los derechos reales de adquisición preferente cuando están concedidos por imperio de la ley no son inscribibles, y el mismo autor (tomo IV, pág. 598), al contemplar la exigencia de hacer constar en toda inscripción de finca rústica de extensión inferior a la del doble de la unidad mínima de cultivo su carácter de indivisible, la califica de «advertencia» improcedente, pues, según el citado autor, la misma razón existiría para «advertir» que la finca enajenada está sujeta al retracto de colindantes, al de comuneros, etc., concluyendo, en definitiva, su razonamiento en el sentido de que las disposiciones legales tienen la publicidad estimada eficiente, con la sanción de que su ignorancia no excusa de su cumplimiento.

No obstante estos argumentos, y sin que sea el momento de extendernos sobre ello, estimamos que es ineludible la constancia de ese derecho en la inscripción correspondiente, y ello por imperativo o mandato de una norma que lo establece; además, porque es necesario y conveniente hacerlo: a) porque una cosa es la publicidad abstracta de la norma (cuya ignorancia no excusa de su cumplimiento), y otra, su concreción específica sobre una finca determinada; b) porque el derecho de adquisición, que en las normas se establece, no nace indiscriminadamente de toda segregación o división que provoque la aparición de una finca de superficie inferior a la unidad mínima de cultivo, sino, como más adelante veremos, de aquellas segregaciones o divisiones que por no estar exceptuadas de la prohibición lleven aneja como sanción la posible adquisición por los dueños de las fincas colindantes; d) porque precisamente por lo dicho anteriormente, como también veremos, puede surgir la figura del tercero protegido, que impida el ejercicio de ese derecho; e) porque si bien la Dirección General, en resoluciones, como la de 4 de enero de 1927, se muestra contraria «a la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de preferencia», también lo es que la mayor parte de las dificultades que el centro directivo indica en tal resolución (silencio de nuestra legislación hipotecaria sobre tal *preemptio*, duración indefinida del mismo, los vínculos que atribuiría a la propiedad frenando las mejoras, la fijación del precio de una vez para

siempre, dificultades de su desenvolvimiento judicial y extrajudicial, etc.) están resueltas o soslayadas en el mandato de la norma examinada. Máxime cuando no se trata de «inscribir» propiamente ese derecho, sino la segregación o la división efectuada (en definitiva, la propiedad de una finca), con unas condiciones o limitaciones que señala la ley en general, pero que la calificación registral las concreta en esa finca determinada que se inscribe.

Como caso análogo podemos citar el contenido del artículo 117, número 5, del texto refundido examinado, que dice que «en el acuerdo de reorganización de la propiedad y, en consecuencia, en el Registro de la Propiedad, se harán constar especialmente las cargas a que se refiere el artículo 77 y las *condiciones a que, conforme a esta ley, queden sujetas las fincas y que modifiquen desde luego o en lo futuro alguna de las facultades del dominio o inherentes a los derechos reales*, lo que, por otra parte, no hace más que decir literalmente lo expresado por el artículo 7 del Reglamento Hipotecario.

El texto refundido, como la Ley de 15 de julio de 1954, hace en el artículo 44 la afirmación de que la división o segregación de una finca rústica solamente será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, salvo cuando concurren alguno de los siguientes supuestos:

a) Si se trata de cualquier clase de disposición en favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que, como consecuencia de la división o segregación, no resulte un mayor número de predios inferiores a la unidad mínima de cultivo. En este caso parece claro que al no tener que resultar mayor número de predios inferiores a esa extensión, la porción resultante de la segregación o división habría de agregarse o agruparse a otra finca, bien que no sería obstáculo que a pesar de ello siguieran existiendo el mismo número de predios con superficie inferior a la unidad mínima de cultivo.

b) Si la porción segregada se destina «de modo efectivo», dentro del año siguiente, a cualquier género de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario. En este punto, la frase que dejamos entrecomillada no figuraba en la ley anterior y, sin duda, obedece al deseo de evitar un fácil y frecuente fraude de ley, al que antes se acudía para que la segregación o división apareciera como comprendida en la excepción permitida. La dificultad estará en la apreciación, al calificar, de si la manifestación contenida en el título significa que la parcela se destina de modo efectivo, es decir, de verdad, a esos fines: podría avalarse esta manifestación con la licencia municipal de obra, con el alta de licencia fiscal para la industria, etc.

c) Si los predios inferiores a la unidad mínima de cultivo que resulten de la división o segregación se destinan a huertos familiares de las características que se determinen reglamentariamente.

Además de esas posibilidades de segregación o división, válidas por encajar en las excepciones que la ley señala, es lo cierto que también lo son las segregaciones y divisiones realizadas en contravención de lo dispuesto en la ley y, por consiguiente, son inscribibles, si bien, como antes se indicaba, se concede a los dueños de las fincas colindantes un derecho de adquirirlas, «cualquiera que sea su poseedor y a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria», por el justo precio que, a falta de acuerdo, se determine judicialmente, según lo dispuesto por el artículo 45 del texto refundido.

La frase que dejamos entrecomillada del citado artículo 45 no figuraba en la Ley de 15 de julio de 1954, y de su inclusión creemos puede deducirse: 1) que si al inscribir la finca en el Registro de la Propiedad, en virtud de una segregación o división que infringe la legislación de unidades mínimas de cultivo (por resultar la finca o fincas resultantes con una extensión inferior a dicha unidad mínima y no encajar en ninguna de las excepciones que ello está permitido), no se hizo constar el derecho de los propietarios de fincas colindantes para adquirirla, éstos no podrían ejercitar o hacer valer frente a tercero protegido ese derecho, y ello, como antes decíamos, porque el mismo no surge irremisiblemente de cualquier segregación o división que dé lugar a una finca con superficie inferior a la unidad mínima de cultivo, sino que solamente procederá ese derecho, y así se hará constar en la inscripción de la finca, cuando de la calificación registral resulte que esa división o segregación está en contravención de la norma por no incidir en ninguna de las excepciones que previene el artículo 44, y que ya hemos citado, y 2) que aun hecho constar ese derecho de los dueños de los predios colindantes, siempre habrá que dejar a salvo los derechos o gravámenes que se hayan impuesto sobre la finca desde su inscripción hasta la fecha de ejercicio de ese derecho de adquisición, ya que el precio de la misma es el «justo que, a falta de acuerdo, se determine judicialmente», y en ese justo precio se tendrán en cuenta los derechos y gravámenes que se hayan podido imponer sobre la finca.

No creemos necesario—al fin pretendido—recoger aquí las normas en orden a la prelación o preferencia para el ejercicio del derecho de adquisición cuando san varios con derecho al mismo ni el procedimiento judicial idóneo para ello.

El plazo para ejercitarlo es de cinco años desde que se realizó la división o segregación indebidas, salvo que se haya alegado la excepción b)

del artículo 44, en cuyo supuesto comenzará a contarse después de transcurrido el año siguiente a la realización de la división o segregación sin dar a la finca el destino manifestado.

Según el artículo 5 del Decreto de 22 de septiembre de 1955, que, por lo antes dicho, continúa vigente, «cuando los documentos en que conste la división o segregación hayan sido inscritos en el Registro de la Propiedad, el plazo para que los colindantes puedan ejercitar el derecho que les concede la ley se entenderá reducido a un año—dice—, a contar de la fecha de la inscripción».

Transcurrido el plazo del año, a contar desde la fecha de la inscripción, al ser de caducidad, puede cancelarse la «inscripción» de ese derecho, que se practicó de oficio al inscribir la segregación o división, bastando para ello solicitud de parte interesada o incluso la mera petición de certificación de cargas, o cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado.

Las normas que venimos examinando—según el artículo 46 del texto refundido—habrán de tenerse en cuenta en la partición de herencia, aun en contra de las disposiciones del causante. A falta de voluntad expresa del causante o de convenio entre los herederos, la parcela indivisible será adjudicada por licitación entre los coherederos. Si todos manifestasen su voluntad de no concurrir a la licitación se sacará la parcela a pública subasta.

Se deduce de lo anterior que si la parcela es indivisible, en el caso de que se haya dividido o se hubiera efectuado una segregación de las no consentidas por la ley, incluso efectuadas por el causante, habría de hacerse constar la existencia de ese derecho de adquisición. Ahora bien, el ejercicio de tal derecho—cuando se trate de división motivada por herencia o donación a favor de herederos forzosos—no podrá tener lugar sin haber previamente notificado el propósito de hacerlo fehacientemente. Durante treinta días siguientes a la notificación podrán los interesados anular la división o rectificarla ajustándola a los preceptos de la ley. Transcurrido ese tiempo sin hacerlo, el colindante podrá ejercitar el derecho de adquisición.

El derecho de adquisición surge y es necesario hacerlo constar en la inscripción de la finca, tanto se trate de segregaciones o divisiones puras, como de segregaciones o divisiones que se titulen a la vez que otro negocio jurídico, sea éste de transmisión (intervivos o como consecuencia de una partición hereditaria, a título oneroso o gratuito) o de gravamen.

Un supuesto que puede plantearse frecuentemente es el siguiente: de una finca se segrega una parcela que—sin estar comprendida en las excepciones legales—tiene una superficie inferior a la unidad mínima de

cultivo; pero, además, como consecuencia de la segregación, la finca matriz queda también con una extensión inferior a esa unidad mínima. Es claro que al inscribir la parcela segregada se hará constar ese derecho de los colindantes a adquirirla, pero ¿y sobre la finca matriz? El artículo 2 del Decreto de 22 de septiembre de 1955 sólo habla de que se haga constar «en la inscripción», pero al darse la misma razón legal, aparecer la existencia de finca (matriz) inferior a la unidad mínima de cultivo por segregación, aunque por vía de reserva, parece que la nota de segregación no debiera limitarse a ésta, sino que también debería comprender la existencia de ese derecho de adquisición a favor de los colindantes, salvo que la superficie reservada lo sea para uno de los fines que legalizan la segregación. De otra forma podría darse el supuesto de que segregada una finca y vendida provocara el ejercicio de ese derecho de adquisición, y que el segregante y enajenante vendedor, que al hacer dicha segregación ocasionó la existencia de otra finca también inferior a la unidad mínima de cultivo, la tuviera inscrita sin la constancia del mismo derecho.

En todo caso, en el supuesto de que el Registrador—en su soberana función calificador—estime que aun dándose una segregación o división que provoque la existencia de finca con superficie inferior a la unidad mínima de cultivo, no es ejercitable ese derecho por darse alguna de las excepciones que la ley señala, no hará constar al inscribir la finca o fincas ese posible derecho de adquisición.

La demanda en que se ejercite el derecho de adquisición expresado puede ser objeto de anotación sobre la finca pretendida, siempre que conste inscrita a favor del mismo titular que—por la división o segregación efectuadas en contravención de la ley—dio lugar a esa finca. En el caso de que la finca figure inscrita a favor de persona distinta, solamente será anotable la demanda si figura en la inscripción de la segregación o división la existencia de tal derecho; en otro caso, habría de ser denegada dicha anotación.

Finalmente, en cuanto a la forma y lugar de hacer constar en la inscripción este derecho de adquisición, entiendo que, dada su trascendencia, el lugar adecuado es en el acta de inscripción, inmediatamente después de expresar la persona a favor de quien se haga la inscripción y del derecho que se inscribe, en términos más o menos parecidos a éstos: «Don..., inscribe..., con el derecho que asiste a los dueños de las parcelas colindantes para adquirirla, conforme a lo dispuesto en la ley, cualquiera que sea su poseedor, y a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.»

La constancia del derecho de adquisición expresado se consignará en

la nota de despacho del documento y también en las certificaciones que se expidan de la finca mientras esté vigente, sobre todo si son de cargas.

Independientemente de este derecho de adquisición, en los casos contemplados, según veíamos al principio de este apartado, el artículo 47 del texto refundido exige que en toda inscripción de finca rústica se escriba la frase: «Esta finca sólo puede ser susceptible de división o segregación respetando la unidad mínima de cultivo de acuerdo con las disposiciones de la ley.»

Como ya dijimos, la Ley de 15 de julio de 1954 únicamente exigía que se hiciera constar el carácter o condición de «indivisible» en aquellas fincas con extensión superficial inferior al doble de la unidad mínima de cultivo. Ahora el texto refundido exige que en toda inscripción de finca rústica, es decir, cualquiera que sea la extensión de la misma, figure la frase antes expresada. Ciertamente que la frase constituye una mera «advertencia» legal, pero, como ya exponíamos, el legislador ha estimado necesario que figure en toda inscripción de finca rústica, considerando más eficaz la publicidad del Registro—concretada en cada finca—que la abstracta de la norma en el *Boletín Oficial*.

El lugar adecuado para esa frase estimo sería después de la descripción de la finca.

Resumiendo este apartado: A) En la inscripción de toda finca rústica—cualquiera que sea su extensión—es preciso que figure la frase o expresión de que la misma sólo puede ser susceptible de división o segregación respetando la unidad mínima de cultivo, de acuerdo con lo dispuesto en la ley. B) Además, en las fincas que han surgido por segregación o división, con una superficie inferior a la unidad mínima de cultivo y que la calificación registral estima que no encajan en ninguna de las excepciones del artículo 44 del texto refundido, se consignará el derecho de los dueños de las fincas colindantes a adquirirlas en los términos que la ley establece.

II

DISPOSICIONES QUE AFECTAN AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LOS SUPUESTOS MAS IMPORTANTES DE ACTUACION DEL IRYDA

Establece el artículo 5 del texto refundido que el Gobierno podrá encomendar al Instituto, en zonas o comarcas que se determinarán por Decreto, las siguientes actuaciones: a) transformación economicosocial,

por razones de interés nacional, de grandes zonas mediante la realización de obras que requieran el mejor aprovechamiento de las tierras y las aguas y la creación de nuevas explotaciones agrarias; *b)* ordenación de las explotaciones agrarias para que alcancen dimensiones suficientes y adecuadas características socioeconómicas; *c)* establecimientos de planes de mejora para comarcas deprimidas, y *d)* concentración parcelaria.

Se deduce de lo anterior que las actuaciones más importantes—por la extensión de las zonas, número de fincas y de propiedades y por la frecuencia de ellas—son la concentración parcelaria, la transformación de grandes zonas de interés nacional (que puede ser en las grandes zonas regables, dominadas por obras públicas hidráulicas construidas o auxiliadas por el Estado; que se realicen en grandes obras de secano, transformando el sistema productivo, o en marismas o en terrenos que deban ser defendidos y saneados cuando abarquen gran superficie) y los planes de ordenación de explotaciones y de mejora de comarcas.

La realización de esos planes—dado que, como antes decía, comprenden a gran número de fincas y de propietarios, extendiéndose a veces a grandes comarcas, y que su ejecución dura incluso años—afectan al Registro de la Propiedad y por ello existen disposiciones que regulan la conexión de esos planes con la institución registral.

Dos cuestiones vamos a examinar en este apartado:

A) Obligaciones del Registrador de la Propiedad en la inscripción de fincas situadas en zona incluida en alguno de los planes de actuación del IRYDA y en las certificaciones que expidan sobre las mismas fincas.

B) Repercusión de esos planes en la transmisión de las fincas situadas en las zonas incluidas en ellos.

A) Obligaciones del Registrador de la Propiedad

1) En las zonas de concentración parcelaria. El artículo 207 del texto refundido, después de imponer al Instituto la obligación de comunicar al Registrador de la Propiedad correspondiente los términos afectados por los Decretos u Ordenes ministeriales en los que se determinen las zonas de concentración parcelaria, la determinación del perímetro de la zona y sus rectificaciones y las resoluciones o hechos que pongan término al procedimiento sin que la concentración se lleve a cabo, en el número 2 dice que «los Registradores de la Propiedad, en las notas de despacho que extiendan sobre los títulos relativos a fincas rústicas situadas en términos municipales afectados por la concentración y en las certificaciones relativas a las mismas, indicarán, en su caso, la existencia de la

concentración, salvo que les conste que están excluidas de ella o que sean fincas de reemplazo resultantes de dicha concentración».

Este precepto, que ya existía en la Ley de Concentración, impone, en definitiva, a los Registradores de la Propiedad la obligación de hacer constar en las notas de despacho de los documentos y en las certificaciones la existencia de la concentración. Esta obligatoriedad solamente desaparece: *a)* si el Registrador, bajo su responsabilidad, estima al despachar el título o al expedir la certificación que determinada finca está excluida de la concentración, y ello por cualquier motivo, bien por estar situada fuera del perímetro a concentrar, por su condición de finca no rústica o por concurrir en ella unas características que—según el Decreto—la excluyan o exceptúen de la concentración; *b)* si con el título o con la solicitud de certificación se aporta por el interesado certificado o documento del IRYDA expresivo de que la finca no está incluida en el plan de concentración, aunque este caso, en realidad, queda comprendido en el *a)*, anteriormente expuesto, y *c)* si ya están inscritas las fincas de reemplazo, es decir, si está ya terminado el proceso de concentración con la inscripción del acta de reorganización de la propiedad.

A nuestro juicio, y dado el contexto del precepto comentado, es indispensable, para que surja la obligación del Registrador, que la preceda, por parte del IRYDA, la comunicación oficial con los datos que el mismo artículo establece, aun cuando el Registrador tenga conocimiento del Decreto u Orden Ministerial por su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* o de la *Provincia*, inserción en tabloneros de anuncios de los ayuntamientos o incluso por su personal participación en la comisión local de concentración parcelaria.

En esta materia, el Servicio de Concentración Parcelaria ha comunicado a los Registros de la Propiedad la existencia del Decreto, y los Registradores, a partir de esa comunicación, hemos hecho constar, cuando unos y otras se refieren a fincas radicantes en términos municipales comprendidos en el Decreto, la existencia del mismo en forma similar a ésta: «Por Decreto de de de 19..... fue acordada la concentración parcelaria del término municipal (o de parte) de, en el que está situada la finca rústica o las fincas rústicas comprendidas en este documento», y ello después de la normal nota de inscripción extendida al pie del título. De forma análoga se hace constar en las certificaciones.

A partir del texto refundido, la comunicación deberá ser hecha por el IRYDA, Dirección de Estructuras Agrarias.

2) En las grandes zonas de interés nacional. El artículo 92 del mismo texto refundido, al tratar de las grandes zonas de interés nacional,

previene en su número 5 que «las obligaciones que el artículo 207 impone al Instituto, Registradores de la Propiedad y Notarios en materia de concentración parcelaria, se observarán también en relación con la declaración de interés nacional o de transformación de una zona».

3) En las zonas de ordenación de explotaciones, al disponer el artículo 129, 3, que en estas zonas se llevará a cabo la concentración parcelaria en los sectores que así se acuerde, se aplica la misma norma del artículo 207 en los sectores afectados.

4) En los planes comarcales de mejora, dice el artículo 143, número 3, que «las obligaciones que el artículo 207 impone al Instituto, Registradores de la Propiedad y Notarios en materia de concentración parcelaria, se observarán también con relación a los planes comarcales de mejora».

Estos dos preceptos, el 92, 5, y el 143, 3, no tienen antecedente en la legislación de colonización de grandes zonas, zonas regables, ordenación rural y comarcas mejorables. Sin embargo, es perfectamente lógica su inclusión en el texto refundido estableciendo las mismas obligaciones para el Instituto (comunicar al Registrador correspondiente la existencia del Decreto declarando el interés nacional o de transformación de la zona, el plan de ordenación o de comarca mejorable) y la del Registrador de hacer constar, en la nota al pie de los títulos referentes a fincas comprendidas en esos planes y en las certificaciones que expida de éstas, la existencia del Decreto para conocimiento de todos los que adquieran algún derecho sobre las mismas u obtengan una certificación registral que les afecte.

El Estado, consciente del valor del Registro y de su contenido en orden a la publicidad y seguridad del tráfico jurídico de bienes inmuebles, lo sitúa, en estas y otras disposiciones, como pieza medular de todo el sistema jurídico para garantía y publicidad de lo que afecte a la propiedad inmobiliaria, y que a través del mismo todos los que adquieran algún derecho sobre fincas rústicas radicantes en un término municipal o en una zona sobre la que esté llevando a efecto el IRYDA un plan de concentración parcelaria, de ordenación o de comarcas mejorables o de transformación sepan y conozcan la existencia del plan y, por tanto, de las consecuencias que del mismo se deriven o puedan derivarse para las fincas situadas dentro del perímetro comprendido en su esfera.

Como antes decíamos, esta obligación venía cumpliéndose por los Registradores en materia de concentración parcelaria—en la que existía la norma y la previa comunicación del servicio correspondiente—, pero no en los supuestos de transformación de zonas de interés nacional, en los de zona de ordenación de explotaciones y de mejora de comarcas.

y ello porque hasta ahora no se establecían la obligación de comunicar al Registrador la existencia del plan ni tampoco la de éste de hacerlo constar en la nota de despacho y en las certificaciones de fincas a las que el plan hiciera referencia.

Ahora bien, a partir de las disposiciones citadas, y teniendo en cuenta que la disposición transitoria primera del texto refundido dice que «las variaciones que introduce el presente texto legal se aplicarán a los procedimientos en marcha sin retroceder en los trámites», entiendo debe consignarse en la nota al pie de los títulos despachados y en las certificaciones, cuando unos y otras se refieran a fincas situadas en términos comprendidos en alguno de esos planes, la existencia del mismo con indicación del Decreto u Orden que lo aprobara; pero ello solamente en el caso que el Instituto haya comunicado previamente al Registrador los términos municipales afectados por el plan, la determinación del perímetro de cada zona y sus rectificaciones, y ello, como decíamos antes, al hablar de las zonas de concentración, aunque el Registrador conozca, por el *Boletín Oficial* o por anuncios, la existencia del plan y su zona de influencia. En los casos de transformación de grandes zonas de interés nacional se aprecia mejor esta exigencia previa del Instituto de comunicar los términos municipales comprendidos en el plan, porque suelen abarcar varios, incluso de diferentes distritos hipotecarios y aun de provincias distintas, y, además, en muchas ocasiones, el Decreto determina la zona afectada por datos cartográficos que no expresan los términos municipales comprendidos en su perímetro.

Por consiguiente, en los planes que se decreten en el futuro, a partir de la entrada en vigor del texto refundido, el IRYDA habrá de comunicar al Registrador correspondiente el Decreto u Orden ministerial aprobatorio del interés nacional o del plan, según los casos, con expresión de los términos municipales afectados y las rectificaciones posteriores, así como el perímetro de cada zona, y a partir de la recepción de tal comunicación, el Registrador consignará en la nota de despacho de los títulos y en las certificaciones (cuando proceda) la existencia del plan de que se trate.

En cuanto a los planes que se encuentran en la actualidad en vías de realización, si el IRYDA comunica su existencia con expresión de los datos indicados, también a partir de la recepción de la comunicación el Registrador consignará en la nota de despacho y en los títulos (cuando proceda) la existencia del plan de que se trate.

Las expresadas comunicaciones corresponde efectuarlas a la Dirección de Estructuras Agrarias del IRYDA.

B) *Repercusión de esos planes en la transmisión de las fincas situadas en las zonas incluidas en ellos*

1) Zonas de concentración parcelaria. Son válidas y eficaces y, por tanto, inscribibles las transmisiones y modificaciones de derechos sobre las fincas afectadas por un plan de concentración parcelaria durante todo el tiempo que dure su ejecución, es decir, desde la publicación y comunicación del Decreto acordándola hasta la inscripción de las fincas de reemplazo.

En la primera Ley de Concentración Parcelaria, la transmisión de fincas rústicas de la zona o perímetro comprendido en la concentración no se permitía, y la comunicación del Decreto acordando la misma provocaba el cierre del Registro para las fincas comprendidas en el plan. Los grandes perjuicios que de la excesiva duración de la paralización del tráfico se derivaban aconsejaron un cambio de criterio, que ya se plasmó en la modificación de esa legislación y ahora recoge el texto refundido.

El artículo 207, 2, que antes comentamos, recoge la obligación, derivada precisamente de la existencia de transmisiones de fincas o de modificaciones de derechos sobre ellas, que se inscriben con posterioridad a la iniciación del plan de concentración en el término municipal o zona de situación de esas fincas.

Más concretamente ello está regulado por el artículo 229 del texto refundido, que dice: «Será potestativo dar efecto en el expediente de concentración a las transmisiones o modificaciones de derechos que se comuniquen después de comenzada la publicación de las bases.» Así, pues, si la transmisión o modificación de fincas o derechos sobre ellas tienen lugar antes de comenzada la publicación de las bases y se ha comunicado al IRYDA, éste viene obligado a tener en cuenta esa transmisión o modificación en el expediente de concentración, de modo tal que viene a ser no sólo válida y eficaz, sino, además, obligatoria para el Instituto. Si esa transmisión o modificación se ha efectuado, o se ha comunicado al IRYDA, después de comenzada la publicación de las bases, es válida y eficaz y, por consiguiente, inscribible en el Registro, si bien para el Instituto es potestativo acogerla en el expediente de concentración.

Es indiferente que se trate de transmisión de fincas, a título oneroso o gratuito, por actos *intervivos* o *mortis causa* o de la constitución, modificación o extinción de derechos constituidos sobre las mismas.

2) Planes de transformación de grandes zonas de interés nacional. Las transmisiones de fincas rústicas situadas dentro de la zona comprendida en el plan y la constitución, modificación y extinción de dere-

chos reales constituidos sobre las mismas, que se realicen mientras dura su ejecución, son válidas y eficaces y, por tanto, inscribibles en el Registro de la Propiedad. Así resulta no sólo del artículo 92, 5, que anteriormente hemos comentado y cuya redacción presupone la continuidad en el despacho de títulos relativos a esas fincas, sino, además, del artículo 108 del mismo texto refundido.

Una más clara exposición del precepto últimamente citado nos aconseja recordar que las tierras comprendidas dentro de la parte incluida en un plan de transformación de grandes zonas de interés nacional pueden encontrarse en alguna de las siguientes situaciones, como consecuencia o en relación con el citado plan: «Tierras reservadas o sujetas a reserva», que son aquellas fincas o superficie que por el IRYDA, en la resolución de cada propietario, se señalan o fijan como parcelas o superficie que se le reserva a dicho propietario. «Tierras en exceso», que son aquellas tierras o superficie que rebasando de las declaradas reservadas son susceptibles de expropiación y adjudicación al Instituto. «Tierras exceptuadas», que son aquellas que estando comprendidas dentro de la zona o perímetro del plan, éste no les afecta, refiriéndose a las últimas el artículo 111.

El artículo 108 dice que «tendrán la consideración de tierras en exceso y quedarán, por tanto, sujetas al régimen que para las mismas se establece en la presente ley: A) Las enajenadas sin autorización del Instituto después de publicado el Decreto declarando de interés nacional la transformación de la zona y antes de publicarse el plan general, siempre que, además, se dé alguno de los supuestos siguientes: a) que la transmisión implique una parcelación o división del inmueble o tenga por objeto porciones indivisas del mismo, cualquiera que sea la condición del adquirente y el título por el cual se realice la transmisión; b) que al propietario enajenante pertenezcan otra u otras fincas no exceptuadas sitas en la misma zona regable; c) que la transmisión se haya efectuado a favor de sociedades u otras personas jurídicas. B) Las tierras sujetas a reserva adquiridas por actos *intervivos* con posterioridad a la aprobación del plan general, y hasta que dichas tierras queden sujetas a las normas generales que regulan la propiedad inmueble, sin perjuicio siempre de lo dispuesto en el artículo 28. C) Las que pertenezcan a los propietarios que no hubieren presentado en tiempo y forma la solicitud de reserva de tierras. D) Las que se determinen como tales por resolución firme del Instituto, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 104».

La lectura del precepto nos sugiere las consideraciones siguientes:

Primera: Las transmisiones de fincas efectuadas sin autorización del

Instituto son válidas y eficaces y producen todos sus efectos; por tanto, son inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Si con el título de una transmisión se acompaña la autorización del Instituto debe hacerse constar esa circunstancia en la inscripción, ya que ello tiene relevancia en cuanto al régimen jurídico de las fincas.

Segunda: El artículo distingue entre las transmisiones que se realicen después de publicado el Decreto, declarando de interés nacional la transformación de la zona y antes de publicarse el plan general, a las que se refiere el apartado A), y las enajenaciones efectuadas con posterioridad al plan general, a las que contempla el apartado B).

Desde que se publica el Decreto (declarando de interés nacional la transformación de la zona) hasta la publicación del plan general no se distingue—porque aún no están determinadas—entre tierras en exceso, reservadas o exceptuadas. Todas las enajenadas en ese intervalo por cualquier título (es decir, *intervivos* o *mortis causa*, oneroso o gratuito) sin autorización del Instituto tendrán la consideración de tierras en exceso, siempre que en dicha transmisión se den algunos de los supuestos que el mismo indica (que implique parcelación o división del inmueble o tenga por objeto porciones indivisas del mismo, que al propietario enajenante pertenezcan otra u otras fincas no exceptuadas en la misma zona o que la transmisión se efectúe a favor de sociedades u otra persona jurídica). La razón de todo ello es evitar que en ese período se modifique la situación de los propietarios de la zona en orden a la posible calificación de sus fincas como reservadas o de exceso. Por ello, el precepto considera todas las transmisiones entonces efectuadas como tendentes a eliminar tierras de exceso sobre la reserva, y de ahí que estime a todas las adquiridas como tierras en exceso.

Desde que se publica el plan general ya se distinguen las diferentes clases de tierras. Las transmisiones que se efectúen de «tierras en exceso» no tienen ninguna sanción, ya que seguirán teniendo ese carácter. Las que se efectúen de «tierras sujetas a reserva» por actos *intervivos* tendrán la consideración de tierras en exceso, hasta que dichas tierras queden sujetas a las normas generales que regulan la propiedad inmueble, sin perjuicio siempre de lo dispuesto en el artículo 28.

La referencia que hace el apartado B) del artículo 108 al 28 del mismo texto refundido, en principio, resulta poco comprensible. El artículo 28 se refiere al régimen de las tierras y explotaciones familiares adjudicadas o constituidas por el Instituto, y dice que «no se podrá sin autorización del Instituto, que sólo se concederá mediante una causa justificada: a) Desafectar todos o algunos de los elementos inmobiliarios que integren una explotación familiar constituida o completada por el

Instituto. *b)* Agrupar o dividir dichas explotaciones o agregarles nuevos elementos inmobiliarios. *c)* Transmitir o gravar todo o parte de cualquiera de ellos. Los inmuebles adquiridos en sustitución de los enajenados quedarán, en principio, afectos a la explotación. *d)* Transmitir *inter vivos* la explotación. No será necesaria autorización para transmitir la explotación, cualquiera que sea el régimen a que ésta se halle sujeta, en los casos previstos en el apartado 1 del artículo 31. La transmisión será, no obstante, notificada al Instituto (se refiere a transmisión a favor de descendientes o ascendientes o hermanos agricultores profesionales). Respecto de los inmuebles que figuren inscritos como elementos de la explotación, la desafección o los cambios de titularidad por actos *intervivos* o *mortis causa* deberán hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad».

Ahora bien, a nuestro entender, la relación entre ambos preceptos es la siguiente: El artículo 108, apartado B), nos dice que esas fincas tendrán la consideración de tierras en exceso, hasta que dichas tierras queden sujetas a las normas generales que regulan la propiedad del inmueble; el hecho de tener la consideración de tierras en exceso, como veíamos, significa que esas tierras pueden ser susceptibles de adquisición o expropiación por el IRYDA, pero no que irremisiblemente sean adquiridas o expropiadas por el mismo, ya que lo serán o no, según que se consideren necesarias o inútiles para la ejecución del plan. Por ello, el artículo 108 viene a decir que tendrán la consideración de tierras en exceso hasta que la realización del plan termine («hasta que dichas tierras queden sujetas a las normas generales que regulan la propiedad inmueble»), y entonces, si no han sido adquiridas o expropiadas por el Instituto, quedan sujetas a las normas generales de la propiedad inmueble, sin perjuicio de aplicársele también a esas tierras las normas del artículo 28, en cuanto norma general de las tierras o explotaciones familiares constituidas o adjudicadas por el Instituto.

Las transmisiones de tierras de reserva que se efectúen después de aprobado el plan general por actos *mortis causa* no pierden su carácter, es decir, que las fincas transmitidas por tal título, aun sin autorización del IRYDA, siguen teniendo la consideración de tierras reservadas.

Las tierras que resulten exceptuadas del plan, es decir, aquellas a las que éste no afecte, no están sujetas a ninguna limitación ni autorización y, por tanto, su transmisión en cualquier fecha o momento de situación de la realización del plan no lleva aparejada ninguna sanción.

Del propio artículo 108 se deduce que únicamente se refiere a las transmisiones de fincas y que, por consiguiente, la constitución, modificación, transmisión o extinción de los derechos reales constituidos sobre

ellas no implica ninguna alteración en la calificación de las tierras en relación con el plan.

3) Zonas de ordenación de explotaciones y de comarcas mejorables. Tanto por la referencia del artículo 129, 3, a la declaración de llevar a cabo en las zonas de ordenación la concentración, como por la del artículo 145, 3, se llega a la conclusión de que en tales zonas no existe limitación a la libre transmisión de la propiedad y, por tanto, que la existencia de esos planes no impide la transmisión de las fincas situadas en la zona comprendida en el mismo ni la constitución modificación, transmisión o extinción de los derechos reales constituidos sobre las mismas y, por consiguiente, que son inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Resumiendo este apartado: A) En las zonas de concentración parcelaria, en las de transformación por interés nacional, en las de ordenación de las explotaciones y en las de mejora de comarcas, a partir de la comunicación del IRYDA al Registrador correspondiente del Decreto pertinente con expresión de los términos municipales afectados y del perímetro de la zona, dicho funcionario viene obligado a consignar en la nota de despacho de los documentos, de fincas rústicas comprendidas en aquellos términos o zona y en las certificaciones relativas a las mismas la existencia del plan de que se trate. B) Mientras dura la ejecución de cualquiera de los planes expresados son inscribibles—sin necesidad de autorización del IRYDA—los títulos en los que se transmitan fincas rústicas o se constituyan, modifiquen, transmitan o extingan derechos reales sobre las mismas.

III

ADQUISICION DE BIENES INMUEBLES POR EL IRYDA

Sin perjuicio de precisar, en otro punto de este trabajo, los órganos del IRYDA, la representación del mismo y su capacidad para adquirir y enajenar bienes inmuebles, digamos ahora que es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Agricultura, que se rige por el texto refundido aprobado por Decreto-Ley de 12 de enero 1973 y por la legislación sobre régimen jurídico de las entidades estatales autónomas.

Los fines de dicho organismo están indicados con gran amplitud en el artículo 4 del texto refundido y son, en general, los que el Estado le encomiende para el desarrollo y la reforma agraria.

Como tal organismo autónomo tiene personalidad propia, patrimonio

separado, contabilidad independiente de la del Estado y capacidad para adquirir bienes.

La adquisición de bienes inmuebles por parte del IRYDA puede tener lugar:

a) Haciendo suyos o perteneciendo al mismo todos los que integraban el patrimonio de los centros y organismos suprimidos por la Ley de 21 de julio de 1971, tales como el Instituto Nacional de Colonización y Servicio de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural (art. 7, a), del texto refundido).

Registralmente no es necesario, a mi entender, hacer constar el cambio de titularidad, pues los bienes inscritos a nombre de los organismos y centros desaparecidos por disposición legal sin efectuar asiento alguno en el Registro de la Propiedad pertenecen al IRYDA, y los actos de transmisión o gravamen, en su caso, otorgados por este último son directamente inscribibles, es decir, se cumple el tracto sucesivo sin necesidad, repito, de una inscripción previa a favor del mismo. Claro que no existe obstáculo para que, a petición del citado IRYDA, todos los bienes que figuren inscritos a favor de los organismos suprimidos se inscriban a favor del nuevo organismo o se haga constar, mediante otra clase de asiento, este cambio de titularidad, al amparo del párrafo tercero del artículo 18 del Reglamento Hipotecario, según el cual «los cambios de adscripción de los bienes del Estado a distinto Ministerio por reorganización o alteración administrativa o por cualquier otra causa, y los que se produzcan a otro organismo o servicio del mismo departamento, podrán inscribirse mediante el traslado de la disposición administrativa correspondiente», que aun cuando referido a la «adscripción» de bienes contempla un caso similar. En el texto refundido que comentamos no existe ninguna disposición (como tampoco en las normas vigentes que regulan la estructura orgánica del IRYDA) que ordene la inscripción de los bienes inscritos a favor de los organismos desaparecidos a nombre del Instituto, como, por vía de ejemplo, dispuso la Ley Sindical de 17 de febrero de 1971 (disposición final segunda).

De lo anteriormente expuesto se deduce que entendemos, asimismo, que los títulos en los que aparezca como adquirente de derechos alguno de los organismos desaparecidos son directamente inscribibles a favor del IRYDA. Es frecuente que se presenten ahora escrituras públicas de adquisición de bienes o, todavía más, actas de ocupación y pago en expropiaciones efectuadas hace tiempo, en cuyos títulos aparece como organismo adquirente o expropiante el Instituto Nacional de Colonización, por ejemplo, bien que en las actas de ocupación figuraba el visto bueno del director de Estructuras Agrarias del IRYDA; pues bien, en tales

casos, como hemos dicho, la inscripción habrá de efectuarse directamente a favor del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario.

b) Por donación, herencia o legado, previa observancia de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 (art. 7, c), del texto refundido). El precepto de la Ley del Patrimonio dice que «no podrán aceptarse herencias testamentarias, legados o donaciones en favor del Estado sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, aunque el testador o donante señalase como beneficiario a algún organismo de la Administración. La aceptación de la herencia se entenderá siempre hecha a beneficio de inventario», criterio ya recogido prácticamente en el artículo 994 del Código civil.

c) Por cualquier otro título (art. 7, c)) del texto refundido.

d) El Instituto, previa tasación y aprobación del correspondiente plan de reparcelación o redistribución, podrá adquirir, para el cumplimiento de sus fines señalados en los artículos 4 y 5, las fincas de propiedad particular que voluntariamente quieran enajenar sus dueños. Las fincas serán inscritas a nombre del Instituto o del adjudicatario, según proceda (art. 20, 1, del texto refundido).

Son requisitos de estas adquisiciones: 1) que preceda tasación de las fincas; 2) que exista aprobado un plan de reparcelación o redistribución de tierras para el que sea precisa la adquisición de las mismas; 3) que la adquisición sea para el cumplimiento de los fines señalados en los artículos 3 y 4; 4) que las fincas sean adquiridas e inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre del Instituto o del adjudicatario de las mismas, según proceda.

e) En las zonas sujetas a concentración parcelaria se adquirirán con preferencia, antes que se realice la concentración, las propiedades inferiores a la unidad mínima de cultivo ofrecidas por los propietarios cultivadores directos que constituyan la única aportación del vendedor, el cual percibirá el 20 por 100 como premio de afección (art. 20, 2, del texto refundido).

f) El Instituto también podrá discrecionalmente adquirir por compra hasta la totalidad de las tierras en exceso con las edificaciones que existan en las mismas y, en general, los bienes a los que afecte un plan de transformación de la zona. La adquisición, bien sea por compra o por expropiación, se hará siempre por el valor en secano, salvo en las tierras transformadas en regadío con anterioridad al plan. Esta adquisición se hará a partir de la resolución del Instituto (se refiere a la del art. 103)

y hasta que haya transcurrido un año desde la declaración de puesta en riego (art. 113 del texto refundido).

g) El Instituto podrá adquirir, asimismo, terminado el período de cinco años siguientes a la declaración de puesta en riego, todas las tierras pertenecientes a los propietarios que no hayan dado cumplimiento conjuntamente a la obligación de construir las obras de interés agrícola privado de carácter obligatorio y las de aquellos que no hubiesen conseguido el grado mínimo de productividad señalado en el plan. En este caso se le abonará, además del valor de la tierra en secano, los gastos que haya realizado, siempre que se ajusten a la finalidad del plan, y deduciéndole el importe de las obras realizadas por el Instituto que los propietarios no hubieran saldado con éste (art. 122 texto refundido).

h) Los demás bienes que se le asignen (art. 7, *d*), texto refundido). Claro que estos bienes, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley de Organismos Autónomos de 26 de diciembre de 1958, si son del Estado conservarán su calificación jurídica originaria y el organismo no adquiere su propiedad.

i) El Instituto podrá adquirir también tierras por expropiación en los casos y con los requisitos establecidos en la ley (art. 20, 3, texto refundido).

Como requisito de fondo, común a toda adquisición del IRYDA, puede señalarse que la adquisición se realice dentro de los fines asignados al mismo y para el cumplimiento de las misiones a él encomendadas, ya que, según el artículo 7 de la citada Ley de Organismos Autónomos, «los organismos autónomos no podrán realizar funciones que no les estén expresamente asignadas en sus disposiciones fundacionales o en las que en lo sucesivo se dicten para modificarlos, ni dedicar sus fondos a finalidades distintas de las que constituyan el objeto que los mismos tengan asignados por dichas disposiciones».

Como requisitos de forma de estas adquisiciones podemos indicar los siguientes: 1) La representación del IRYDA corresponde al Presidente del mismo, aunque existen otros órganos que, como ya veremos, pueden ostentar esta representación o actuar por delegación de aquél. 2) El documento idóneo para hacer constar la adquisición es, por regla general, la escritura pública o, tratándose de adquisiciones por expropiación, el acta de ocupación y pago. 3) El Consejo Nacional del IRYDA tiene que aprobar el precio y condiciones de la adquisición (y enajenación) de las fincas que precise el organismo para la instalación de empresarios agrícolas y creación de explotaciones agrarias viables, así como las permutas que se realicen con la misma finalidad, siempre que el valor en conjunto

de las fincas adquiridas, enajenadas o permutadas supere los cinco millones. 4) Que cuando se trate de autorización de gastos que excedan de un millón quinientas mil pesetas y la fijación del precio, cuando corresponda al Presidente, en las adquisiciones por compra o expropiación, la escritura esté otorgada por el propio Presidente del IRYDA, ya que esas facultades no son delegables (apartado 2 de la Resolución de la Presidencia del mismo 31 de enero de 1972). 5) Que en los casos que antes hemos indicado preceda la tasación de los bienes y la aprobación del plan de reparcelación y redistribución de la propiedad. 6) Que salvo los casos en los que se admite la adquisición por contratación directa, la misma tenga lugar en subasta.

Como normas de carácter subsidiario de la adquisición de bienes por el IRYDA pueden citarse y tenerse en cuenta los artículos 43 y 44 de la Ley de 26 de diciembre de 1958 (organismos autónomos), que previenen que pueden adquirir bienes por sí solos si el inmueble constituye el objeto directo de sus actividades y no ha de quedar incorporado a su patrimonio inmovilizado, o bien previa decisión del Consejo de Ministros si la cosa que se pretenda adquirir es la única apta para el cumplimiento de la finalidad a que se la destina, pues en ambos casos están exentas las adquisiciones de la formalidad de la subasta.

Un medio especial de adquirir bienes el IRYDA lo constituye el de adjudicación del bien perseguido, en vía de apremio, por el citado organismo para hacer efectivos créditos a favor del mismo, caso de no existir licitadores en las subastas del bien, en cuanto que el Instituto, según el número 2 del artículo 8 del texto refundido, puede utilizar la vía administrativa de apremio para el cobro de sus créditos. Esta adquisición se acomodará, en cuanto a sus requisitos, a lo establecido por el Estatuto de Recaudación de 14 de noviembre de 1968.

IV

ENAJENACION DE BIENES INMUEBLES POR EL IRYDA

En este apartado es preciso distinguir: A) Enajenaciones efectuadas por el IRYDA dentro del cumplimiento de sus fines. B) Otras enajenaciones efectuadas por el IRYDA.

A) Enajenaciones efectuadas por el IRYDA para el cumplimiento de sus fines. Son las más frecuentes. Como normas generales rigen los artículos 21 y 22 del texto refundido, según los cuales las tierras adquiri-

das por el Instituto serán aplicadas por éste a los fines siguientes: *a)* Constituir o completar explotaciones familiares con el régimen peculiar establecido en la ley o, a solicitud del titular, patrimonios familiares. *b)* Constituir explotaciones comunitarias. *c)* Establecer huertos familiares para trabajadores, preferentemente agrícolas, empleados en las explotaciones. *d)* Excepcionalmente, el Instituto podrá retener o ceder a entidades oficiales, sindicales o del Movimiento las tierras precisas para atender fines generales y en especial los de carácter educativo, de mejora, demostración y experimentación agraria.

Es decir, que las tierras adquiridas por el IRYDA no lo son para constituir un patrimonio inmovilizado del mismo, sino para cumplir los fines expresados.

El Instituto habrá de aplicar las fincas adquiridas, a los fines establecidos, en el plazo máximo de tres años a partir de su adquisición, salvo en los casos de expropiación por interés social, en los que el plazo será de un año.

El período de tres años se contará: *a)* en las zonas de concentración parcelaria, desde que el acuerdo de concentración sea firme; *b)* si se trata de zonas declaradas de interés nacional, desde la declaración de puesta en riego o desde que terminadas las grandes obras de transformación, las tierras hayan quedado en condiciones adecuadas para los nuevos sistemas de cultivo. En las zonas de ordenación de explotaciones, el plazo podrá prorrogarse mientras esté en vigor el que se hubiera concedido por el Gobierno para solicitar ayudas y estímulos.

Las enajenaciones o adjudicaciones que haga el Instituto—dentro del período de tres años siguientes a su adquisición—a los fines pretendidos reunirán los siguientes requisitos:

1) Adjudicaciones a título de concesión administrativa. Según el artículo 29 del texto refundido, «las tierras destinadas a constituir explotaciones familiares y comunitarias se adjudicarán siempre por el Instituto en concepto de concesión administrativa». Estas concesiones podrían ser objeto de inscripción, al amparo del número 2 del artículo 30 del Reglamento Hipotecario, que considera inscribibles en el Registro de la Propiedad «las roturaciones legitimadas, los títulos de concentración parcelaria y las concesiones de fincas o derechos reales otorgados por la Administración para colonización u otros fines análogos de carácter social...».

2) Adjudicaciones en propiedad. Las regula el artículo 34 del mismo texto refundido, que dice: «El Instituto otorgará a favor de cada concesionario la escritura pública de transferencia de la propiedad de los inmuebles objeto de la concesión cuando concurren los siguientes requi-

sitos: *a)* que no haya sido declarada la falta de aptitud del concesionario para el ejercicio de la empresa agraria; *b)* que haya cumplido las obligaciones derivadas de la concesión, especialmente que tenga en regla la cuenta del Instituto; *c)* que hayan transcurrido ocho años de la instalación del concesionario en la explotación. Este plazo podrá ser ampliado o reducido por el Ministerio de Agricultura, sin que pueda ser inferior a cuatro años. La prórroga no podrá exceder de veinte años, pudiendo al final de este plazo, si existen causas que lo justifiquen, ser renovada la concesión. El precio de cada finca para su adjudicación en propiedad equivaldrá al valor medio de adquisición de las tierras en la zona, sector o finca, corregido por un índice variable, según la calidad y circunstancia con el incremento que, en su caso, corresponda por el coste de las mejoras necesarias o útiles que sean imputables.

En la escritura de propiedad se establecerán, conforme al anuncio previo a la concesión, las hipotecas y los derechos o condiciones que sean suficientes para garantizar el pago de la parte del precio que aún adeude o de otras cantidades pendientes o el cumplimiento de las obligaciones de los adquirentes...

El Instituto entregará al adquirente, con cargo a su cuenta, el título inscrito en el Registro de la Propiedad.»

3) Adjudicaciones de fincas para huertos familiares. Según el artículo 24, «las tierras sobre las que se establezcan huertos para trabajadores se transferirán en propiedad a las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos y, en su defecto, a las entidades municipales en cuyo término o demarcación estén sitas».

4) Adjudicaciones para explotaciones comunitarias. De conformidad con el artículo 26, número 2, «las explotaciones comunitarias se adjudicarán a cooperativas, grupos sindicales de colonización u otras agrupaciones de agricultores que hayan de explotarlas en común constituidas en el seno de la Organización Sindical. Estas entidades asociativas estarán formadas por agricultores que cultiven personalmente unidades inferiores a explotaciones familiares o por trabajadores agrarios. Se dará prioridad a las constituidas por jóvenes con formación profesional».

5) Adjudicación de patrimonios familiares. A ella se refieren los artículos 36 y siguientes, según los cuales, la propiedad del patrimonio familiar habrá de quedar atribuida, en todo caso, a una persona física, como único titular del mismo.

El patrimonio familiar se constituirá por documento público inscrito en el Registro de la Propiedad. En el caso de que el adjudicatario aporte bienes inmuebles para la constitución del patrimonio, éste habrá de hacerse en escritura pública, debiendo hallarse libres de cargas y gravá-

menes los bienes aportados, a no ser que el Ministerio de Agricultura estimare que las existentes no se oponen a las finalidades de la ley.

6) Adjudicaciones de solares y, en su caso, de las viviendas y locales destinados, en los poblados construidos por el Instituto, a comercios y artesanías. En el texto refundido no existe ninguna disposición respecto a solares, viviendas o locales, y de las disposiciones examinadas únicamente en el apartado e) del número 4 de la Resolución de la Presidencia del IRYDA de 31 de enero de 1972 se atribuye la competencia para hacer esas adjudicaciones por delegación al director de administración del Instituto.

7) Adjudicaciones en los casos de concentración parcelaria. Según el artículo 223, «el acta de reorganización de la propiedad será protocolizada por el Notario que haya formado parte de la comisión local o por el que la haya sustituido y las copias parciales que expida, que podrán ser impresas, servirán de título de dominio a los participantes en la concentración, correspondiendo al Instituto promover la inscripción de dichos títulos en el Registro de la Propiedad».

Se contemplan en el texto refundido algunos otros casos de adjudicaciones, como, por ejemplo, en los artículos 105 y 106, para completar la superficie necesaria para constituir la unidad familiar o las adjudicaciones a los propietarios que tuvieran sus fincas cedidas en arrendamiento o en aparcería, pero en realidad se sujetan a las normas que antes hemos dejado indicadas.

B) Otras enajenaciones efectuadas por el IRYDA:

1) Las de las fincas adquiridas para el cumplimiento de sus fines sin haberlas dedicado a ellos en el plazo establecido. De acuerdo con el artículo 22, número 4, «transcurrido el plazo expresado (tres años, según el propio artículo, ya recogido anteriormente) sin que se hubieran formulado peticiones de concesión o adjudicación, y a salvo, en su caso, el derecho de reversión, las tierras serán vendidas en pública subasta, salvo que el Instituto acuerde su retención o cesión a entidades oficiales, sindicales o del Movimiento para atender fines generales y en especial los de carácter educativo, de mejora, demostración o experimentación agraria. Las fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo serán ofrecidas previamente en venta a los propietarios colindantes por su justo precio, y de no aceptarlas éstos, a los titulares de cualquier explotación de la comarca. Las tierras sobrantes de la concentración parcelaria, dentro de los tres años, se destinarán a ser utilizadas para subsanar errores que se adviertan en la concentración cuando sea procedente. Transcurrido ese plazo se destinarán: a) a finalidades que benefician a la generalidad de

los agricultores de la zona o a ser redistribuidas; *b*) adjudicarlas al municipio, entidad local menor o hermandad local de labradores y ganaderos para que las destinen a huertos familiares o a finalidad que beneficie a la generalidad de los agricultores. También podrán ser subastadas por el Instituto y entregar el precio del remate a esas entidades.

2) Enajenaciones de los bienes que han dejado de ser necesarios para los fines del IRYDA. Su especialidad consiste, de acuerdo con el número o apartado *d*) del artículo 11 del texto refundido, en que las mismas han de ser conocidas e informadas por el Consejo Nacional del Instituto.

Los requisitos de forma de las enajenaciones—aparte de la exigencia de subasta pública en los supuestos que hemos indicado—podemos concretarlos en los siguientes: 1) La representación del IRYDA corresponde al presidente, sin perjuicio de las delegaciones que después examinaremos. 2) El documento idóneo para hacer constar la enajenación es la escritura pública, excepto cuando la adjudicación sea a título de concesión en que no se precisa el título y en concentración parcelaria, que lo es el acta de reorganización de la propiedad. 3) Que el Consejo Nacional del IRYDA apruebe el precio y condiciones de (la adquisición) y enajenación de las fincas que precise el organismo para la instalación de empresarios agrícolas y creación de explotaciones agrarias viables, así como las permutas que se realicen con la misma finalidad, siempre que el valor en conjunto de las fincas adquiridas, enajenadas o permutadas supere los cinco millones de pesetas (art. 11, *c*)). 4) Que cuando se trate de enajenaciones de bienes que por cualquier circunstancia se hayan hecho innecesarios para los fines del Instituto, cualquiera que sea su valor, las conozca e informe el citado Consejo Nacional del Instituto (art. 11, *d*)). 5) Que la fijación del precio y condiciones en las enajenaciones de fincas rústicas, así como en las donaciones de bienes del patrimonio del Instituto, se haga por el presidente del IRYDA, quien otorgará la escritura, en cuanto que esas atribuciones no son delegables, según el número 2 de la Resolución de la Presidencia del IRYDA de 31 de enero de 1972.

Por lo que se refiere a la imposición de gravámenes sobre los bienes del Instituto, solamente citaremos la norma, ya expuesta con otro motivo, contenida en el apartado *d*) del número 2 de la Resolución de la Presidencia del IRYDA, que expresa que la imposición de gravámenes es atribución que corresponde, sin posible delegación, al presidente del organismo.

En esta materia puede citarse también el artículo 12 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, que dice:

Las operaciones de crédito para el cumplimiento de los fines de la institución que concierten los organismos autónomos habrán de estar autorizadas de manera genérica por sus leyes fundacionales o mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, siempre que no tengan el aval o garantía del Estado; en este último caso, añadiremos, han de concertarse por ley.

V

OTRAS DISPOSICIONES DEL TEXTO RELACIONADAS CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Aparte de las ya examinadas existen en el texto refundido muchas disposiciones relacionadas en una u otra forma con el Registro de la Propiedad, entre las que, sin ánimo exhaustivo, podemos citar las siguientes:

1) El artículo 16, en el que se designa al Registrador de la Propiedad de la zona correspondiente para formar parte de la Comisión Local de Concentración Parcelaria.

2) El artículo 35, número 4, que dispone que cuando se adjudique una explotación familiar a un solo heredero con la obligación de abonar los excesos a metálico a los demás, los bienes quedarán afectados al pago de las cantidades que deban ser abonadas en compensación del exceso por el adjudicatario, y si en el documento particional no se acreditara haber sido satisfecho, se hará constar la afección, por nota marginal, en el Registro de la Propiedad. La nota caducará a los cinco años de su fecha.

3) Al regular el régimen jurídico de los patrimonios familiares (artículos 36 y siguientes), los declara inembargables, sólo susceptibles de hipoteca legal o voluntaria, ésta con autorización del ministro de Agricultura, y ordenando, cuando haya de ejecutarse, que la ejecución sea total, por el carácter de indivisible del patrimonio.

4) El artículo 47, número 2, que dice que «la inexactitud de aquellos datos (se refiere a la condición de la finca como de secano o regadío y a su extensión superficial) no puede favorecer a la parte que ocasionó la falsedad ni enervará, por tanto, los derechos establecidos en la ley, que podrán ejercitarse sin necesidad de anular la inscripción».

5) El artículo 86, que para garantizar el importe de las obras complementarias de sector en zonas de ordenación de explotaciones o concen-

tración parcelaria cuando se exija la garantía hipotecaria, previene que las fincas de reemplazo se adjudicarán gravadas con una hipoteca en las condiciones previamente aceptadas, fijándose como valor de la finca, a efectos de enajenación judicial, el doble de la obligación principal garantizada, y como domicilio del deudor, el Ayuntamiento donde radique la finca. Esta hipoteca se inscribirá en el Registro de la Propiedad mediante el mismo título que, conforme a las normas de concentración, motive la inscripción de la finca sobre la que recae, el cual será título de crédito apto para la ejecución en virtud del procedimiento judicial sumario regulado en la legislación hipotecaria. Las hipotecas expresadas podrán cancelarse mediante certificación expedida por el Instituto, acreditativa de estar totalmente pagada la suma garantizada y sus intereses.

6) El artículo 107, número 2, que indica como documento para acompañar a la solicitud de reserva, en los planes de transformación por interés nacional, la certificación registral correspondiente.

7) El número 4 del artículo 118, que señala como título adecuado para hacer constar en el Registro el régimen, cargas y condiciones a que estén sujetas las fincas reservadas, el expedido, con expresión de cada finca, conforme a lo que se disponga conjuntamente por los Ministerios de Justicia y Agricultura.

8) El artículo 152, que al tratar del Catálogo de Fincas Rústicas Mejorables, dice que de la inclusión de una finca en el Catálogo se tomará razón en el Registro de la Propiedad para dar efectividad, respecto de terceros protegidos por dicho Registro, a lo dispuesto en esta ley. Se expedirá con tal fin la correspondiente certificación administrativa, en la que necesariamente se hará constar haberse entendido las actuaciones con el titular registral y la forma en que hayan sido hechas al mismo las notificaciones procedentes. Si la finca no estuviese inscrita, su titular vendrá obligado a inmatricularla en el plazo que la Administración señale, siendo responsable, si culposamente no lo hiciere, de los daños y perjuicios que por falta de inscripción se originen y sin perjuicio de la facultad de la Administración de solicitar en cualquier tiempo la oportuna anotación de suspensión.

9) El artículo 155, número 2, que dice: «Excluida una finca del Catálogo o caducada la inscripción en él se cancelarán los asientos practicados en el Registro, quedando igualmente sin efecto cualquier otra consecuencia que hubiere motivado su inscripción. La cancelación en el Registro se hará de oficio, en virtud de comunicación de la Administración.»

10) El artículo 257, número 4, que al tratar de las fincas mejorables, cuya declaración se hace por Orden ministerial, dice que esa Orden,

una vez firme, producirá nota marginal en el Registro de la Propiedad correspondiente, sin perjuicio de la toma de razón que en dicho Registro cause en su día la inclusión en el Catálogo.

11) El artículo 263, que al regular las permutas forzosas, entre las condiciones que debe tener la finca que ha de entregarse en permuta, fija, en el apartado f), la de estar libre de cargas e inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del que insta la permuta.

12) Existen, como decíamos, otras muchas normas relacionadas con el Registro de la Propiedad en el texto refundido examinado, especialmente al regular el procedimiento de concentración parcelaria.

VI

ESTRUCTURA ORGANICA DEL IRYDA Y COMPETENCIA DE SUS DIVERSOS ORGANOS

Según la disposición final derogatoria, en su número 4, del texto refundido que venimos examinando, continuará en vigor la Ley 35/1971, de 21 de julio, de creación del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, 4, de dicho texto, el Gobierno, a propuesta del Ministro de Agricultura, aprobará por Decreto el Reglamento Orgánico del Instituto y determinará los órganos del mismo superiores a sección, precepto que ya contenía el artículo 4, 4, de la Ley de 21 de julio de 1971.

En el texto refundido se recogen algunos extremos de la estructura orgánica del IRYDA, y así—en los artículos 10 y 11—se habla de los cargos de Presidente y Secretario General, Directores, Asesoría jurídica e Intervención delegada del IRYDA, y más ampliamente, del Consejo Nacional del Instituto, cuya composición detalla el artículo 12.

Las actuales disposiciones señalan como órganos del IRYDA los siguientes:

1) *El Consejo Nacional.*—Está presidido por el Ministro de Agricultura y lo forman un Vicepresidente primero (el Subsecretario de Agricultura), un Vicepresidente segundo (el Presidente del IRYDA), un Secretario y los Vocales que se indican en el artículo 12 del texto refundido y en las disposiciones complementarias. El Consejo funciona, como órgano colgado, en pleno y en comisión permanente. No están detallados los asuntos que han de ser conocidos o resueltos por el pleno o por la comi-

sión. Los órganos colegiados funcionan, según el artículo 11 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (a la que se remite el texto refundido), por régimen de mayorías, siendo válida la constitución con el *quorum*, de mayoría absoluta de miembros en primera convocatoria; en segunda, la tercera parte de sus miembros, y en todo caso, en número no inferior a tres. Los acuerdos son adoptados por mayoría absoluta de asistentes y dirimirá los empates el voto del presidente.

Entre las funciones del Consejo, que se detallan en el artículo 11 del texto refundido, ya hemos resaltado las relacionadas con la adquisición y enajenación de bienes.

2) *El Presidente del IRYDA*.—La Ley de 21 de julio de 1971 estableció que al frente del Instituto habría un director general, determinando el Decreto de 13 de agosto del mismo año sus atribuciones. Los artículos 3 y 4 del Decreto-Ley de 28 de octubre de 1971, modificando la ley anterior, declaró que «al frente del Instituto existirá un Presidente, que será designado y separado libremente por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Agricultura».

Son facultades del Presidente: a) Cuantas le correspondan como jefe del organismo, conforme a la legislación vigente sobre entidades estatales autónomas. b) LA REPRESENTACION DEL ORGANISMO PARA TODA CLASE DE ACTOS Y CONTRATOS. c) Las que le atribuya especialmente la legislación sobre reforma y desarrollo agrario. Sin perjuicio de lo anterior, ejercerá las mismas atribuciones que tenía el Director General de Colonización y Ordenación Rural.

3) *Secretario General del IRYDA*.—Será también designado y separado libremente por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Agricultura.

Son funciones del mismo la de auxiliar al Presidente en el ejercicio de sus funciones y *sustituirle en los casos de vacante, ausencia, enfermedad u otras causas de imposibilidad*.

Puede, pues, estar representado el IRYDA por el Secretario General en toda clase de actos y contratos, siempre que actúe en sustitución del Presidente en los casos de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa de imposibilidad del mismo.

Tanto el Presidente como el Secretario General se nombran por Decreto, de conformidad, además, con lo previsto por el artículo 9 de la Ley de Organismos Autónomos de 26 de diciembre de 1958.

En los títulos correspondientes bastará que figure la fecha del Decreto de nombramiento del Presidente o del Secretario, y caso de que

actúe el último deberá manifestarse que lo hace en sustitución del presidente con expresión de la causa que lo motiva.

4) *Directores del IRYDA*.—Nombrados por el Ministro de Agricultura, por Orden ministerial, a propuesta del Presidente del IRYDA (artículo 10, 2, del texto refundido, y 9 de la Ley de Organismos Autónomos).

El Instituto se estructura en cinco direcciones, con nivel orgánico de subdirecciones generales: 1) Dirección de Administración. 2) Dirección de Equipos Mecánicos. 3) Dirección de Estructuras Agrarias. 4) Dirección de Obras y Mejoras Territoriales. 5) Dirección de Asistencia Económico-social (art. 9 del Decreto de 23 de diciembre de 1971).

En cada una de esas direcciones—excepto en la de Equipos Mecánicos—existirá un Director adjunto, quien, sin perjuicio de las funciones que se le encomienden, le corresponderá auxiliar y sustituir a su respectivo Director en el ejercicio de los cometidos de éste (art. 10 del citado Decreto de 23 de diciembre de 1971).

El artículo 9 del expresado Decreto determina las funciones específicas de cada una de esas direcciones—detallándose la estructura orgánica de las mismas con sus correspondientes unidades en la Orden de 28 de enero de 1972—, si bien nosotros recogeremos solamente aquellas funciones que hagan referencia más concreta al fin perseguido en este trabajo. Con esta limitación digamos que corresponde:

A la *Dirección de Administración*: La gestión y administración del patrimonio del IRYDA, incluidas las relaciones con los concesionarios de tierras del Instituto; el registro general; archivo, y, en general, todos los asuntos relacionados con el régimen interior del organismo.

A la *Dirección de Estructuras Agrarias*: Todos los servicios relacionados con la creación o reestructuración de explotaciones agrarias, y dentro de ella tiene las siguientes unidades: a) sección de adquisición y redistribución de tierras; b) sección de ordenación de la propiedad; c) sección de programas obligatorios y mejora de explotaciones, y d) sección de régimen jurídico de la tierra.

A la *Dirección de Asistencia Económico-social*: La gestión y tramitación de todos los asuntos relacionados con la concesión de auxilios técnicos y económicos adecuados para la capitalización de las empresas agrarias, así como la mejora del medio rural. Todo lo relativo a préstamos, subvenciones, auxilios, mejoras, etc.

A las dos *Direcciones* restantes, de *Equipos Mecánicos* y de *Obras y Mejoras Territoriales*, les corresponden funciones que se refieren menos a las cuestiones comprendidas en este trabajo.

5) *Jefes de servicio*.—De los que están adscritos a la Presidencia, dependiendo directamente de la misma, el Gabinete Técnico y el de Derecho agrario, y de la Secretaría General, el de Planificación, el de Proceso de Datos y el de Revisión.

6) *Jefes de Sección*.—Que, según el número 11 de la Resolución de la Presidencia del IRYDA de 31 de enero de 1972, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 31 de diciembre de 1958, están facultados para expedir certificados, firmar comunicaciones de devolución de documentos y acuses de recibo..., petición a otros organismos de documentos que reglamentariamente deban figurar en los expedientes. «De igual modo, los Jefes de Sección podrán dirigirse con la fórmula 'de orden de...' a cualquier autoridad de igual o superior categoría administrativa, siempre que se trate del cumplimiento de un trámite que no signifique resolución o acuerdo de un expediente.»

Dentro de este apartado pueden considerarse comprendidas las peticiones de certificaciones registrales, traslado de comunicaciones o de resoluciones, etc.

El personal expresado, Jefes de Sección, es nombrado por el Presidente del IRYDA, y en los títulos en que actúen, cuando lo hagan por delegación en actos o contratos, deberá transcribirse el documento del que resulte su nombramiento.

7) *Jefes de unidades supraprovinciales*.—Según la disposición transitoria de la Orden de 28 de enero de 1972, «las unidades de ámbito supraprovincial actualmente existentes en los organismos integrados en el IRYDA se adaptarán a la estructura orgánica de las divisiones regionales del Ministerio de Agricultura». En tanto no haya sido establecida dicha estructura, la presidencia del IRYDA podrá constituir con carácter provisional jefaturas de ámbito supraprovincial, de las que dependerán los actuales parques regionales de maquinaria.

8) *Jefes Provinciales del IRYDA*.—Que, de conformidad con lo prevenido en la disposición transitoria de la Orden de la Presidencia del Instituto de 31 de enero de 1972, en tanto no se lleve a cabo la delegación de atribuciones a favor de las autoridades periféricas, previstas en el párrafo 2 del artículo 32 del Decreto 2.684/1971, de 5 de noviembre, los citados Jefes Provinciales ejercerán las atribuciones actualmente delegadas en los Jefes de los Organismos suprimidos.

Todo el personal a partir del Jefe de Sección se nombra por el Presidente del IRYDA, dando aquí por reproducido lo que decíamos al hablar de los jefes de sección.

En relación con los Jefes Provinciales y los de unidades de ámbito supraprovincial, el artículo 13 del Decreto de 23 de diciembre de 1971 dice que «en cada provincia existirá una Jefatura Provincial, a la que corresponderá la gestión, en el ámbito respectivo, de las actuaciones de la competencia del Organismo y el ejercicio de las facultades que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 (funciones del Presidente y su delegación), se le asignen en virtud de delegación legalmente conferida por la presidencia. Asimismo, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 de la Ley de 21 de julio de 1971, el Ministerio de Agricultura creará en el IRYDA las unidades territoriales necesarias para facilitar el cumplimiento de las funciones encomendadas a las divisiones territoriales del departamento».

9) *Otros órganos del Instituto.*—Son la *Asesoría Jurídica*, a cargo del cuerpo de Abogados del Estado, que tendrá como función la de informar en Derecho en todos los casos que el informe sea preceptivo, por disposición legal o reglamentaria, o cuando el Presidente o el Secretario General del Instituto estimen necesario o conveniente conocer su dictamen en asuntos sometidos a la decisión de dichas autoridades, y la *Intervención Delegada y Oficina de Contabilidad* del Ministerio de Hacienda.

Como complemento de la competencia y capacidad de los diversos órganos del IRYDA examinamos a continuación LA DELEGACION DE FACULTADES DEL PRESIDENTE DEL INSTITUTO.

Se rige esta materia por el artículo 2, número 2, del Decreto de 13 de agosto de 1971; por el artículo 7, número 2, del Decreto de 23 de diciembre de 1971, y la Orden, digo la Resolución de la Presidencia del IRYDA de 31 de enero de 1972.

Para el examen de esta delegación de facultades distinguiremos entre delegaciones generales y delegaciones para un acto concreto, si bien aclarando que en la exposición de ello únicamente recogeremos, como hemos hecho en otras ocasiones, aquellas facultades que hagan referencia más directamente al objeto de este trabajo.

A) Delegaciones generales. Todas las facultades de la presidencia, de conformidad con las disposiciones citadas, quedan delegadas, con las siguientes excepciones:

PRIMERA, que no son delegables:

- a) Las atribuciones que la presidencia tenga, a su vez, delegadas.
- b) Los asuntos que hayan de someterse a la aprobación del Ministro

de Agricultura, de otros departamentos ministeriales o al Consejo del Instituto.

c) La autorización de gastos que excedan de 1.500.000 pesetas.

d) La fijación de precio, cuando corresponda al presidente, en las adquisiciones por compra o expropiación y en las enajenaciones de fincas rústicas, así como en la donación de bienes del patrimonio del Instituto y la imposición de gravámenes sobre el mismo.

e) El nombramiento de personal.

f) Las circulares e instrucciones que contengan normas o criterios generales para la actuación del organismo o que afecten al régimen del mismo.

g) La declaración de caducidad de las concesiones de tierras otorgadas por el Instituto.

SEGUNDA, que no obstante las delegaciones establecidas, se someterán a la resolución y firma del Presidente los asuntos que éste reclame, cualquiera que sea el estado de su tramitación, y todos aquellos que deban ser directamente despachados por el mismo, a juicio del funcionario en quien haya delegado las atribuciones.

Salvo las excepciones expuestas, quedan delegadas las atribuciones del presidente:

1) *En el Secretario General*, sin perjuicio de las funciones que legalmente corresponden a éste en orden a la sustitución de la presidencia, las siguientes:

a) La iniciación de expedientes de expropiación de fincas rústicas, por causa de interés social y de aplicación de normas sobre comarcas y fincas mejorables.

b) La declaración de «puesta en riego» de las zonas regables declaradas de interés nacional.

c) Los informes preceptivos en los expedientes de concesión administrativa de aguas públicas.

En esta delegación de atribuciones en el Secretario General del Instituto, aunque ya lo hemos indicado anteriormente, conviene resaltar que cuando el mismo actúa, no por delegación, sino por sustitución, tiene, por atribución propia, las mismas facultades que el presidente y, por tanto, también podría delegar las atribuciones de la presidencia con las mismas excepciones y limitaciones que ésta, ya que en tales casos el Secretario General actúa como Presidente.

2) *En el Director de Administración y en el Director adjunto*, indistintamente, las siguientes:

a) La autorización hasta el límite de 1.500.000 pesetas de los gastos no delegados expresamente en otras autoridades del organismo.

b) La ordenación de pagos del Instituto.

c) La compraventa del material mobiliario, así como la firma de los contratos correspondientes.

d) La adjudicación de los solares y, en su caso, de las viviendas y locales destinados, en los poblados construidos por el Instituto, a comercios y artesanías.

e) La disposición, conjuntamente con la Intervención, de los fondos depositados a nombre del Organismo; la recaudación de los ingresos, recursos y créditos del Organismo; la tramitación de la amortización de empréstitos emitidos por el Instituto, y la rescisión de los contratos de préstamos, auxilios y anticipos reintegrables por el Instituto, por incumplimiento de las condiciones económicas de los mismos.

f) El visado de las certificaciones que expidan los servicios centrales con referencia al registro general y archivo general del Instituto.

g) La presidencia de la junta de compras.

3) *En el Director y Director adjunto de Estructuras Agrarias*, indistintamente, las siguientes:

a) Las alteraciones del perímetro de las zonas de concentración parcelaria; la determinación de las exclusiones; la aprobación de las bases, proyectos y acuerdo de concentración; la determinación del destino de las fincas sobrantes; la propuesta del futuro trazado de vías pecuarias, y, en general, las decisiones que hayan de adoptarse en el procedimiento de concentración parcelaria que constituyan actos administrativos recurribles.

b) La aprobación de los proyectos de parcelación de fincas y zonas regables y demás decisiones de la competencia de la presidencia en expedientes de transformación de zonas declaradas de interés nacional, siempre que se trate de decisiones no delegadas en otras autoridades del Organismo.

c) La concesión de autorizaciones en las enajenaciones y divisiones de fincas o lotes sujetas a dichos requisitos.

d) La selección de adjudicatarios de las fincas.

e) Ordenar la inspección y revisión de explotaciones agrarias ejemplares y calificadas.

f) Firma de los títulos de adjudicación de tierras en régimen de concesión administrativa.

g) Concertar con particulares planes individuales de mejora y res-

cindir los conciertos por planes individuales incumplidos, así como el ejercicio de las demás facultades que correspondan a la presidencia en los expedientes de fincas mejorables.

4) *En el Director y Director adjunto de Obras y Mejoras Territoriales*, indistintamente, las siguientes:

a) La aprobación de proyectos de obras y la autorización de los gastos correspondientes.

b) Las demás atribuciones de la presidencia en los asuntos asignados a esta dirección, siempre que no estén exceptuadas.

5) *En el Director y Director adjunto de Asistencia Económico-social*, indistintamente, las siguientes:

a) Tramitación y concesión o denegación de los auxilios técnicos y económicos a los titulares de explotaciones agrarias que autoriza la vigente legislación, la autorización de los gastos y la firma de los contratos correspondientes a los mismos, así como la aprobación de la entrega de los plazos en que se hayan fraccionado dichos auxilios, rescisión de los contratos y, en general, la resolución de todos los asuntos a que dé lugar o que se deriven de la concesión o denegación de tales auxilios.

b) La concesión de auxilios económicos para la mejora del medio rural, promoción profesional y cultural y asistencia sanitaria y religiosa.

c) Las demás atribuciones de la presidencia en los asuntos asignados a esta dirección, siempre que no estén exceptuadas de la posibilidad de delegar.

También son delegables las atribuciones de la presidencia, de conformidad con las disposiciones vigentes, en los Jefes de Servicio, Delegados Provinciales de Agricultura, Jefes Provinciales y Jefes de Sección del IRYDA.

La delegación general de facultades en los Delegados Provinciales de Agricultura y en los Jefes Provinciales del Instituto necesita, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2.684/1971, de 5 de noviembre, autorización del ministro de Agricultura.

En cuanto al modo de hacer constar en los títulos la comparecencia e intervención del IRYDA, en los supuestos de delegaciones generales de atribuciones podemos contemplar dos casos: a) Comparecencia e intervención del Secretario General o de cualquiera de los Directores del Instituto. b) Comparecencia e intervención de otros.

En el primero de los casos es suficiente acreditar el nombramiento de quien comparece y expresar que lo hace por delegación, siempre que la facultad ejercitada esté comprendida entre las delegadas, por la Resolución de la Presidencia del IRYDA de 31 de enero de 1972, a favor del

cargo compareciente. Cuando actúe un Director del Organismo es indiferente que intervenga él o el Director adjunto, en cuanto que la resolución expresada hace la delegación, indistintamente, a favor de ambos.

En el segundo caso deberá acreditarse la delegación de facultades en cuanto que la misma no está comprendida en una Resolución de la Presidencia, como ocurre en el anterior. Si la delegación es a favor de un Delegado Provincial de Agricultura o de un Jefe Provincial del IRYDA, deberá acompañarse, además, la justificación o prueba de la autorización del Ministerio de Agricultura.

B) Delegaciones para un acto concreto. Independientemente de las delegaciones generales, antes expuestas, previene el artículo 9 de la Resolución de la Presidencia del Instituto de 31 de enero de 1972, que «las facultades de representación extrajudicial del Instituto para actos concretos y determinados podrán ser directamente delegadas por el presidente en cualquier funcionario facultativo de la plantilla del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario.

Para documentar la delegación, en este caso, deberá acompañarse o unirse al título el documento del que resulte la delegación para cada acto concreto y determinado de que se trate.

En la propia Resolución de la Presidencia del IRYDA de 31 de enero de 1972 se contiene la disposición transitoria expresiva de que «en tanto no se lleve a cabo la delegación de atribuciones a favor de las autoridades periféricas prevista en el párrafo 2.º del artículo 32 del Decreto 2684/71, de 5 de noviembre, los Jefes Provinciales del IRYDA ejercerán las atribuciones actualmente delegadas en los Jefes Provinciales de los Organismos suprimidos.

CARLOS-MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO

Registrador de la Propiedad

Seminario de D. Hipotecario de Extremadura

Necesidad de la licencia municipal para la inscripción en los Registros de la Propiedad de las escrituras de división de terrenos urbanos⁽¹⁾

SUMARIO: *Introducción*: artículo 79 de la Ley del Suelo. A) *Alcance del precepto: parcelación urbanística*: 1) Derecho comparado. 2) Derecho español: extensión.—B) *Necesidad de la licencia*: 1) Concepto: doctrina y jurisprudencia. 2) Derecho comparado. 3) Derecho español: concesión tácita y justificación en caso de no exigirse la licencia.—C) *Valor de las divisiones sin licencia*: 1) Acto nulo. 2) Acto anulable.—D) *Calificación registral*: artículo 98 del Reglamento Hipotecario: 1) Interpretación doctrinal. 2) Asiento a practicar. 3) Discordancia Registro-realidad al cancelarse el asiento por caducidad. 4) Actos de disposición posteriores a la división cancelada: Derecho comparado.—E) *Conclusiones*.

INTRODUCCION: ARTICULO 79 DE LA LEY DEL SUELO

La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante, Ley del Suelo o L. S.) de 12 de mayo de 1956, actualmente en vigor, tiene por objeto, según su artículo primero, la ordenación urbanística del territorio nacional. Y para su cumplimiento establece determinadas limitaciones y deberes, que, como programa su exposición de motivos y confirma su artículo 70, *definen el contenido normal de la propiedad*.

No vamos a entrar en el estudio de la naturaleza de esas limitaciones y deberes, las diferencias entre aquéllas y éstos o la interpretación de lo que debe entenderse por ese «contenido normal de la propiedad». Tales cuestiones, tratadas con frecuencia por la doctrina en los últimos años, y especialmente por el profesor DÍEZ PICAZO, en conferencia pronunciada

(1) Ponencia pronunciada el 2 de marzo de 1973 en Palencia dentro del Seminario de Derecho Hipotecario Valladolid-Salamanca.

en Valencia el 4 de mayo de 1971, escapan de la intención y amplitud de esta disertación, pudiendo ser cada una de ellas objeto de otras tantas conferencias.

Ahora sólo nos interesa resaltar que dentro de esas limitaciones, o mejor, *delimitaciones*, como las llama la doctrina moderna, quizá las más importantes son las que afectan a la facultad de disposición del propietario, a través especialmente de las normas que regulan la indivisibilidad de las parcelas, y de las que establecen la reglamentación de las parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas.

En esta ponencia vamos a referirnos exclusivamente a las *parcelaciones urbanísticas*, y dentro de ellas, a un aspecto muy concreto, consistente en la *necesidad de licencia municipal en las divisiones de terrenos urbanos para que puedan ser inscritas*.

También pensábamos referir el tema al mismo punto en relación con las *reparcelaciones urbanísticas*, por presentar muchos aspectos comunes, pero hemos rechazado esta primera idea por las siguientes razones:

1) La amplitud del tema, pues esos aspectos comunes que realmente existen no evitarían el desarrollo de las diferencias, que pueden ser importantes.

2) La modificación esencial en el proyecto de reforma de la Ley del Suelo, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* el 5 de diciembre último, opera en tal institución con carácter general.

3) En particular, la exclusión aparente que dicho proyecto de reforma, a través de su artículo 165, parece realizar en cuanto a la necesidad de licencia municipal para dichas reparcelaciones, pues aunque se mantiene su exigencia en el precepto específico del artículo 79, no se relaciona expresamente en el referido artículo 165.

4) Y, por último, por las discusiones que parte de la doctrina mantiene actualmente en orden a este punto, defendiéndose por algunos autores la improcedencia de la licencia en las reparcelaciones. Así, CORELLA MONEDERO, en su libro, publicado en 1972, titulado *La reparcelación, su naturaleza jurídica y su práctica*, nos dice que «la reparcelación nunca podrá ser objetivo de licencia..., porque no supone una actividad administrativa destinada a comprobar el ejercicio de un derecho, sino que implica una actividad administrativa que va a crear unos derechos y unas obligaciones..., y si no los va a crear *ex novo*, pues nacen del plan, si va a modificar unos derechos preexistentes, y los va a modificar de una manera fundamental, incluso afectando al derecho de propiedad y a los derechos reales constituidos sobre las fincas a las que la reparcelación se refiere».

Por todas estas razones referiremos el problema planteado exclusivamente a las *parcelaciones*.

* * *

La L. S. quiere que las parcelaciones se sujeten a la *norma urbanística* para evitar, sobre todo, las urbanizaciones clandestinas. Así se desprende de su exposición de motivos cuando dice:

«Los actos de parcelación tienen relevante importancia en la acción urbanística y constituyen condición necesaria para la óptima utilización de los terrenos con fines urbanos. No cabe admitir que bajo el disfraz de actos particulares de parcelación se ejecuten urbanizaciones sin atenerse al procedimiento...»

GARCÍA DE ENTERRÍA, en sus *Apuntes de Derecho administrativo* (según nota de CARCELLER FERNÁNDEZ), ha puesto de relieve cómo el régimen de libertad que antes de la Ley del Suelo disfrutaba el propietario para utilizar y transformar como él estimase conveniente su finca, parcelándola con las magnitudes y en las condiciones libremente fijadas, ha tenido la grave consecuencia en los extrarradios de la transformación arbitraria del suelo rústico en urbano por la sola iniciativa de los propietarios, sin ninguna perspectiva general de beneficio de la ciudad o de cualquier interés general. La proliferación arbitraria de los suburbios en los alrededores de las grandes ciudades, las urbanizaciones privadas sin orden ni concierto en las zonas de influencia de aquéllas, que ha sido el panorama habitual de nuestro urbanismo con anterioridad a la Ley del Suelo, y aun después en buena parte, tienen un origen preciso: *la anarquía en el régimen de las parcelaciones*.

No menos expresivas son las palabras de nuestro compañero FUENTES SANCHIZ, quien, en su trabajo, publicado en 1963, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, titulado *En torno al urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad*, nos dice, en este sentido: «Una de las preocupaciones del legislador se halla constituida por la triste historia de las que llamaríamos urbanizaciones clandestinas: creación de barrios pseudourbanos en el ensanche de las poblaciones carentes de servicios, y que caían después como un alud sobre la ciudad, que había de hacer frente a un hecho consumado, generalmente trazado sin técnica y sin sentido común.»

* * *

Como hemos dicho, las parcelaciones han de sujetarse a normas, y la ley controla ese sometimiento mediante la *licencia municipal*. Los Nota-

rios y Registradores de la Propiedad estamos obligados, a través del artículo 79 de la Ley del Suelo, a exigir esa licencia para autorizar e inscribir, respectivamente, las escrituras de división de terrenos urbanos.

Dicho artículo 79, cuyo texto se mantiene íntegro en el proyecto de reforma, dice así, en su apartado tercero:

«Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán, para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia, que los primeros deberán testimoniar en el documento.»

Aunque la mayor parte de las consideraciones que vamos a hacer en esta conferencia pueden tener utilidad lo mismo desde el punto de vista notarial que desde el registral, nos referiremos concretamente a la exigencia de la licencia en orden a la inscripción de las escrituras de división en el Registro de la Propiedad, por ser especialmente dirigida esta exposición a los componentes del Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca.

De esta manera, el precepto referido queda así:

«...Los Registradores de la Propiedad exigirán, para... inscribir... escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia...»

Tenemos conocimiento de que en muchos Registros de la Propiedad no se aplica este precepto. En otros se aplica restrictivamente, dentro del marco inexcusable de los planes de ordenación.

Quizá la inaplicación se deba a una calificación razonada en el caso concreto. Quizá la razón esté en la falta de claridad en su contenido y alcance.

En esta ponencia nos proponemos estudiar el precepto, deteniéndonos exclusivamente en los puntos que pueden suscitar discusión y consiguiendo obstáculo para su normal aplicación. Las conclusiones que al final brevemente propondremos no son más que otras tantas opiniones expuestas con el deseo de abrir o comenzar un diálogo fecundo.

* * *

Siguiendo el esquema o sumario, trataremos primero sobre el alcance general del artículo 79 de la L. S. en relación con la legislación de otros países. Después se analiza ligeramente la licencia municipal y particularidades de la misma en orden a su justificación. En el epígrafe C) se estudia el valor de las divisiones de terrenos, contraviniendo el ar-

título referido, para continuar con la calificación registral de tales actos de división. Como epílogo, se proponen unas sencillas conclusiones.

* * *

A) ALCANCE DEL PRECEPTO: PARCELACION URBANISTICA

1) DERECHO COMPARADO

Siempre que nos refiramos al Derecho comparado, nos limitaremos a las siguientes legislaciones, citadas por orden alfabético:

Alemania: Ley Federal de Construcción de 23 de junio de 1960.

Bélgica: Ley Orgánica sobre la Ordenación Territorial y del Urbanismo de 29 de marzo de 1962.

Costa Rica: Ley de Planificación Urbana de 15 de noviembre de 1968.

Francia: Decreto de 31 de diciembre de 1958, relativo a las parcelaciones, que sustituye a las disposiciones del Código del Urbanismo y de la Vivienda, completado por el Decreto de 28 de julio de 1959 y por las Ordenanzas de 31 de diciembre de 1958.

Italia: Ley General Urbanística de 17 de agosto de 1942, reformada parcialmente por la llamada «Ley Puente» de 6 de agosto de 1967.

* * *

En este momento nos interesan exclusivamente los siguientes preceptos, que nos dan un concepto legal de la parcelación o división:

Alemania: El título II de la Ley de 1960 se refiere al «tráfico del suelo», y dentro del mismo, el artículo 19 regula «la autorización» o licencia. Su apartado 3 dice así:

«Se entiende por *división* la declaración del propietario, anotada en el Registro de la Propiedad o dada a conocer de otro modo, según la cual, una parte de la finca debe quedar separada en el Registro citado y ser inscrita como finca independiente, como finca junto con otras o junto con partes de otras fincas.»

Francia: El artículo 1 del Decreto referido dice así:

«Constituyen una *parcelación*, a los efectos del presente Decreto, la operación y el resultado de la operación que tenga o haya tenido por

objeto la *división voluntaria* en parcelas de una o varias propiedades inmobiliarias *mediante ventas* o arriendos simultáneos o sucesivos con miras a la creación de viviendas, jardines o establecimientos comerciales o industriales.»

En cuanto al precepto de la Ley alemana, nos interesa resaltar que recoge un concepto amplio de parcelación o división y que la misma, como luego veremos, estará sujeta, salvo en casos muy excepcionales, a licencia o autorización.

En lo que se refiere al precepto francés, es interesante de momento fijarnos en el carácter voluntario de la parcelación y en su relación directa con los actos dispositivos posteriores, ya que dice «división... mediante ventas...».

* * *

2) DERECHO ESPAÑOL

Dentro del capítulo III del título II, bajo el epígrafe «Parcelaciones y reparcelaciones», el artículo 77 de la L. S. nos da el concepto de la parcelación urbanística. Dicho precepto no ha sido modificado en esta materia por el proyecto de reforma, que se limita a separar del mismo su apartado segundo:

«Se considerará *parcelación urbanística*—dice el referido precepto—la *división de terrenos* en dos o más lotes cuando uno o varios de ellos hayan de dar frente a alguna vía pública o privada, existente o en proyecto, o esté situado en distancia inferior a 100 metros del borde de la misma.»

El precepto ha sido severamente criticado por la doctrina, por dar un concepto excesivamente amplio de la institución; pero mientras no se modifique tenemos que sujetarnos al mismo. Ya hemos indicado que tampoco los encargados de la reforma de la ley han considerado conveniente su modificación.

CARCELLER FERNÁNDEZ, en su libro *Teoría y práctica de la reparcelación*, nos aclara el contenido del artículo 77 en los siguientes términos:

«1.º La ley se refiere no sólo a las *vías públicas*, sino también a las *privadas*, y ello porque estas últimas, que son las que forman parte de las urbanizaciones particulares, a las que se refiere el artículo 41, han de ajustarse también a los planes de ordenación y han de transformarse, en un futuro más o menos próximo, en vías públicas.

2.º El texto legal alude a las *vías existentes* o *en proyecto*, porque, por regla general, la autorización de la parcelación precede a la urbanización, esto es, a la ejecución de las obras de formación de las vías proyectadas.»

Para completar la interpretación del artículo 77 conviene también puntualizar:

a) Que la parcelación debe tener carácter *voluntario*. Así lo hemos visto en el artículo 1 del Decreto francés de 1958. Y en este mismo sentido insiste CORELLA MONEDERO, en su libro citado, por cuanto la parcelación «constituye un derecho que acompaña al de propiedad o, mejor dicho, una manifestación del derecho de propiedad». Ese carácter voluntario se nos muestra en la necesidad de licencia, como más tarde veremos, para su realización, de conformidad con los artículos 79 y 165 de la misma L. S.

b) La división debe entenderse en el sentido amplio que declara, como hemos visto, el artículo 19 de la Ley alemana de 1960, recogiendo los conceptos registralmente diferenciados de *división* propiamente dicha y *segregación*.

c) En cuanto a la determinación, expresada en la ley, de que el lote o lotes resultantes de la división han de estar situados en *distancia inferior a 100 metros del borde de la vía*, entendemos que se trata de un número caprichoso, concretado de una manera arbitraria. Por ello no nos parece necesario buscar a esta declaración un fundamento racional, como pretende, por ejemplo, QUINTANA REDONDO, en su artículo *Parcelaciones urbanísticas*, publicado en la *Revista de Derecho Urbanístico* (en adelante, *R. D. U.*), al cual nos remitimos.

* * *

Y si esto es así, una vez visto el contenido del apartado primero del artículo 77, ¿cuál debe ser el alcance del precepto del apartado tercero del artículo 79, cuando exige la licencia para que los Registradores de la Propiedad inscribamos las escrituras de *división de terrenos*? En definitiva, ¿cuál es la *extensión* del mismo?

El determinar la extensión del repetido precepto y saber, en consecuencia, cuándo debemos exigir el otorgamiento de la licencia municipal, nos obliga a hacer las siguientes consideraciones:

PRIMERA: ¿Qué debe entenderse por *división de terrenos* a los efectos del artículo 79, apartado tercero?

Siguiendo especialmente a Díez MONTERO, en su libro *Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas*, se puede considerar la parcelación, incluso dentro de la Ley del Suelo, en un triple sentido:

a) Parcelación del terreno como situación de hecho en un momento determinado. Es la situación real anterior al planeamiento o a cualquier modificación del mismo.

b) Parcelación como procedimiento administrativo dirigido a la ordenación de los terrenos de una unidad urbanística superior (manzana, polígono, etc....) para su óptima utilización con fines urbanos, según la norma aplicable.

c) Parcelación como acto particular y aislado de división o de una o varias fincas.

A los efectos del apartado tercero del artículo 79, no nos vale el concepto a) por excesivamente amplio e impreciso. Tal parcelación, a la que el artículo 116, 5, de la L. S. parece referirse con el nombre de «división parcelaria», suele coincidir con la división catastral, que ha de modificarse, en su caso, para ajustarla a la norma urbanística. Incluso puede ser una verdadera parcelación urbanística, que ha quedado desbordada como consecuencia de una modificación del plan o norma urbanística aplicable. En ambos casos, como ha puesto muy bien de manifiesto CORELLA MONEDERO, en el libro citado, se nos presenta la parcelación no como acción, sino como efecto, es decir, como dato o hecho consumado que se presenta ante nosotros. No cabe duda de que aquí no se puede hablar de licencia, como control en el ejercicio de derechos, porque no existe declaración actual de división.

En el segundo caso o concepto b), como actuación conjunta sobre los terrenos de una unidad urbanística superior, nos encontramos con la parcelación en su sentido más estricto. A ella se refieren especialmente todos los preceptos de la Ley del Suelo. Nadie duda que este procedimiento parcelatorio ha de acabar con la licencia municipal aprobatoria del proyecto. Las escrituras de parcelación que formalicen la misma serán objeto de calificación registral, y los Registradores de la Propiedad, cumpliendo el precepto del artículo 79, no podremos inscribirlas si no nos acreditan el otorgamiento de referida licencia. Estimamos que en este supuesto de parcelación, *cumplidos todos los requisitos* que la misma supone, la aplicación del apartado tercero del artículo 79 resulta incuestionable.

El problema de aplicabilidad se presenta en el tercer supuesto según el sentido que hemos concretado en el concepto c), es decir, la *parcela-*

ción como acto particular y aislado de división de una o varias fincas. Vamos a detenernos un poco en este aspecto.

Nos encontramos ante el caso muy frecuente del señor que aisladamente practica, autorizado por Notario competente, un acto simple de división de su finca. Supongamos que se trata de suelo urbano y que hay plan parcial de ordenación, además de cumplirse los demás requisitos del artículo 77, 1, ya estudiados anteriormente.

En este caso, ¿será aplicable lo ordenado por el precepto del apartado tercero del artículo 79? Es decir, ¿tendremos que exigir en este supuesto el otorgamiento de la licencia para inscribir?

Hemos de adelantar que en los libros y artículos consultados no encontramos contestación adecuada a esta pregunta. La razón puede estar en considerar que no es preciso hacer distinciones y que es clara su aplicabilidad o, por el contrario, en considerar que no hay más parcelación que la división conjunta, según el concepto *b)*, ya estudiado, y que si no hay parcelación, no debe aplicarse repetido precepto.

QUINTANA REDONDO, en su artículo citado, nos dice que: «La prohibición de *dividir parcelas* afecta sólo a los supuestos *en que exista una previa parcelación urbanística debidamente aprobada, pero no en otro caso...*, y esto, entre otras razones, porque mientras no se haga dicha parcelación, no se ha podido fijar la medida mínima de los lotes, y al ser esto así, no puede conocerse si ante una segregación se quebrantarán normas de este orden.»

De las primeras palabras apuntadas se muestra claramente el criterio de contraponer la simple «división de parcelas» a la «parcelación propiamente dicha», ya que dice que la prohibición del artículo 79 no afecta a la primera sin la previa existencia de la segunda.

También es verdad que a la hora de manifestar dicho autor qué debe entenderse por parcelación, a los efectos de su distinción con la «simple división», no se muestra demasiado preciso, y así nos dice que «parcelar es dividir el terreno en lotes para ordenar el territorio con fines urbanísticos». Además, como luego veremos, admite que pueda existir parcelación sin plan de ordenación, y de esta manera, la fijación de la parcela mínima puede hacerse también por las normas subsidiarias de primero, segundo o tercer grado, como posteriormente estudiaremos.

Nuestra opinión a la pregunta señalada es *afirmativa*. Es decir, entendemos que el precepto contenido en el apartado tercero del artículo 79 *es también aplicable a lo que hemos llamado « simple división » o parcelación lata*, y ello por las siguientes razones:

1) El precepto mencionado emplea expresamente la palabra *división*. Toda división, con las particularidades que luego veremos, que

cumpla los requisitos del artículo 77, 1, de la L. S., debe estar sujeta a licencia.

2) La exposición de motivos de la ley vigente, según expusimos al principio, insiste en que los actos particulares de parcelación han de estar sujetos a control para evitar que, poco a poco, mediante actos aislados, se implanten las urbanizaciones clandestinas. (Recordemos esos párrafos de dicha exposición de motivos cuando dice: «No cabe admitir que bajo el disfraz de actos particulares de parcelación se ejecuten urbanizaciones sin atenerse al procedimiento...»)

3) La exposición de motivos del proyecto de reforma dice textualmente: «En materia de licencias se reafirma el principio capital... de cometer a tal control administrativo todos los actos que signifiquen *transformación material* de los terrenos o del espacio.»

4) También hemos encontrado apoyo doctrinal en este sentido. Así, DÍEZ MONTERO, en el libro citado, nos dice que no se puede excluir este caso de la exigencia de licencia, ya que «todo interés por que la ejecución del plan se lleve a cabo a través de una división racional de los terrenos a que afecta podría ser burlado si los particulares conservasen la facultad de dividir caprichosamente sus fincas urbanas, y por eso la ley ha querido asegurar, *en todo supuesto de creación de parcelas edificables*, la supervisión administrativa».

Damos así por aclarada la primera consideración propuesta, en orden a la *extensión* del artículo 79, 3, y referente a lo que debe entenderse por *división* en el mismo, y pasamos a la segunda consideración.

SEGUNDA: ¿A qué clase de terrenos se refiere la división?

El apartado 3 del artículo 79 exige la licencia para inscribir escrituras de división de *terrenos*, pero no concreta a qué clase de ellos se refiere.

Los artículos 62 y 66 de la L. S. clasifican el suelo, según haya o no plan de ordenación, en *urbano*, de *reserva urbana* y *rústico*, en el primer caso, y solamente en *urbano* y *rústico* en el segundo.

CAMY-SÁNCHEZ CAÑETE, en el tomo IV de sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*, comprende en el precepto estudiado los suelos urbano y de reserva urbana.

Entendemos que en el momento presente solamente se debe exigir la licencia cuando se trata de dividir terreno o suelo *urbano*. Y ello por las siguientes razones:

1) El suelo de reserva urbana ha resultado prácticamente inoperante por la imprecisión y consiguiente dificultad de su concepto. Quizá por ello el proyecto de reforma de la L. S. prescinde del mismo.

2) El suelo rústico se rige, en cuanto a las normas de división, por las específicas, integradas especialmente por las de unidades mínimas de cultivo, concentración parcelaria y explotaciones familiares, hoy integradas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, texto refundido aprobado por Decreto de 12 de enero de 1973. A la primera se refieren expresamente el apartado 2, *d*), del artículo 9 y la regla 4.^a del artículo 69-1 de la L. S.

Si generalmente, como dice FUENTES SANCHIZ, en su artículo «Registro de la Propiedad y urbanismo», publicado en 1961, con ocasión del Primer Congreso de Derecho Registral, «parcelar es convertir en suelo urbano el suelo rústico», esto suele ser así cuando la parcelación en sentido estricto, como procedimiento de división conjunta, se inicia y se proyecta; pero tal división, como acto final parcelatorio, opera ya sobre suelo urbano. Y con mayor razón hemos de decir lo mismo cuando de la parcelación *lata* o «simple división» se trata.

3) Casi todos los artículos de la L. S. dedicados al tema, como los números 77, 79, 165, etc..., dicen expresamente «parcelaciones *urbanísticas*».

4) La doctrina comparte generalmente esta opinión, como puede verse en la página 22 del libro citado de DÍEZ MONTERO, en la 28 del también citado de CORELLA MONEDERO y, sobre todo, en el dictamen publicado en el número 8, de 1968, de la R. D. U., por RAFAEL ENTRENA CUESTA: «Acerca de la regularidad jurídica del proyecto de parcelar la finca 'C. G.', del término municipal de 'Ll.', para constituir huertos familiares.»

Y llegando a esta conclusión, no tenemos más que examinar el concepto de suelo urbano para la L. S., distinguiendo:

A) *Si hay un plan de ordenación*, el suelo urbano estará constituido, según el apartado 1 del artículo 63, por estos terrenos:

a) Los comprendidos en el perímetro que defina el casco de la población.

b) Los que están urbanizados.

c) Los que aun sin urbanizar, se hallaren enclavados en sectores para los que ya existiere aprobado plan parcial de ordenación.

El apartado 2 del mismo artículo clasifica, además, el suelo urbano, según su destino en la ordenación, en las siguientes modalidades:

a) Viales dedicados a calles y plazas.

- b) Parques y jardines.
- c) De edificación pública.
- d) De edificación privada.

Por último, el apartado 3 del repetido artículo considera al solar y a las superficies de suelo urbano con determinadas características.

B) *Cuando no hay plan de ordenación*, el artículo 66, en su apartado 2, dice que «constituirán el suelo urbano los terrenos comprendidos en un perímetro edificado, al menos, en el 20 por 100 de su extensión superficial».

El proyecto de reforma de la L. S. modifica sensiblemente estos preceptos de la «calificación» o «clasificación» del suelo, pero su alcance aún no se puede determinar, limitándonos ahora a la normativa vigente.

Con ello llegamos al estudio de la tercera consideración, que estimamos debe hacerse en orden a la *extensión* del apartado 3 del artículo 79, que estamos estudiando:

TERCERA: *¿La aplicación del artículo 79, 3, de la L. S. exige la existencia previa o simultánea de plan de ordenación?*

Puede presentarse el problema de considerar que la norma del apartado 3 del artículo 79 no es aplicable y, por tanto, no es necesaria la licencia municipal *cuando no hay plan de ordenación*.

Así podría presumirse, a primera vista, del apartado 1 del repetido artículo 79 cuando dice:

«No se podrá efectuar ninguna parcelación urbanística sin que previamente haya sido aprobado un plan parcial de ordenación del sector correspondiente, o si no existiera aprobado un plan general, se formen simultáneamente éste, el plan parcial y el proyecto de parcelación.»

La Ley de Régimen Local, texto articulado aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, dice, en su artículo 134, que «en todo municipio se formará, en el plazo máximo de tres años..., un plan general de urbanización...».

La Ley del Suelo señaló la necesidad de la existencia de plan de ordenación en todo el territorio nacional o, al menos, según su artículo 29 y disposición transitoria sexta, en los municipios capitales de provincia o de más de 50.000 habitantes.

Sin embargo, la complejidad de su tramitación y la, hasta hace poco, falta de preparación en los encargados de instar y formar esos planes, entre otras razones, han hecho imposible que los deseos de la ley se cumplieran de manera general. Por ello, el mismo artículo 79 establece,

como hemos visto, que si faltare el plan, se forme simultáneamente con el proyecto de parcelación.

Esta exigencia de previa o simultánea existencia de plan podría mantenerse tratándose de la parcelación que hemos llamado estricta, pero sería imposible de defender en la parcelación como acto particular de división o parcelación *lata*, pues supondría un veto demasiado fuerte para el normal tráfico jurídico.

La rígida aplicación del precepto contenido en el apartado 1 del artículo 79 nos llevaría a dos resultados extremos:

1) Se suspenderían las divisiones de terrenos urbanos hasta la aprobación del plan.

2) Se prescindiría de la licencia en dichas divisiones cuando no hay plan.

Si la primera solución paraliza el tráfico jurídico, la segunda supone una injusticia manifiesta, pues desaparecería en tales supuestos el control de la administración, favoreciendo a los que operaran en las localidades sin plan, que se verían libres de limitaciones en su actuación, en perjuicio de la comunidad.

El control de la licencia, como escudo de la aplicación de la norma, debe existir en todo caso. Y si no hay plan de ordenación habremos de acudir a la reglamentación de las *normas subsidiarias del planeamiento*, de primero, segundo o tercer grado. Veamos cuáles son estas normas:

a) *Normas subsidiarias de primer grado*

QUINTANA REDONDO, en su trabajo, publicado en la *R. D. U.*, en 1968, titulado «Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas», nos dice: «Sería ideal que el ciclo plan general, plan parcial, parcelación, se cumpliera totalmente; pero como son todavía muchos los municipios que no tienen redactados esos planes, no es lógico hacer imposible para ellos operaciones parcelatorias de las que ha de arrancar una posterior acción urbanística. En tal supuesto deben operar las *normas complementarias y subsidiarias*, a que se refieren los artículos 57 y siguientes de la L. S.»

Y éste es el sentir de la doctrina para todos los casos de ausencia de plan de ordenación.

En efecto, el capítulo IV del título I de la L. S. regula esas normas.

Después de indicar el artículo 57 la formación y desarrollo de las mismas, dice el artículo 58:

«En las poblaciones donde no existiera plan de ordenación urbana debidamente aprobado regirán las normas promulgadas con arreglo al

artículo anterior. Las propias normas se aplicarán para regular aspectos no previstos en el plan de ordenación.»

El proyecto de reforma de la L. S. es consciente de la importancia de esas normas, y en su exposición de motivos nos dice:

«La experiencia ha puesto de relieve que las *normas subsidiarias y complementarias del planeamiento* son en muchos casos, por razones de urgencia o por la escasa entidad o complejidad de los problemas, el instrumento más adecuado para afrontarlos. La nueva regulación desarrolla la vigente para permitir su uso en la medida conveniente.»

Sobre esta base se proyecta la reforma de los artículos 57, 58 y 60 de dicho capítulo IV, y se adiciona un apartado al artículo 165 diciendo que «las licencias se otorgarán de acuerdo con las prescripciones de esta ley, de los planes y proyectos y, en su caso, de las *normas complementarias y subsidiarias del planeamiento*».

La jurisprudencia se ha manifestado ya en esta línea. Como ejemplo, podemos referir:

La sentencia de 14 de julio de 1967 de la Audiencia Territorial de Zaragoza, en su considerando segundo, nos dice:

«...Que la acción urbanística debe desarrollarse, en todo caso, bajo un signo de absoluta armonía y orden, sometida a una disciplina en la que se mantenga la jerarquía planificadora establecida en nuestra Ley del Suelo, la cual viene encabezada por la presencia de un plan general, que se hace realidad a través de otros planes más detallados, que son los parciales, complementados, a su vez, por los proyectos de urbanización, y *en defecto de unos y otros, por unas normas subsidiarias y complementarias de aquel planeamiento*, previstas y reguladas en el artículo 57 y siguientes de la citada Ley del Suelo...»

La sentencia de 17 de noviembre de 1962 del Tribunal Supremo, en su considerando tercero, nos dice:

«Que la falta de un plan general de urbanización no impide a los ayuntamientos el ejercicio de sus funciones ordenadoras de la edificación privada, las cuales pueden desarrollarse dentro de las normas preexistentes o *de las que con fin supletorio dicten los organismos urbanísticos, según el artículo 58 de la Ley del Suelo*.

En similares términos se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1968.

GONZÁLEZ PÉREZ, en su trabajo, publicado en enero de 1968 en la *R. D. U.*, titulado «Principios y realidades de la Ley del Suelo», hacía resaltar cómo «a pesar del tiempo transcurrido esas normas no habían

sido promulgadas, resultando que muchos municipios no tenían plan ni tampoco podían acudir a las normas complementarias y subsidiarias».

Afortunadamente se ha avanzado bastante desde entonces, y es de esperar que con la nueva regulación proyectada, la promulgación de tales normas se realice con mayor dinamicidad.

Ya ARRIBAS BRIONES, en su trabajo, publicado en el último número de 1969 de la *R. D. U.*, titulado «Las normas de ordenación complementarias y subsidiarias del planeamiento», nos mostraba, al final del mismo, una relación de las poblaciones o comarcas en donde para entonces se habían promulgado tales normas. Posteriormente, la misma revista ha publicado nuevas normas aprobadas para otros lugares de España.

b) *Normas subsidiarias de segundo grado*

¿Cuál será la reglamentación aplicable, no habiendo plan de ordenación, en los lugares en donde tampoco se han promulgado normas subsidiarias y complementarias del planeamiento?

Entonces hay que acudir a las ordenanzas municipales que, más o menos amplias y precisas, existen en casi todos los municipios.

DÍEZ MONTERO, en su obra citada, nos dice: «En los municipios *sin plan general de ordenación* será necesaria la licencia para dividir fincas, y esta licencia, que es una licencia de parcelación, puede concederse *sin necesidad de que se tramiten el plan de ordenación y el proyecto de parcelación*. La licencia se concederá con arreglo a las ordenanzas de edificación...»

GÓMEZ-FERRER MORANT, en su libro titulado *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, nos dice que: «En defecto de plan general, el criterio de ordenación urbana viene, pues, establecido por las normas subsidiarias de planeamiento, caso de que existan, y por las ordenanzas municipales.»

Igual criterio nos manifiesta GARCÍA DE ENTERRÍA, en su «Dictamen sobre legalidad de ordenanzas municipales sobre uso del suelo y edificación», publicado en el número 50 de la *Revista de Administración Pública*.

También esta tesis aparece proclamada por el Tribunal Supremo, en los casos de inexistencia de plan, sosteniendo la aplicación de las ordenanzas municipales.

En el considerando segundo de la sentencia de 23 de marzo de 1968 se dice que: «...En defecto de los planes parciales regirán las ordenanzas municipales...»

La sentencia de 11 de marzo de 1968 se refiere expresamente a la obtención de licencia municipal, «si lo proyectado se encontraba dentro de lo autorizado por las ordenanzas municipales de la ciudad...».

En el mismo sentido, de aplicar las ordenanzas municipales con carácter subsidiario, se pronuncia la sentencia de la Sala IV del mismo Tribunal Supremo de 4 de junio de 1971, entre otras.

c) *Normas subsidiarias de tercer grado*

PASTOR RIDRUEJO, en su trabajo, publicado en 1971 en la *R. D. U.*, titulado *La propiedad urbanística y su legitimación: planes y licencias*, ha abordado con bastante precisión el problema de las licencias sin plan. Resumiremos sus ideas:

Al igual que el artículo 6 del Código civil establece que «el Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad», creemos—nos dice el autor citado—que igual principio o similar debemos de aplicar en nuestro urbanismo. Y añade: «La preexistencia del plan no puede ser argüida por el órgano actuante como razón para no pronunciarse en orden a la concesión o la denegación de la licencia. *El órgano debe conceder o denegar la licencia, exista o no plan aprobado.*»

Siguiendo este razonamiento, PASTOR RIDRUEJO nos dice que «a falta de planeamiento propio, y cuando tampoco existe un ordenamiento subsidiario aplicable ni ordenanzas vigentes, *la propia Ley del Suelo actúa con carácter de ordenamiento de último grado.* Porque la ley, aparte de contener la normativa aplicable a la creación del planeamiento, contiene reglas que *ya directamente tienen carácter de planeamiento subsidiario.* Entre tales cita las de los artículos 59, 60, 66, 67, 69, etc....

Igual solución de considerar la Ley del Suelo como norma subsidiaria de tercero o último grado, a falta de plan, normas subsidiarias y ordenanzas, utilizando las disposiciones de aquélla que pueden directamente aplicarse, es defendida por gran parte de la doctrina que se ocupa del tema.

En definitiva, siempre habrá una norma urbanística, y *siempre será necesaria la licencia municipal, como control administrativo de que dicha norma se cumpla.*

Y siendo así, ya podemos anticipar que *en toda división de suelo urbano*, según el apartado 3 del artículo 79 de la Ley del Suelo, *los registradores habrán de exigir el otorgamiento de la licencia para inscribir las escrituras en que se autoricen aquéllas.*

A continuación, siguiendo el esquema, vamos a estudiar someramente algunos puntos generales de esa licencia y el valor de las divisiones

de suelo urbano realizadas sin la misma, para acabar en el epígrafe D) con el tema de su calificación registral.

* * *

B) NECESIDAD DE LA LICENCIA

El estudio de la licencia corresponde al Derecho administrativo y por ello ahora nos limitamos a algunos aspectos de la misma que estimamos son de interés para el tema. Veamos:

1) CONCEPTO: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

GONZÁLEZ PÉREZ, en su obra *Las licencias urbanísticas*, publicada en 1967, define la licencia como «*acto administrativo por el cual se remueve una prohibición y se autoriza al administrado el ejercicio de una actividad, previa comprobación de que se adecuará a los límites impuestos por las normas y planes sin atentar contra el interés público*».

BARTOLOMÉ BOSCH Y SALOM, en su obra, publicada en 1972, ya citada, nos dice, al tratar del fundamento de la licencia, que «*constituye la forma de intervenir la administración en el ejercicio de unos derechos por los particulares, regulados previamente por las normas que condicionan su uso y aplicación*».

En general, hoy día, tanto la doctrina española como la extranjera, consideran que la licencia es un acto de *autorización* y no de concesión.

Este es el criterio de VIGIER, en Francia, y de D'ALESSIO, BODA y FURITANO, en Italia. Este último, en su trabajo, publicado en Milán en 1960, titulado *La licenza edilizia nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza*, nos dice que «la licencia... es un *acto de autorización*, que se concreta en una resolución dirigida a consentir al destinatario el ejercicio de una facultad inherente a un derecho que con anterioridad le pertenece». Igual sentido muestra la jurisprudencia italiana.

En la *jurisprudencia española* se muestran estos dos caracteres de la licencia:

a) Es una *autorización*. Frente al criterio mostrado en algunas sentencias, que consideran a la licencia como acto administrativo que concede derechos (así, las sentencias de 4 de diciembre de 1951 y la de 10 de octubre de 1955), las más recientes se inclinan decididamente por su consideración como acto de *autorización*. Así, dice la de 17 de diciembre de 1959 que:

«...La licencia es una autorización a un particular para realizar un acto que está permitido, y se exige para averiguar si se cumplen las condiciones requeridas.»

b) Es un acto *reglado*. Las sentencias de 10 de diciembre de 1960, de 3 de marzo de 1961, de 3 y 5 de mayo de 1971, coinciden en afirmar que:

«El otorgamiento de la licencia no es un acto discrecional de la administración, sino un acto *reglado*...»

En resumen, podemos decir simplemente para nuestro objeto, que la licencia municipal no es otra cosa que *la homologación por la administración de que la división del suelo urbano se acomoda a la norma aplicable*.

* * *

2) DERECHO COMPARADO: EXIGENCIA DE LA LICENCIA

Todas las legislaciones estudiadas, que hemos relacionado al principio, coinciden en la exigencia de la licencia o autorización para la parcelación o división. Veamos:

Alemania.—Es ésta la legislación más importante y clara en este sentido.

El artículo 19 de la Ley de 1960, en su apartado 1, nos dice:

«Dentro del ámbito territorial de validez de un plan de edificación... *será precisa la autorización para que tenga eficacia la división de una finca*.»

El artículo 23 de la misma Ley dice así, en sus apartados 1, 3 y 4:

1) «La oficina del Registro de la Propiedad únicamente puede proceder a una inscripción... *cuando se presente el certificado acreditativo de tal autorización*.»

3) «Cuando se haya efectuado una inscripción en el Registro de la Propiedad en virtud de un expediente jurídico *no autorizado*, el departamento de autorización *podrá, cuando ésta sea necesaria, pedir al Registro que proceda a la inscripción de una oposición*...»

4) «La oposición anotada... *deberá quedar anulada cuando lo pida el departamento... o se haya concedido la autorización*...»

Bélgica.—El artículo 56 de la Ley de 1962 establece en las parcelaciones la exigencia de *permiso escrito y expreso del colegio municipal*, en los términos que posteriormente veremos al estudiar el número 4 del epígrafe D) de esta ponencia.

Costa Rica.—El artículo 33 de la Ley de 1968 establece, en su párrafo 1:

«Para todo *fraccionamiento* de terrenos o inmuebles situados en distritos *urbanos* y demás áreas sujetas a control urbanístico, será indispensable *haber visado antes en la oficina municipal* autorizada el plano que indique la situación y cabida de las porciones resultantes, y que, *además, el Notario o funcionario autorizante dé fe*, en el acto de extensión u otorgamiento del documento respectivo, de que la división coincide con lo que expresa dicho plano.»

Su artículo 36 dice:

«Se negará la visación municipal de planos relativos a fraccionamientos de áreas sujetas a control...» en los casos por el mismo señalados.

Y el artículo 37 sanciona:

«El funcionario que autorice o responda por el visado de un plano, con violación evidente de los reglamentos de desarrollo urbano, se hará acreedor de la pena que señala el artículo 372 del Código penal.»

Francia.—El artículo 2 del Decreto de 1958 establece:

«La creación o el desarrollo de *parcelaciones* para la construcción de inmuebles destinados a viviendas o el comercio, así como de sus anexos, *quedará subordinada a una autorización concedida por el prefecto.*»

Igual requisito exigen los artículos 11 y 14 cuando las parcelaciones se realizan para usos que no sean de vivienda (jardines y usos industriales).

Italia.—La Ley de 1942 señalaba la libertad de parcelación, es decir, sin necesidad de licencia, cuando no hubiera plan de ordenación. Como esta libertad daba lugar a la formación de núcleos desordenados, el artículo 8 de la Ley de 1967 prohíbe la parcelación de los terrenos cuando no hay plan de ordenación.

Dentro de los límites anteriormente dichos, el artículo 28 de la Ley de 1942, modificado por el referido artículo 8 de la de 1967, refiriéndose a la «parcelación de las áreas» exige la previa *autorización por el municipio*.

3) DERECHO ESPAÑOL

Ya sabemos que la normativa en el Derecho español, en orden a la necesidad de licencia para las parcelaciones, está recogida especialmente en los artículos 79 y 165 de la Ley del Suelo.

El apartado 2 del artículo 79, que, como hemos dicho anteriormente, no sufre alteración en el proyecto de reforma, dice:

«Toda *parcelación*... urbanística quedará sujeta a licencia.»

El artículo 165 ha omitido, como también indicábamos al principio, la determinación expresa de las reparcelaciones entre los actos sujetos a licencia en el texto nuevo proyectado. Su apartado 1 mantiene, sin embargo, en dicho proyecto, la sujeción de las parcelaciones a previa licencia.

Nos interesa ahora hacer constar que, de conformidad con dichos preceptos y otros concordantes de la L. S., la falta de licencia en las parcelaciones, además de la prohibición de autorizar las escrituras y de inscribirlas, da lugar a las siguientes sanciones:

a) En ningún caso se considerará solares ni se permitirá edificar en ellos los lotes resultantes de una parcelación efectuada con infracción de lo dispuesto en la ley (art. 79, 4).

b) No se tasarán con arreglo al valor comercial, sino al urbanístico, las parcelas procedentes de parcelaciones verificadas sin aprobación municipal que fueren incorporadas a la ordenación (art. 92, 1, d)). (Sustancialmente reformado en el proyecto de reforma.)

c) El Ayuntamiento, la Comisión Provincial de Urbanismo o sus respectivos presidentes dispondrán la suspensión de las parcelaciones que se efectuaren sin licencia, prohibirán todo intento de urbanizar en los terrenos, dispondrán la destrucción de lo realizado y podrán expropiar sin formular previo proyecto (art. 171).

En el proyecto de reforma se da entrada también en este artículo al gobernador civil con las mismas facultades, reglamentando en el mismo y en el 171 bis la materia con gran minuciosidad.

d) El peticionario de licencia, el propietario, el empresario de las obras y el técnico de las mismas serán solidariamente responsables de las infracciones que se cometieran por ejecutarlas sin aquélla (art. 214 actual).

El contenido de ese precepto en el proyecto se desarrolla en su artículo 215, mientras que el 214 proyectado considera como graves las

infracciones que constituyan incumplimiento de las prescripciones relativas a parcelaciones.

e) Las parcelaciones ilegales darán lugar a una multa, que alcanzará una cantidad igual a todo el beneficio obtenido más los daños y perjuicios ocasionados, y lo recaudado por este concepto no será nunca inferior a la diferencia entre el valor inicial y el de venta de la parcela correspondiente (art. 215 actual, que se mantiene en el apartado 6 del mismo artículo del proyecto).

* * *

— *Concesión de la licencia por silencio administrativo y justificación en caso de no exigirse la misma.*

En el Derecho español, la justificación del otorgamiento de la licencia, que aparece necesaria para la inscripción de las escrituras de división de suelo urbano, puede ofrecer especial dificultad en dos casos concretos:

1) Cuando la licencia aparece concedida por *silencio administrativo*.

El apartado 2 del artículo 165 de la L. S., en su texto vigente, dice que «el procedimiento y condiciones de otorgamiento de las licencias se ajustará, en todo caso, a lo prevenido en el Reglamento de Servicios de las Entidades Locales».

En el momento presente, mientras no se apruebe el nuevo texto de la Ley de Régimen Local, a la que se refiere el mismo artículo del proyecto de reforma de la L. S., debemos de atenernos a lo que dicho Reglamento de Servicios preceptúa.

Y el referido Reglamento, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, dedica el capítulo I del título I a la materia que ahora estudiamos.

Su artículo 9 establece, para evitar los perjuicios que la negligencia de la administración puede ocasionar a los administrados, la fórmula de concesión tácita de la licencia a través del silencio positivo. Dice así:

«...5.º Las licencias para... parcelaciones... habrán de otorgarse o denegarse en el plazo de un mes...

...7.º Si transcurrieren los plazos señalados en el número 5.º... sin que se hubiere notificado resolución expresa:

a) El peticionario de licencia de parcelación... podrá acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo donde existiera constituida o, en su defecto, a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, y si *en el plazo*

de un mes no se notificare al interesado acuerdo expreso, quedará otorgada la licencia por silencio administrativo.»

Este silencio administrativo positivo, también recogido en el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, ha sido visto con mucho recelo por la doctrina y por la jurisprudencia.

Muy interesante a estos efectos es el trabajo de BOQUERA, titulado «Algunas dificultades en la actual regulación del silencio administrativo», y publicado en el número 30 de la *Revista de Administración Pública*.

El Tribunal Supremo, que ha admitido reiteradamente los efectos de dicho silencio administrativo, ha aconsejado prudencia en su aplicación. Así, en sentencias de 9 de diciembre de 1964 y 23 de junio de 1971, entre otras, nos dice que «el silencio positivo no es panacea que sane aquello que en sí mismo contiene germen de su incurable enfermedad ni esponja que limpie de los vicios y defectos ínsitos en la misma esencia del acto».

En Italia, la Ley de 1957 cambió el silencio de positivo a negativo.

De todas formas, y esto es lo que más debe interesarnos, hoy día caben en nuestro Derecho concesiones tácitas de licencia por aplicación del silencio administrativo positivo, según la regulación que hemos expuesto.

Esta concesión tácita presenta problemas de prueba a los efectos del precepto del apartado 3 del artículo 79 de la L. S., puesto que los favorecidos por la misma no disponen de documento alguno que directamente acredite su obtención.

En este caso estimamos que para que el Registrador inscriba la escritura de parcelación o división, el interesado habrá de justificar ante aquél el procedimiento que ha dado lugar a dicha concesión tácita, y el Registrador podrá comprobarlo de oficio ante el Ayuntamiento, Comisión Provincial de Urbanismo y Comisión Provincial de Servicios Técnicos.

2) Cuando la licencia *no se estima necesaria*.

Puede ocurrir, por último, que el Ayuntamiento, a pesar del precepto legal que exige la licencia, no estuviera de acuerdo en la necesidad de la misma, y expresamente, por manifestación verbal, indicara, según su propia interpretación, la improcedencia de aquélla, en el caso concreto, una vez solicitada.

En este supuesto estimamos que el Registrador quedará «normalmente» libre de responsabilidad, siempre que se le justifique, mediante certificación o escrito del Ayuntamiento, el criterio negativo del mismo.

Sirva de ejemplo para este caso la Ley Federal Alemana, ya citada, de 23 de junio de 1960, en cuyo artículo 23, después de exigir, como hemos visto, la autorización o licencia, con carácter general, en las parcelaciones o divisiones, señala en su apartado 2, con carácter excepcional, que:

«Cuando la autorización... no sea necesaria..., el departamento de autorización deberá extender un *certificado acerca de este extremo... El certificado equivale a la autorización.*»

Y hemos dicho intencionadamente que esa certificación negativa liberará «normalmente» de responsabilidad al Registrador. Siempre habrá de tenerse en cuenta el carácter público de los planes, proyectos, normas y ordenanzas aprobados con arreglo a la L. S., según preceptúa el artículo 45 de la misma. Cuando esa publicidad se lleve a cabo con verdadera efectividad, *cosa que hoy no ocurre*, el necesario conocimiento por el Registrador de la norma urbanística aplicable, de conformidad con el artículo 2 del Código civil, le obligará a calificar, aun en contra de la certificación negativa o incluso positiva del Ayuntamiento, en defensa del Derecho.

* * *

C) VALOR DE LAS DIVISIONES SIN LICENCIA

Hasta el momento hemos considerado que toda división de suelo urbano está sujeta al otorgamiento previo de la licencia municipal. Ahora vamos a estudiar brevemente el alcance general o efectos de la falta de licencia en aquéllas, para continuar en el epígrafe siguiente con la repercusión de tal omisión bajo el marco de la calificación registral.

La división de suelo urbano, como acto único en la parcelación *lata* o como fase final en la parcelación estricta, es un acto jurídico privado, y como tal, regulado por el Derecho civil. Sobre esta base vamos a determinar si los actos de división realizados sin licencia son *nulos* de pleno derecho o si son meramente *anulables*, produciendo en este caso plenos efectos mientras no sean impugnados y sin perjuicio de las sanciones administrativas que someramente hemos indicado.

Dejo limitada a esta dualidad *nulos-anulables* la repercusión que dicha omisión de la licencia puede producir en el acto de división, porque creo que las otras modalidades de ineficacia o eficacia restringida de los actos jurídicos no proceden en este caso.

QUINTANA REDONDO, en su trabajo citado, nos dice que son actos *nulos*, de conformidad con el artículo 4 del Código civil.

MARTÍN BLANCO, en su libro *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, se inclina también por la nulidad. Sus argumentos aparecen con relación al artículo 78 de la L. S., pero creo que son aplicables *mutatis mutandi* para el artículo 79. Son los siguientes:

a) «Son *nulos* por ser ejecutados contra lo dispuesto en la ley, de conformidad con el artículo 4 del Código civil.» Ya hemos visto que este argumento es el utilizado también por el autor anteriormente citado y por otros que han estudiado someramente el tema.

b) «Tal nulidad resulta también del artículo 2 de la Ley de 2 de diciembre de 1963 sobre modificación de planes de ordenación y proyectos de urbanización, en donde se decreta expresamente que los actos enumerados en el artículo 165 de la L. S. que contradigan lo dispuesto en el artículo anterior serán *nulos de pleno derecho*.»

Ese artículo anterior citado por MARTÍN BLANCO, y al que alude el 2 de la Ley de 1963, se refiere a la modificación de zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el plan. Ya sabemos también que entre los actos contenidos en el artículo 165 de la L. S. están las parcelaciones urbanísticas.

c) «Los efectos de la nulidad civil del acto, concluye diciendo MARTÍN BLANCO, se producen en estos casos conjuntamente con los derivados de su ilicitud administrativa y punible, que no quedan excluidos por consecuencia de aquella nulidad.»

GONZÁLEZ PÉREZ, en su libro *Comentarios a la Ley del Suelo*, considera discutible esa nulidad pregonada por MARTÍN BLANCO, por cuanto:

a) «Si hubiera nulidad sobrarían las sanciones que prevé la ley en su incumplimiento. Y eso es así porque, en definitiva, la parcelación, aunque se trate de acto privado, ha de ser autorizada por un acto administrativo, la licencia, y para los actos administrativos no se admiten otros supuestos de nulidad que los del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo.»

b) «El argumento del artículo 2 de la Ley de 2 de diciembre de 1963, en lugar de serlo en apoyo de la nulidad, lo es en sentido contrario, pues al disponer expresamente la nulidad de los actos enumerados en el artículo 165 de la L. S., en cuanto impliquen cualquier modificación de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres, 'aun cuando se realicen con licencia municipal', *a sensu contrario*, está excluyendo la nulidad en los demás casos.»

Nos inclinamos también por la solución de la *anulabilidad*.

En su apoyo hacemos nuestros los argumentos contenidos en el párrafo primero del apartado *a)* y en el apartado *b)* de GONZÁLEZ PÉREZ, y no estamos conformes, sin embargo, con el contenido del párrafo segundo de dicho apartado *a)*, por cuanto estimamos que la naturaleza de la licencia, como acto administrativo, no desvirtúa el carácter del acto de parcelación o división, que debe regirse por el Derecho civil, no siéndole aplicable el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por lo que se refiere al artículo 4 del Código civil, conviene tener en cuenta lo siguiente:

El referido artículo 4 nos dice que «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley», pero a continuación añade: «*Salvo los casos en que la misma ley ordene su validez.*»

Según esto, no toda disconformidad con la ley ni toda omisión de requisitos legales pueden llevar consigo la nulidad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dicho de una forma reiterada (sentencias de 19 de octubre de 1944 y 28 de enero y 8 de abril de 1958, entre otras) que «el apartado 1 del artículo 4 del Código civil se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino como sugiere la doctrina, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que *no es preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de modo expreso y textual*, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera o toda omisión de formalidades legales que puedan ser *meramente accidentales* con relación al acto de que se trate hayan de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, máxime en aquellos casos en que exista una *legislación especial* que regule la materia o el problema que suscita recaiga en realidad sobre algo que revista gran complejidad y no pueda quedar resuelta por la nuda y aislada aplicación de dicho artículo».

BONET RAMÓN, en su *Compendio de Derecho civil*, tomo I, nos dice en este mismo sentido que «los actos contrarios a las leyes preceptivas son nulos de pleno derecho, ineficaces de modo insubsanable, *excepto en los casos en que legalmente se ordene su validez*, no siendo necesario que la validez esté ordenada de modo textual, bastando que la interpretación revele una intención legislativa no expresamente declarada...».

* * *

Así, pues, frente a la *nulidad* o ineficacia automática e insanable, que ya hemos dicho no procede en este caso, tenemos la *anulabilidad*.

Insistimos en que hemos limitado simplemente los grados de ineficacia o eficacia restringida a los de nulidad-anulabilidad por razones prácticas, contraponiendo al primero, el segundo, que consideramos es el adecuado en el tema presente.

Siguiendo especialmente a DÍEZ PÍCAZO, en su libro *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, estimamos que tal anulabilidad o nulidad relativa es aquel grado de ineficacia caracterizada por las siguientes notas:

a) Ser ineficacia *provocada*. Frente a la ineficacia automática de la nulidad, que se produce por la fuerza misma de la norma o del ordenamiento jurídico, es decir, *ipso iure*, la provocada lo que hace es atribuir a uno o varios sujetos un poder jurídico, en virtud del cual la sanción puede ser actuada.

b) Como consecuencia de lo anterior, la acción dirigida a obtener la declaración de una nulidad no está sometida a ningún plazo de ejercicio, mientras que la puesta en marcha del poder de *impugnación está sometida a un plazo de caducidad*.

c) La sentencia que se dicte como consecuencia de la pretensión de nulidad es declarativa, mientras que es *constitutiva* en el caso de anulabilidad.

d) La ineficacia en la nulidad es normalmente insubsanable, mientras que resulta *subsancable* en la anulabilidad. La subsanación se produce, en nuestro caso, con la justificación del otorgamiento de la licencia.

* * *

Sobre esta base de considerar como *anulables*, en el sentido general referido, los actos de división de suelo urbano realizados sin licencia, entramos ya en el estudio del epígrafe D) o de calificación registral.

D) CALIFICACION REGISTRAL: *Artículo 98 del Reglamento Hipotecario*

Nos encontramos ante el supuesto de que la escritura de división o parcelación se presente en el Registro de la Propiedad sin justificarse el otorgamiento de la licencia, siendo ésta necesaria, de conformidad con el artículo 79 de la L. S.

¿Qué debe hacer entonces el Registrador de la Propiedad?

Si el acto se considera nulo, la parcelación no puede tener acceso al Registro.

Si el acto es anulable, *tampoco debería tener acceso al Registro*, pero con un sentido más práctico que jurídico, el Reglamento Hipotecario admite su inscripción a través del artículo 98.

Los apartados 3 y 4 de dicho artículo, procedentes de la reforma de 17 de marzo de 1959, dicen:

«Cuando las leyes u otras disposiciones impongan como requisito para *otorgar o inscribir determinado título, la autorización, licencia, aprobación o cualquiera otra intervención de una autoridad u organismo administrativo...*, el Registrador, *si no se acredita su cumplimiento, podrá practicar la inscripción con la reserva explícita*, en el acta de inscripción y en la nota al pie del título, de no haberse justificado, y la advertencia de que transcurridos *dos años* desde la fecha del asiento será *cancelado de oficio o a instancia de parte* si no se hizo constar antes el repetido requisito. Practicada la inscripción, si se presenta el documento justificativo, se hará constar por nota marginal. Transcurrido el indicado plazo sin haberse presentado, se cancelará el asiento por nota marginal.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá *denegarse* la inscripción cuando una ley sancione expresamente la omisión del requisito que preceptúe con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción.»

El principio de legalidad exige que sólo puedan tener acceso al Registro los títulos válidos y perfectos, es decir, los que reúnan los requisitos exigidos por la ley. Si el acto otorgado en el título es nulo, la falta será insubsanable y se denegará la inscripción. Si el acto es simplemente anulable, la falta será subsanable y se suspenderá la inscripción.

Este principio se aplica en todo su rigor cuando se trata de la nulidad del acto, y el mismo artículo 98 lo ratifica, imponiendo en su apartado o párrafo 4 la denegación de la inscripción.

Pero no sucede lo mismo cuando se trata de actos anulables. En determinados casos, como el que ahora nos ocupa, se permite su inscripción cuando se trata de un requisito de eficacia, no de validez. Pensemos en los actos otorgados por la mujer casada sin licencia del marido, según la regulación del artículo 94 del mismo Reglamento.

1) INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

- Lo mismo que dicho artículo 94, tampoco el 98, en su contenido del apartado 3, ha sido bien acogido por la doctrina, pensando que la ampliación del acceso al Registro de la Propiedad de los actos anulables haría

desaparecer el principio de legalidad. Veamos las opiniones de algunos autores calificados.

ROCA SASTRE, en el suplemento de su *Tratado de Derecho hipotecario*, publicado con ocasión de la reforma del Reglamento de 1959, nos dice:

«Este nuevo precepto sólo se justifica por tratarse de una norma de circunstancias, aunque de un gran sentido práctico...» Y sigue diciendo que, desde el punto de vista del principio de legalidad, «es evidente que el precepto que comentamos no tiene justificación alguna..., pero merece plácemes si se lo contempla bajo el aspecto de constituir un medio dirigido a hacer posible la vida normal de nuestro sistema inmobiliario registral frente a la gran masa de disposiciones que durante estos años se han ido formando y que imponen la autorización o aprobación por la Administración..., como requisito para la inscripción en el Registro de la Propiedad, de numerosos actos que antes se inscribían sin ella».

LA RICA Y ARENAL, en sus *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, critica también negativamente el contenido del apartado 3 del artículo 98, aunque reconoce su sentido práctico. Así, nos dice:

«Poco a poco, el Registro de la Propiedad se ha ido convirtiendo en un 'comodín' manejado por la Administración para asegurar sus exigencias... Con tal procedimiento, el sistema registral inmobiliario va perdiendo su esencia jurídica y su carácter cuasi judicial para irse transmutando en un *organismo fiscal y administrativo*, y lo que es más grave, el crédito territorial se resquebraja y entorpece y las transmisiones de dominio se paralizan o dificultan con exceso...» Y más adelante continúa diciendo que: «El nuevo Reglamento ha tratado de buscar un sistema intermedio, según el cual, manteniendo en todo su vigor aquellas limitaciones, se permita a los interesados obtener la protección registral rápidamente, si bien condicionando la subsistencia de la inscripción registral a la justificación de haberse cumplido los requisitos exigidos por la Administración pública...»

CAMY-SÁNCHEZ CAÑETE, por el contrario, se muestra totalmente favorable a la fórmula del artículo 98. Y así, en el tomo IV de sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*, nos dice de estas inscripciones que «son uno de los grandes aciertos de la reforma reglamentaria del 17 de marzo de 1959... Con ello ha aparecido en la normación hipotecaria un nuevo asiento, del que ya estaba necesitada...».

A pesar de las motivaciones *prácticas* que se han invocado en defensa del apartado 3 del artículo 98, creemos que no existe una justificación de peso para mantener tales inscripciones. Los actos anulables no deben

tener entrada en ningún caso en el Registro de la Propiedad. El principio de legalidad se quiebra en los artículos 94 y 98 del Reglamento Hipotecario. ¿Quién nos asegura que no surgirán nuevas excepciones en un futuro próximo apoyadas también en otras razones prácticas?

2) ASIENTO A PRACTICAR

En orden a la *naturaleza* de las inscripciones permitidas por el apartado 3 del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, podemos señalarlas con el doble carácter de *condicionales* y *provisionales*.

LA RICA, en su libro citado, nos dice que:

«...Es una inscripción *condicional*, al igual que las de inmatriculación, al amparo del artículo 205 de la ley, sujetas a la publicación de edictos. En este caso, es decir, el del artículo 98..., el cumplimiento de los requisitos administrativos no actúa como condición suspensiva, puesto que la inscripción no suspende sus efectos. Su omisión, su incumplimiento, mejor dicho, la no justificación en el Registro de haberse cumplido, actúa de *condición resolutoria del asiento*, y éste ha de ser cancelado...»

CAMY-SÁNCHEZ CAÑETE, en el libro referido, califica a estas inscripciones de *provisionales*.

Estimamos que ambos caracteres, *condicionalidad* y *provisionalidad*, conjuntamente, nos muestran su verdadera naturaleza.

Y siendo esto así, el carácter provisional de estos asientos podría hacer pensar en configurarlos en forma de anotación preventiva, que se convertiría en inscripción si, dentro del plazo reglamentario, se subsanara el defecto consistente en la falta de licencia municipal. Sería una *anotación preventiva por defecto subsanable*.

LA RICA, por el contrario, justifica el asiento de inscripción, y así nos dice, en el libro tantas veces citado, «que no se ha acudido al mecanismo de la anotación preventiva por lo breve del plazo de las tomadas por defecto subsanable».

Y CAMY-SÁNCHEZ CAÑETE, en dichos *Comentarios...*, no solamente estima acertado este asiento de inscripción provisional para los supuestos del apartado 3 del artículo 98, sino que considera que deben incluirse en el mismo otros de idéntico contenido a efectos registrales, como los de las anotaciones que llama impropias. Tales anotaciones, nos dice, «constituyen en todo y por todo una inscripción, que sólo se diferencian de las normales en que se constituyen de una manera provisional».

No nos parecen convincentes los argumentos expuestos por ambos autores en pro del asiento de inscripción.

En cuanto a la razón del breve plazo de las anotaciones tomadas por defecto subsanable, a que se refiere LA RICA, estimamos que si el reducido plazo hubiera sido el único motivo para no utilizar en estos casos el asiento de anotación, el problema se solucionaría señalando para ellos un plazo más largo, al igual que se hizo en la reforma reglamentaria de 1959 para las anotaciones de los aprovechamientos de aguas públicas en el artículo 70 del mismo Reglamento. Podría ser el plazo general de las anotaciones del artículo 86 de la Ley Hipotecaria u otro intermedio que más conviniera, siempre superior al de su artículo 96, y que también podría coincidir con los dos años que ha preceptuado para las inscripciones el apartado 3 del artículo 98 del Reglamento que estudiamos.

Y por lo que se refiere al argumento de CAMY-SÁNCHEZ CAÑETE, no podemos olvidar que precisamente esa «provisionalidad» constituye el principal carácter distintivo entre las anotaciones y las inscripciones. Así, leemos en el *Derecho hipotecario*, de ROCA SASTRE, tomo II, que la inscripción «es un asiento *definitivo*, a diferencia de las anotaciones preventivas, que son asientos *provisionales* o transitorios, destinados, en general, a convertirse en inscripciones o a caducar. La inscripción puede cancelarse, pero esto será por las contingencias del derecho que contiene y no a consecuencia del asiento en sí».

3) DISCORDANCIA REGISTRO-REALIDAD AL CANCELARSE EL ASIENTO POR CADUCIDAD

A estos efectos, según el apartado 3 del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, copiado anteriormente, resulta lo siguiente:

Una vez practicado el asiento, *provisional y condicionado*, en el libro de inscripciones, *será cancelado* si transcurren *dos años* desde la fecha de aquél sin haberse justificado el otorgamiento de la licencia municipal.

La cancelación se hará constar por *nota marginal*.

Los términos del Reglamento son claros y no necesitan ser interpretados.

Ahora bien, esta cancelación producirá necesariamente, en la mayor parte de los casos, una *discordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad jurídica extrarregistral*.

En efecto, la cancelación «ha expulsado del Registro» el acto de división, pero éste sigue produciendo plenos efectos fuera de aquél mientras

no sea impugnado, por tratarse, como hemos dicho, de un acto simplemente *anulable*.

Y esta discordancia producirá, inevitablemente, en los actos posteriores otorgados sobre las parcelas o terrenos resultantes de la división ilegal, problemas de tracto sucesivo por interrupción del mismo.

La reanudación de ese tracto sucesivo interrumpido habrá de realizarse del modo que posteriormente veremos. De momento solamente queremos apuntar el problema.

Estos caminos, Registro y realidad jurídica extrarregistral, deben mantenerse siempre acordes.

O el Registro de la Propiedad debió armonizar con el carácter anulable del acto, de manera que su inscripción se conservase hasta que la sentencia, estimando la demanda o pretensión impugnando aquél, ordenase su cancelación.

O bien la realidad jurídica extrarregistral debió aprovechar la normativa hipotecaria. Y en este sentido, quizá también la solución al problema estaría en estimar la parcelación o división sin licencia como *originariamente ineficaz*, aplicándose entonces el apartado 4, en vez del 3, del artículo 98 del Reglamento Hipotecario.

Veamos lo que a este respecto se determina en algunas de las legislaciones extranjeras que estudiamos:

El artículo 35 de la ley citada de Costa Rica, después de referirse, en la forma que señalamos en el apartado 2 del epígrafe B) de este trabajo, a los controles administrativos necesarios para las divisiones, preceptúa que «los fraccionamientos se reputarán *ineficaces*» si se han omitido tales controles.

Y en su artículo 34 añade que:

«Las entidades públicas tendrán como *inexistentes* las parcelaciones hechas sin tener en cuenta lo anterior.»

Y ya vimos, en relación con otro aspecto de este trabajo, que el artículo 19 de la Ley alemana de 1960 establece que:

«Será precisa la *autorización* para que tenga *eficacia* la división de una finca.»

En estas normas parece proclamarse una *ineficacia inicial* de la misma *división o parcelación sin licencia*, sin perjuicio de lo que se preceptúa en orden a los actos posteriores otorgados sobre los lotes resultantes de aquélla.

4) ACTOS DE DISPOSICIÓN POSTERIORES A LA DIVISIÓN CANCELADA: DERECHO COMPARADO

El supuesto es claro: el acto de división sin licencia se ha inscrito, la inscripción se ha cancelado por haber transcurrido los dos años reglamentarios sin justificarse aquélla y ahora se otorga escritura de *venta de una o varias parcelas* resultantes de la división.

En *Francia*, el artículo 8 del Decreto de 1958 establece que:

«La *venta* de los terrenos comprendidos en una parcelación sólo podrá efectuarse *previa la autorización prevista en el artículo 2.*» En dicho artículo 2, según ya hemos visto, se exige la autorización del prefecto.

En *Bélgica*, el artículo 56 de la Ley de 1962 dice así:

«Nadie podrá poner *en venta o vender* una parcela comprendida en una parcelación..., si ésta parcelación *no hubiese sido objeto de un permiso escrito y expreso del colegio municipal.*»

En *Costa Rica*, el artículo 35 de la referida ley expresa:

«Quien haya adquirido *por compraventa u otro título oneroso* una finca o un derecho real sobre un inmueble y resulte perjudicado por la ineficacia dicha del acto adquisitivo (se refiere a la señalada en el artículo 33, ya relacionado) podrá demandar la *rescisión* de éste y la *reparación civil* consiguiente.»

En *España* hemos de acudir al artículo 50 de la Ley del Suelo.

Su apartado 1 dice así:

«El que enajenare terrenos no susceptibles de edificación... deberá *hacer constar expresamente esta circunstancia en el correspondiente título de enajenación.*»

Recordemos que, según el apartado 4 del artículo 79, los lotes resultantes de una parcelación ilegal no pueden ser base de edificación.

El apartado 4 del indicado artículo 50 finaliza así:

«La infracción de cualquiera de estas disposiciones facultará al adquirente para *resolver el contrato* en el plazo de un año, a contar de la fecha de su otorgamiento, y exigir la *indemnización* de daños y perjuicios que se le hubieren irrogado.»

Comentando este precepto, LUCAS FERNÁNDEZ, en su obra *Aspectos civiles de la Ley del Suelo*, nos dice que «a pesar de los términos de la ley, se trata de un supuesto de *rescisión*».

En el mismo sentido, FUENTES SANCHIZ, en el referido artículo publicado en 1961, indica que «la acción que concede este artículo, con el término vago de 'resolver', es una acción *rescisoria* con los efectos del artículo 1.295 del Código civil».

Ya hemos visto que la Ley de 1968 de Costa Rica, que, sin duda, se habrá inspirado en nuestra Ley del Suelo, habla también de *rescisión*.

En todo caso será una acción rescisoria con un plazo especial de ejercicio de un año, en vez del general de cuatro años establecido en el artículo 1.299 del Código civil.

Y siendo esto así, de conformidad con dicho artículo 50 de la Ley del Suelo, pueden darse las siguientes situaciones en orden a las *ventas* o enajenaciones en general, otorgadas sobre lotes resultantes de parcelaciones ilegales:

1) El adquirente hace uso de la facultad legal de rescisión dentro del plazo indicado. La enajenación deviene ineficaz con las consecuencias y devoluciones señaladas en el artículo 1.295 del Código civil.

2) El adquirente no hace uso de la facultad de rescisión o la ejercita fuera de plazo. La enajenación, desde el punto de vista jurídico privado, se convalida, produciendo plenos efectos desde su celebración.

Esta segunda situación puede presentar en el Registro de la Propiedad problemas de tracto sucesivo, que ya apuntábamos con anterioridad, ya que la venta o enajenación en general se apoya en un acto de división anterior, cuya *inscripción*, transcurrido el plazo de dos años sin justificarse el otorgamiento de la licencia, ha sido o debió ser *cancelada*, en los términos del artículo 98 del Reglamento Hipotecario.

Al llegar la escritura de compraventa (y nos referimos especialmente a este acto de disposición por ser el más frecuente dentro de los supuestos de enajenación) al Registro de la Propiedad puede suceder:

a) Que el acto de *división*, al ser anulable, haya sido *convalidado*, por *caducidad* de la acción de impugnación.

En este caso, la presentación de la escritura de compraventa deberá hacerse en unión de la del acto de división previo, ya convalidado, para practicar en el Registro las inscripciones de división y compraventa, en este orden, como exigencia del principio hipotecario del tracto sucesivo.

b) Que el acto de *división* previo se encuentre aún *dentro del período o plazo de impugnación*.

Entonces, el principio de tracto sucesivo impide de momento la inscripción de la escritura de compraventa, por haberse cancelado la inscripción de la escritura de división, que sirve de base a aquélla. Se suspende su inscripción.

La inscripción de la escritura de compraventa habrá de esperar que se convalide el acto de división. Convalidación que se realizará por caducidad de la acción de impugnación, en los términos vistos en el apartado *a)* anterior, o simplemente por la presentación de nuevo de la escritura de división acompañada del justificante del otorgamiento de la licencia, que al principio se omitió. La inscripción de la escritura de división será entonces definitiva y servirá de eslabón necesario para la inscripción de la de compraventa.

c) Que el acto de *división* haya sido *impugnado* con éxito dentro de plazo.

En este caso, la ineficacia sobrevenida del acto de división arrastrará, con el mismo resultado, el acto de disposición que en aquélla se apoya, sin perjuicio de la acción de daños y perjuicios.

E) CONCLUSIONES

Como decíamos al principio de la presente ponencia, queremos proponer unas simples conclusiones provisionales, una vez finalizada la misma, para que sirvan de resumen a todo lo dicho. Son las siguientes:

1. Toda división de suelo urbano está sujeta a licencia municipal.
2. No es necesaria la existencia previa o simultánea de un plan de ordenación para la exigencia anterior.
3. Los Registradores de la Propiedad debemos exigir la justificación del otorgamiento de la licencia municipal para inscribir las correspondientes escrituras de división de suelo urbano. Para el cumplimiento de esta obligación es precisa la colaboración de los Notarios autorizantes de aquéllas y de los Ayuntamientos, aplicando con más fidelidad los preceptos de la Ley del Suelo.
4. Si los Ayuntamientos no estiman necesaria la licencia en el caso concreto, deberán expedir certificación negativa, que hará las veces de licencia cuando se exija por el Registrador.
5. Los actos de división de suelo urbano sin licencia tienen la consideración jurídica de anulables.
6. La regulación en orden a la registración de los actos de división de suelo urbano sin licencia, contenida especialmente en el artículo 98 del Reglamento Hipotecario, podría retocarse a base de:

a) Utilizar el asiento de anotación preventiva en vez del de inscripción, por el carácter naturalmente provisional de aquél.

b) Buscar una coordinación mayor entre el Registro de la Propiedad y la ordenación jurídica extrarregistral para evitar los problemas de tracto sucesivo, originados especialmente en virtud de los actos de disposición posteriores a la división o parcelación ilegal.

MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ

Registrador de la Propiedad
Profesor de Derecho civil

JURISPRUDENCIA

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

14. ANOTACION DE SUSPENSIÓN DE PAGOS.—LOS ACTOS VERIFICADOS ANTES DE PRODUCIRSE EL ESTADO DE SUSPENSIÓN DEL COMERCIANTE, PERO QUE ACUDEN AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, UNA VEZ PRACTICADA LA ANOTACIÓN QUE DECLARA ESTA SITUACIÓN HAN DE SER ADMITIDOS Y PROCEDE SU INSCRIPCIÓN, PUES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 145 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, LAS ANOTACIONES DE ESTE TIPO NO SON OBSTÁCULO PARA QUE SE PRACTIQUEN LAS INSCRIPCIONES BASADAS EN ASIENTOS VIGENTES ANTERIORES AL DOMINIO O DERECHO REAL OBJETO DE LA ANOTACIÓN.

Resolución de 14 de junio de 1973 (B. O. del E. de 2 de julio).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura otorgada ante el Notario de Madrid don José Luis Martínez Gil, el 8 de julio de 1970, la Compañía Mercantil «Construcciones Pujol, S. A.», debidamente representada por su administrador, don Ramón Pujol Planas, segregó de una finca mayor que pertenecía a la Empresa, conocida por «El Rosal», y comprensiva de las parcelas 101 y 111 del polígono 5, en el término de San Sebastián de los Reyes, un trozo de tierra «al sitio denominado El Burrillo o Prado de San Juan, de una superficie de 15.312 metros cuadrados aproximadamente, y que linda al norte con fincas de Roque Crespo y Juan Ramón, al sur con finca de herederos de Saturio Sivit, al este con Juan Ramón y al oeste con resto de la finca de que se segrega»; en la misma escritura, «Construcciones Pujol» concedió a don Antonio Canal Aguilera «el derecho de opción de compra de la parcela de terreno segregada y descrita»,

conviniéndose que la duración de la opción sería de dos años y el precio de venta de 100.000 pesetas, y que, en virtud de providencia firme dictada el 5 de agosto de 1970, por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sabadell, se admitió la solicitud de suspensión de pagos de la Sociedad vendedora, y librado mandamiento causó anotación preventiva en el Registro el 17 de diciembre de 1970.

Presentada el 2 de mayo de 1971 primera copia de la referida escritura, fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento de segregación y opción de compra por los siguientes defectos: 1. No constar que la segregación se haya efectuado con la oportuna licencia administrativa. 2. Y figurar ya anotada en el Registro la suspensión de pagos de la Compañía Mercantil 'Construcciones Pujol, Sociedad Anónima', con la siguiente limitación real en función de los fines que tal procedimiento tiende a cumplir, lo que impide extender dicha inscripción, de conformidad con la Ley de 26 de julio de 1922, sin que tampoco proceda tomar anotación de suspensión, aunque se hubiera solicitado, por estimarse insubsanable el último defecto.»

El nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que es improcedente la exigencia del Registrador de licencia administrativa para la segregación realizada, puesto que la finca afectada es rústica, sin que, por otro lado, se indique en la nota la norma legal infringida; que la suspensión de pagos supone una limitación de capacidad del suspenso, pero no implica una restricción real, como parece pretender el Registrador; que, además, las limitaciones que sufre una persona en estado de suspensión de pagos no pueden ser calificadas de incapacidad absoluta, sino como restricciones que afectan sólo parcialmente a su capacidad; que no existe precepto legal alguno que equipare el suspenso con el incapaz absoluto, como es el caso del loco o del menor de edad, disponiendo, por el contrario, la Ley de Suspensión de Pagos, en su artículo 6, que «el comerciante suspenso conservará la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios con las limitaciones que en cada caso fije el Juzgado»; que por ello entiende que: 1.º La iniciación de un expediente de suspensión de pagos no puede perjudicar derechos anteriores. 2.º Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. 3.º Aun cuando se tratara de actos del suspenso posteriores a la providencia judicial de suspensión, no existe fundamento legal para pensar que tales actos son nulos de pleno derecho, sin perjuicio, en su caso, de las acciones que pudieran corresponder a terceros. 4.º Es dudoso que la intervención de operaciones que prevé la Ley de Suspensión de Pagos alcanza a actividades no mercantiles, y que como fundamentos de derecho señalaba los artículos 71 de la Ley Hipotecaria, 14 y 142 del Reglamento para su ejecución y 4 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

El Notario autorizante de la escritura informó: Que el capítulo 3.º de la vigente Ley del Suelo y Ordenaciones Urbanas de 12 de mayo de 1956 dice, en el título 2, artículo 77-1, que «se considerará parcelación urbanística la división de terrenos en dos o más lotes, cuando uno o varios de ellos hayan de dar frente a alguna vía pública o privada, existente o en proyecto, o esté situado en distancia inferior a 100 metros del borde de la misma»; que el artículo 79, número 2, agrega que «toda parcelación y reparcelación urbanística quedarán sujetas a licencia»; que el número 3 de este mismo artículo establece, en consecuencia, que los Registradores de la Propiedad exigirán, para inscribir escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la correspondiente licencia; que de la lectura de los citados preceptos se deduce claramente su inaplicabilidad al caso debatido, ya que se trata de una finca rústica que no da frente

a ninguna vía pública ni privada ni está situada a menos de 100 metros del borde de la misma; que a las fincas rústicas se refiere el artículo 69 de la citada Ley del Suelo, que prohíbe los fraccionamientos de terrenos que rompan la unidad mínima de cultivo señalada en los planes generales; que por ello parece evidente que no puede aplicarse en el presente caso lo dispuesto en el artículo 79 de la mencionada Ley del Suelo ni la Circular del Area Metropolitana de Madrid de 17 de junio de 1966, sino que, en todo caso, surgiría un derecho de retracto, conforme a lo dispuesto en la Ley de 15 de julio de 1954; que resulta claro que la segregación de una parcela rústica de 15.312 metros cuadrados no encubre ni puede encubrir una parcelación clandestina, que es lo que la Ley del Suelo trata de evitar; que las anotaciones preventivas de resoluciones judiciales de suspensión de pagos parece que son consideradas por el legislador como anotaciones de demanda de incapacidad y no como prohibiciones de disponer, que es como parece las califica el Registrador; que de todos modos no procede el cierre del Registro, ya se califique la anotación preventiva de una u otra forma, y que si se califica de incapacidad, los efectos son que la anotación pesa como una amenaza para los posibles adquirentes posteriores del demandado, que podrá, sin embargo, inscribir su adquisición sujeta a las contingencias de la resolución que, en definitiva, se dicte en el procedimiento, y si se califica de prohibición de enajenar, sus efectos son los de impedir el acceso al Registro de actos dispositivo otorgados con posterioridad a la práctica de la anotación de suspensión de pagos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 145 de su Reglamento, en relación con el 1.923 del Código civil.

El Registrador informó: Que dado el texto literal del artículo 77 de la Ley del Suelo, generalmente interpretado con amplitud, y por estar la finca objeto del recurso en el término municipal de San Sebastián de los Reyes, expresamente sujeto a las normas dictadas por la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Area Metropolitana de Madrid, así como por implicar la segregación de que se trata una división de terrenos de secano, en la que tanto la superficie de la porción segregada como la del resto de la finca matriz son inferiores a 2,5 hectáreas, el Registrador tiene obligación de exigir la oportuna licencia administrativa para poder practicar la inscripción, de conformidad con el número 2 del Acuerdo de dicha Comisión, de 20 de abril de 1966, comunicado a la Dirección General de los Registros y del Notariado y publicado por ésta en Resolución de 17 de junio del mismo año, por lo que la falta de tal licencia constituye un defecto subsanable; que la dificultad para la inscripción de la opción de compra no radica en que ésta no reúna los requisitos legales, sino en la oposición a un asiento registral vigente; que la suspensión de pagos es un procedimiento de ejecución universal que procura la igualdad de todos los acreedores, salvo los que tengan la condición de especialmente privilegiados; que por ello quedan en suspenso hasta la terminación del expediente todos los juicios ordinarios o ejecutivos en que se persigan bienes del deudor, excepto aquellos que estén especialmente hipotecados o pignoralados; que, en consecuencia, el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos impide la práctica de todos los embargos y administraciones judiciales una vez que se haya solicitado la suspensión, ordenando que sean los interventores nombrados quienes actúen a partir de este momento, los cuales no podrán lícitamente satisfacer su crédito a ningún acreedor singular, como declaró la Resolución de 14 de noviembre de 1968; que la citada Resolución y la de 26 de los mismos mes y año confirmaron la denegación por el Registrador de anotaciones preventivas de embargos decretados con anterioridad a la fecha de la declaración del estado de suspensión de pagos del deudor, por oponerse a ello la naturaleza, efectos

y consecuencias del expediente y el asiento registral de la suspensión; que el Registro de la Propiedad se rige por el principio *Prior tempore potior iure*, y cuando se presentó la escritura de opción de compra ya figuraba anotada la suspensión de pagos de la Sociedad otorgante de la opción; que sin necesidad de examinar la conocida distinción entre incapacidades y prohibiciones de disponer, aunque el artículo 142 del vigente Reglamento Hipotecario considera incapacidad la situación del suspenso, de la norma 4 del artículo 166 parece deducirse, como opina un ilustre comentarista, que «en el caso del suspenso no existe ningún problema de capacidad, sino de simple limitación real en función de los fines que el procedimiento tiende a cumplir», y que el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, al disponer que los bienes inmuebles o derechos reales sujetos a anotación preventiva pueden ser enajenados o gravados, no establece una norma tan absoluta que carezca de excepciones, sino que establece una regla general que permite la inscripción de dichas enajenaciones o gravámenes, salvo que la anotación implique el cierre del Registro, impidiendo la inscripción de tales actos, como sucede en la prohibición de enajenar o en el legado de cosa específica inmueble propia del testador o cuando refleja la suspensión de pagos del titular registral.

El Presidente de la Audiencia, aceptando razonamientos de las dos partes contendientes, confirmó la nota del Registrador en cuanto al defecto 1.º, considerado subsanable (falta de licencia administrativa), revocándola respecto del 2.º (anotación de la opción de compra), por haber sido otorgada la escritura con anterioridad a la anotación de suspensión de pagos.

El funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos, y la Dirección General confirma el auto apelado, que revocó el defecto 2.º de la nota del Registrador, único que ha sido objeto de debate, con la siguiente doctrina:

B) Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Vistos los artículos 42 y 71 de la Ley Hipotecaria y 142 y 145 del Reglamento para su ejecución; la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, y las Resoluciones de este Centro de 2 de marzo de 1943, 7 de febrero y 24 de abril de 1959, 26 de mayo de 1965 y 14 de diciembre de 1971.

Considerando que al haber sido confirmado por el auto presidencial el primero de los defectos señalados en la nota calificadora, sin que contra dicho pronunciamiento se haya recurrido, la única cuestión planteada en este expediente consiste en determinar si es inscribible una escritura de segregación y concesión de opción de compra otorgada en nombre y representación de una sociedad anónima cuando con posterioridad al otorgamiento, pero antes de ser presentada la escritura en el Registro, aparece extendida la anotación preventiva de suspensión de pagos de dicha sociedad.

Considerando que la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 procura proteger los intereses de los acreedores del comerciante suspenso y evitar que el mismo pueda realizar actos dispositivos en perjuicio de aquéllos, por lo que una de las limitaciones que expresamente se le impone, conforme al artículo 6 de la citada ley, es la de necesitar el acuerdo de los interventores, o autorización del Juez si éstos no hubiesen tomado posesión de su cargo, «para toda obligación que pretenda contraer y para celebrar todo contrato», con posible responsabilidad penal en caso de incumplimiento y la sanción de nulidad para los actos que realice sin dichas intervención o autorización.

Considerando que al quedar ampliamente afectada la situación patrimonial del comerciante declarado en estado de suspensión de pagos, el artículo 4 de la Ley Especial ordena que la providencia en la que se tenga

por solicitada tal declaración se anote en el Registro de la Propiedad donde estén inscritos los inmuebles del suspenso, precepto que se reitera en el artículo 142 del Reglamento Hipotecario, sin que ofrezca dificultad la solución, que habrá de ser forzosamente negativa, en los supuestos de actos dispositivos otorgados con posterioridad a la anotación y que hayan sido realizados exclusivamente por el comerciante suspenso.

Considerando que en cuanto a los actos verificados antes de producirse el estado de suspensión del comerciante, pero que acuden al Registro de la Propiedad una vez practicada la anotación que declara esta situación, han de ser admitidos y procede su inscripción, y ello tanto si se estima —cuestión muy debatida— que se trata de una incapacidad y se aplica el artículo 142 del Reglamento Hipotecario al ser válidos los actos realizados por el incapaz antes de la fecha en que surte efectos hipotecarios la declaración de incapacidad, como si se considera que se está ante una prohibición de disponer, pues en virtud del artículo 145 del mismo Reglamento las anotaciones de este tipo no son obstáculo para que se practiquen las inscripciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación.

C) COMENTARIO.—Son varias y recientes las Resoluciones de la Dirección que han contemplado el problema de la posibilidad de registración de los actos posteriores a la anotación de suspensión de pagos que figura en el Registro. Tal cuestión reviste una gran importancia no sólo por su frecuencia, sino porque en ella van implícitos una serie de problemas que precisan la aplicación de un criterio unificado de práctica registral. Entre aquéllos, el de determinar si la anotación de suspensión de pagos provoca el cierre del Registro; si el cierre registral opera únicamente respecto de los actos dispositivos otorgados con posterioridad a la práctica de la anotación o se extiende incluso a los anteriores, y, en definitiva, la cuestión básica de si la suspensión de pagos supone una situación de incapacidad o se trata, por el contrario, de una prohibición de disponer.

La jurisprudencia de la Dirección en torno a este debatido problema no se caracteriza por su uniformidad. Así, las de 14, 15 y 16 de diciembre de 1971 admiten la posibilidad de registración del embargo posterior a la anotación de suspensión de pagos, y en este sentido reiteran la de 15 de febrero de 1962, al establecer que «dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabe estimar que la anotación podrá realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho, pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya tramitado el expediente». Por el contrario, las Resoluciones de 14 y 26 de noviembre de 1968, ante el problema de si se puede practicar una anotación de embargo en el Registro, cuando en los libros del mismo figura ya anotada la suspensión de pagos del deudor embargado, mantiene el tajante criterio de que «siendo esencial en la suspensión de pagos la situación de igualdad de los acreedores que no tengan el carácter de privilegiados, no puede practicarse en el Registro de la Propiedad una anotación de embargo cuando en los libros del mismo figura ya anotada la suspensión de pagos del deudor embargado». Dados estos antecedentes, como se ve, el problema continúa en toda su integridad y provoca numerosas consultas de los Registradores que se encuentran en trance de decidir sobre la registración de situaciones similares.

Como punto de partida, puede aceptarse que por su propia naturaleza, la anotación de suspensión de pagos, recogida por el artículo 42, 5, de la ley, tiene por objeto la constancia registral de la modificación de la capacidad civil experimentada por el comerciante suspenso en cuanto

a la libre disposición de sus bienes, circunstancia que reitera el artículo 142 del Reglamento Hipotecario, situado expresamente bajo el epígrafe de «incapacidad». De ahí que, en principio, no pueda hablarse de cierre del Registro y sean exclusivamente las normas de Derecho privado—civil y mercantil—las únicas que deba tener en cuenta el Registrador para proceder o no al despacho de los documentos otorgados por el comerciante suspenso. Ello debido a que la declaración de suspensión de pagos—fase preliminar a la de quiebra—permite al comerciante suspenso—artículo 6 de la Ley de 26 de julio de 1922—, hasta que la propuesta del convenio obtenga la aprobación de los acreedores, el conservar la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, con las limitaciones que en cada caso fije el Juzgado; por consiguiente, el suspenso puede actuar por sí, sin necesidad de un representante legal, precisando únicamente para la realización de los contratos, obligaciones, etc., el concurso de los interventores judiciales. Ahora bien, así como desde un punto de vista subjetivo la situación del suspenso implica una serie de restricciones a su capacidad de obrar, tal situación, objetivamente considerada, equivale también a una limitación que afecta de modo genérico a todo su patrimonio y que tiene su fundamento en la imprescindible garantía de los derechos de los acreedores, finalidad perseguida por la Ley de 1922.

Pero tal limitación de patrimonio y consiguiente garantía tampoco debe traducirse en el cierre del Registro, y ello, entre otras, por las siguientes razones:

- A diferencia de lo dispuesto en el artículo 878 del Código de Comercio respecto de la quiebra, en la suspensión de pagos, el suspenso puede realizar actos dispositivos con el concurso de los interventores judiciales.
- El artículo 9, 4, de la Ley de Suspensión de Pagos establece que «desde que se tenga por solicitada la suspensión, todos los embargos y administraciones judiciales que pudieren haberse constituido sobre bienes no hipotecados ni pignorados quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los interventores, mientras ésta subsista, con arreglo a las normas que señale el Juzgado». Es decir, la primera consecuencia lógica derivada de la naturaleza jurídica de proceso de ejecución forzosa colectiva que tiene la suspensión de pagos es la de que las ejecuciones forzosas individuales queden suspendidas, pero sin que tal suspensión, que es un mandato legal dirigido al Juez que conozca de la ejecución individual, pueda nunca suponer obstáculo registral para proceder a la práctica de la anotación de embargo, dado que el Registrador no tramita el procedimiento de embargo, y, además, porque esta anotación estará, en cuanto a su eficacia, totalmente supeditada a la anotación de suspensión de pagos anterior, equivalente, en el fondo, a un verdadero embargo de todo el patrimonio del comerciante suspenso. Como ya se hizo constar en el comentario a las Resoluciones de 14, 15 y 16 de diciembre de 1971 (*Revista Crítica*, marzo-abril, núm. 489, págs. 407 y sigs.), esta supeditación debe ser absoluta, en el sentido de que finalizada la situación de suspensión de pagos por convenio entre el deudor y los acreedores o por insolvencia definitiva—situación de quiebra—, la inscripción del convenio en el Registro, en cuanto se refiera a bienes inmuebles y derechos reales del deudor, y la conversión de la anotación de suspensión en anotación de quiebra se antepondrán y gozarán de prioridad respecto de los embargos anotados con posterioridad a la anotación de suspensión, por exigirlo así los principios de nuestro sistema hipotecario y la finalidad

perseguida por la Ley de 1922. De todos modos sería conveniente que el Registrador, al proceder a la práctica de la anotación de embargo, consigne al pie del mandamiento que la originó la existencia de la anotación de suspensión de pagos anterior y Juzgado ante el cual se sigue el procedimiento de suspensión de pagos, con el fin de que sirva de advertencia a la persona a cuyo favor se practica el embargo y al Juez que conozca de la ejecución individual.

- Por último, no debe olvidarse que el artículo 145 del Reglamento Hipotecario, respecto de las anotaciones de prohibición de enajenar, incluye únicamente las comprendidas en el número 2 del artículo 26 y 4 del artículo 42 de la Ley, mientras que el 142 del propio Reglamento se remite únicamente al número 5 del artículo 42 de la Ley —suspensión de pagos, concurso o quiebra.

Quizá tales razones sean las que ha tenido en cuenta la Dirección en la Resolución que ahora se comenta, cuya doctrina se basa en la anterior de 14 de diciembre de 1971, que, como hemos visto, permite la práctica registral de la anotación de embargo posterior a la de suspensión de pagos, y excluye la contradictoria mantenida por las de 14 y 26 de noviembre de 1968, en las que, como es lógico, se apoya el informe del Registrador. No es tampoco argumento de consistencia centrar el cierre del Registro en la norma 4 del artículo 166 del Reglamento Hipotecario, «si la anotación se hiciese en virtud de resolución judicial declarando en concurso o quiebra a una persona o prohibiendo temporalmente la enajenación de bienes determinados», ya que este precepto contempla con entera claridad las anotaciones que deben su origen a resolución judicial y resulten de la situación de concurso, de quiebra o impongan la prohibición temporal de enajenar bienes determinados. Es indudable que esta prohibición huelga respecto de las situaciones de concurso o de quiebra, dada la redacción de los artículos 1.914 del Código civil y 878 del Código de Comercio, sin que tampoco sea inherente a la de suspensión de pagos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Especial. Ello, sin embargo, no elimina la posibilidad de que el Juez pueda ordenar al suspensor la no enajenación de bienes determinados, que, con arreglo al artículo 26, 2, de la Ley Hipotecaria producirán, sin duda, el cierre del Registro; pero para que esto tenga lugar será preciso que la resolución judicial así lo disponga expresamente, cosa que no ocurre en el supuesto que se examina.

Finalmente, la Resolución que comentamos plantea únicamente la cuestión de si es inscribible una escritura de segregación y concesión de opción de compra, otorgada en nombre y representación de una sociedad anónima, cuando con posterioridad al otorgamiento, pero antes de su presentación en el Registro, aparece extendida la anotación preventiva de suspensión de pagos de dicha sociedad. La Dirección resuelve el problema en el sentido de que procede la inscripción, por aplicación del artículo 145 del Reglamento Hipotecario, que señala que las anotaciones de prohibición de enajenar no son obstáculo para que se practiquen las inscripciones basadas en asientos vigentes anteriores al dominio o derecho real objeto de la anotación. Aunque creemos que la solución es la adecuada, no nos parece otro tanto su fundamentación legal, ya que, como hemos visto reiteradamente, no se trata de anotación de prohibición de enajenar y sí de una consecuencia derivada de norma precisa y clara, como la del artículo 71 de la Ley Hipotecaria. También tenemos que oponer reparos a la redacción del tercer considerando de esta Resolución, cuando nos dice que «sin que ofrezca dificultad la solución, que habrá de ser forzosamente negativa, en los supuestos de actos dispositivos otorgados con

posterioridad a la anotación y que hayan sido realizados exclusivamente por el comerciante suspenso», que es contradictorio con los restantes considerandos de la Resolución. Ya que si, como nos dice la Dirección, la anotación de suspensión de pagos tiene naturaleza y efectos similares a las de prohibición de enajenar, es indudable que habrán de producir el cierre del Registro a los actos dispositivos posteriores, hayan o no sido realizados exclusivamente por el comerciante suspenso.

E. F. C.

REGISTRO MERCANTIL

2. ES INSCRIBIBLE—UNA VEZ INSCRITA LA SOCIEDAD Y SU CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN—LA ESCRITURA POR LA QUE SE PROTOCOLIZA EL ACUERDO DE ÉSTE, POR VIRTUD DEL CUAL SE DELEGAN EN UN CONSEJERO LAS FACULTADES DE REPRESENTACIÓN Y LA MAYOR PARTE DE LAS ORDINARIAS DE GESTIÓN, AUNQUE EL ACUERDO Y LA ESCRITURA DE NOMBRAMIENTO DE CONSEJERO DELEGADO SEAN ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD Y DEL CONSEJO, YA QUE SE TRATA DE UN ACTO DE REGULACIÓN DEL RÉGIMEN INTERNO DE LA SOCIEDAD QUE NO HA DE CONSIDERARSE INCLUIDO EN EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY.

Resolución de 16 de junio de 1973 (B. O. del E. de 10 de julio).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Madrid, por el Notario don José Antonio Torrente Secorun, el 22 de mayo de 1972, se constituyó la Compañía Mercantil «Tecnileasing, S. A.», en la que consta que en la misma fecha se celebró Junta universal, nombrando el primer Consejo de Administración y la aceptación por los nombrados, escritura que fue presentada en el Registro Mercantil el día 1 de septiembre de 1972 e inscrita el 27 de octubre del mismo año, y por otra escritura, autorizada por el mismo fedatario el 27 de julio de 1972, se protocolizó y elevó a documento público un acuerdo adoptado el 16 de junio anterior por el Consejo de Administración, con asistencia y voto favorable de la totalidad de los componentes del mismo, en virtud del cual se delegaban en determinado consejero las facultades de ostentar la representación jurídica de la Sociedad y la mayor parte de las ordinarias de gestión.

Presentada en el Registro Mercantil de Madrid primera copia de esta última escritura, fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del presente documento por el defecto insubsanable de realizarse la delegación de facultades objeto del mismo en el consejero del Consejo de Administración con anterioridad a la presentación de la escritura fundacional en el Registro Mercantil, y atribuirse en dicho documento facultades representativas de una Sociedad que al no hallarse inscrita tiene sin terminar su proceso constitutivo y por ello no adquirido el rango de persona jurídica, criterio sustentado que se apoya en lo dispuesto en los artículos 6 en relación con el 9 de la ley, estimándose que en ese tipo de Sociedad los designados como administradores en la escritura social no adquieren legalmente dicho carácter ni quedan investidos de la función administrativa, en sentido técnico jurídico, hasta que la citada escritura quede inscrita en el Registro Mercantil. Realizada ya al presente la inscripción de la Sociedad, la aprobación por la misma de

la delegación objeto del documento se considera suficiente para que la referida delegación sea inscrita en este Registro.»

El Notario autorizante de la escritura—que formalizó por razones de urgencia la ratificación requerida por el Registro para la inscripción, que quedó hecha—interpuso, a efectos exclusivamente doctrinales, recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: que la nota supone una inconsecuencia en el criterio del Registrador, puesto que en igual situación se encuentra el acuerdo de la Junta general universal nombrando—en la misma escritura fundacional—los componentes del Consejo de Administración, ya que dicho acuerdo se tomó el 22 de mayo de 1972, fecha anterior a la presentación de la escritura constitucional en el Registro Mercantil, que tuvo lugar el 1 de septiembre, lo que no fue obstáculo para que se practicase en su día la inscripción correspondiente; que generalizando más se puede decir que todo acuerdo que venga a completar o coronar el proceso social con el nombramiento de Consejo, determinación de puestos rectores y delegación de facultades tendrá, sin excepción, la característica de haber sido adoptado, tomado o realizado con anterioridad a la presentación de la escritura de constitución de la Sociedad en el Registro Mercantil; que para adaptarse a las ideas sobre este particular contenidas en la nota habría que actuar con extrema rapidez, presentando la escritura en el Registro el mismo día en que se toman los acuerdos, y si el tiempo se cuenta por minutos, siempre precederá el acuerdo a la inscripción registral; que en la práctica no sucede así, sino que basta, para poder inscribir los acuerdos que se tomen, con que esté abierta la correspondiente hoja registral; que la nota recurrida tiene un concepto muy estricto y reducido de lo que en buena terminología se llama proceso constitutivo de una Sociedad; que la fundación simultánea lo es si se establece comparación con el laborioso proceso de la fundación sucesiva, pero tal simultaneidad no quiere decir que sea instantánea, sino que puede realizarse con un breve espaciamento temporal; que la nota carece también de fundamento legal y los preceptos alegados no conducen al resultado pretendido; que según el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, y, sin embargo, si, por ejemplo, una Sociedad se constituye en escritura de 1 de enero y el nombramiento y aceptación de cargos el mismo día o el siguiente, retrasándose la presentación en el Registro hasta el 15 de febrero por causa de la liquidación fiscal, resultará que el citado acuerdo está adoptado mes y medio antes de la presentación de la escritura en el Registro Mercantil; que el razonamiento vale lo mismo para el nombramiento de consejeros que para la designación de un consejero-delegado, puesto que no existe diferencia sustancial entre ambos supuestos ni la nota pone su acento en este punto, sino que mantiene una tesis con carácter general, y que, finalmente, la nota trata de extraer consecuencias no derivadas, en buena interpretación, de los artículos 6 y 9 por ella invocados, puesto que en toda interpretación hay que rechazar cualquier criterio que conduzca al absurdo, debiendo tenerse en cuenta el elemento lógico tanto como el sistemático.

Los cotitulares del Registro Mercantil acordaron mantener la calificación impugnada por los siguientes fundamentos: que en el proceso formativo de la Sociedad Anónima se distinguen claramente dos momentos diferenciados: el otorgamiento de la escritura social y la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, fórmula que tiene su expresión legal en el artículo 6 de la ley, cuando afirma que la Sociedad Anónima se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, añadiendo que desde ese momento la Sociedad tendrá

personalidad jurídica; que el empleo de las palabras «desde ese momento» elimina totalmente para los comentaristas las dificultades que había mostrado la exégesis de los artículos 116 y 119 del Código de Comercio; que en orden a la calificación técnica de la sustancia jurídica existente a partir del otorgamiento de la escritura hasta su inscripción en el Registro, puede afirmarse que aun siendo evidente que el artículo 6 atribuye a la inscripción carácter constitutivo, esto no puede llevar a la afirmación de que mientras tanto la escritura es como si no existiese, pues, evidentemente, sus efectos obligacionales entre los otorgantes son innegables (artículos 13, 26 y 27 de la ley y sentencias de 6 de febrero de 1964 y 31 de mayo de 1969); que hay que hacer constar que, en el supuesto contemplado, los contratos que se celebren por la Sociedad inter partes antes de su inscripción sólo pueden ser aquellos que tengan por objeto el funcionamiento de la futura Entidad (compra o amueblamiento de locales, adquisición de maquinaria, arrendamientos, transportes, contratación de servicios, etc.), habiendo sido asimilada por la doctrina tal actuación a la gestión de negocios en favor de un futuro tercero y, en consecuencia, no quedando obligada la Sociedad sino cuando, de acuerdo con el artículo 7, los acepte o ratifique; que aun cuando, en principio, parece que las operaciones de una Sociedad Anónima deben dar comienzo cuando su proceso constitutivo esté determinado por haberse inscrito la escritura en el Registro Mercantil, es práctica corriente consignar en las escrituras sociales que la Sociedad dará comienzo a sus operaciones en el día del otorgamiento de aquélla, produciéndose, como consecuencia, que la sustancia jurídica existente desde el otorgamiento de la escritura hasta su inscripción registral adquiera mayor densidad, pero sin que produzcan su plena eficacia hasta que la Sociedad, una vez constituida con personalidad jurídica, con conocimiento de causa, se decida por la aceptación o repudio de los actos o contratos realizados en el intermedio; que analizando como cuestión previa la teoría del órgano aplicada a las Sociedades Anónimas, resulta eliminada la relación contractual, debiendo configurarse como un acto unilateral de atribución de poderes a un sujeto físico para que actúe en nombre de la persona jurídica, de conformidad con lo que establezcan los estatutos sociales, sin perjuicio de que los consiguientes efectos no se produzcan hasta la aceptación del cargo; que una cosa es la relación interna de los órganos de gestión, y otra, sus facultades representativas de cara al exterior—artículos 72 y 76 en relación con el apartado h) del número 3 del artículo 11 de la ley—; que también es de tener en cuenta la distinción formulada por la doctrina entre el órgano y el portador de tal cualidad, a la que se puede encontrar base en nuestra legislación—artículos 15; 21, letra c), y 71 de la ley—; que, según la ley, la gestión y representación de la Sociedad corresponde al Consejo de Administración, y tratándose en el presente caso de una delegación de facultades otorgada por un Consejo nombrado en la escritura fundacional, pero realizada en documento posterior y sin que se hubiese presentado en el Registro la primera—por tanto, antes que la Sociedad adquiriese el rango de persona jurídica—, se hace preciso abordar frontalmente la argumentación del recurrente, lo que pondrá de manifiesto la inconsistencia de la misma; que las afirmaciones del recurrente de otorgarse trato distinto a los acuerdos de la Junta y del Consejo de Administración cuando son adoptados en la escritura fundacional o en reunión posterior, pero antes de la presentación en el Registro de la escritura social, que por carecer de defectos se inscribió dentro del plazo de vigilancia del asiento de presentación, carecen de fundamento, siendo lo que ocurre que hasta que se inscribe la escritura en el Registro, el Consejo de Administración no adquiere legalmente tal carácter; que, en consecuencia, las personas designadas administradores en la escritura

social no tienen tal condición hasta que la escritura fundacional se inscribe en el Registro, consiguiendo desde esa fecha el rango de consejeros provisionales, dado que su nombramiento ha de ser sometido a la aprobación de la primera Junta general, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley; que completando lo expuesto hay que afirmar que cuando por la escritura fundacional se establece que la Sociedad dará comienzo a sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura o en cualquier otra fecha anterior a la de su inscripción en el Registro, los contratos celebrados por delegación o en representación del Consejo antes de la inscripción y referentes al tráfico de la empresa quedan también sometidos a lo dispuesto en el artículo 7 de la ley, habiendo declarado, en este sentido, la Resolución de 27 de febrero de 1970, que tales contratos alcanzarán plena eficacia si el proceso constitutivo llega a feliz término y la Sociedad los ratifica en tiempo hábil, con lo que pone de manifiesto la consideración de gestores que la ley asigna a las personas que en nombre de la Sociedad contrataron con ella; que al establecer el artículo 6 de la ley que la Sociedad Anónima, desde el momento de la inscripción, tendrá personalidad jurídica, evidencia que a partir de tal fecha tendrá plena capacidad, tanto en la esfera interna como en la externa, pudiendo realizar en esta última toda clase de actos y negocios jurídicos; que así lo reconocen unánimemente la doctrina y la jurisprudencia; que, en consecuencia, ha de concluirse de modo necesario que no existiendo la Sociedad como persona jurídica antes de su inscripción registral, los actos realizados en representación de la misma durante el período que se extiende desde el otorgamiento de la escritura social hasta su inscripción en el Registro Mercantil, en la esfera externa han de ser considerados jurídicamente inexistentes, que es lo que se ha hecho en el presente caso; que si el Registrador, en el ejercicio de su facultad calificadora, no hubiese cerrado con su nota denegatoria el acceso al Registro de la referida escritura se habría habilitado al Consejo de una apariencia de título que le permitirá realizar una serie de operaciones jurídicas, con los incontables perjuicios que tal situación podría acarrear; que los motivos de índole económica incoados por el recurrente, al referirse al atraso que con frecuencia se produce en la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, no puede ser tenido en cuenta en un enjuiciamiento técnico jurídico de la cuestión debatida, máxime cuando pueden ser paliados con la presentación en el Registro de la copia de la escritura, sin perjuicio de su retirada inmediata a efectos de la satisfacción del referido impuesto, con lo cual dispondrían de un plazo de sesenta días hábiles para otorgar los documentos que estimasen procedentes, los cuales serían inscribibles si la escritura de constitución lo fuere dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, que incluso podría ser ampliado; que si con anterioridad a la fecha de inscripción de la escritura social en el Registro Mercantil ni existe sujeto de derecho, ni órganos de la persona jurídica, ni, por consiguiente, posibilidad de actuar, se llega al resultado ineludible de considerar como defecto insubsanable el realizarse la delegación de facultades en un miembro del Consejo de Administración, en fecha anterior a la presentación de la escritura fundacional en el Registro Mercantil, atribuyéndola potestades representativas de una Sociedad que al no hallarse inscrita tiene sin terminar su proceso constitutivo; que por lo expuesto, las referencias hechas en la nota a los preceptos legales que cita, no pueden considerarse en modo alguno extemporáneos ni se trata de extraer de ellos consecuencias no derivadas de una buena interpretación de los mismos, como se dice en el escrito de interposición del recurso; que si en la nota se ha empleado la palabra «realizar», no ha sido por ignorar la existencia de otros términos de más frecuente uso, como otorgar o conferir, pero se ha preferido el vocablo

utilizado por estimarlo más expresivo y de sentido más plástico; que nada arguye en pro de la tesis del recurrente la cita del artículo 62 de la ley, porque, como ha quedado debidamente demostrado, los administradores y, por tanto, los miembros del Consejo de Administración nombrados en la escritura social no adquieren legalmente tal carácter hasta que, por la inscripción de la misma en el Registro, la Sociedad se configura como sujeto de derecho, dado que anteriormente no existe posibilidad de aceptar un cargo desprovisto del contenido legal que la ley le asigna; que en el caso de tratarse de administradores nombrados con posterioridad a la inscripción en el Registro de la escritura fundacional, a los que parece referirse específicamente el precepto comentado, se trata de supuestos que caben fuera del área de las cuestiones planteadas en este recurso; que al establecer nuestro Código civil, en su artículo 1.259, que los contratos celebrados en nombre de otros por quien no tenga su autorización o representación legal serán nulos, a no ser que los ratifique la persona a cuyo nombre se otorguen antes de ser revocados por la otra parte; ha de reconocerse que el citado precepto expresa con mayor o menor fortuna la esencia de la ratificación, que después de algunas vacilaciones ha sido perfilada con sentido técnico por la jurisprudencia, de cuyas declaraciones se desprende la inexistencia del acto hasta que la ratificación no aporte el consentimiento de la persona en cuyo nombre se celebró el acto jurídico; que en el caso presente no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 7, que admite una aceptación tácita, debiendo hacerse contar que si la delegación de facultades ha de ser otorgada en escritura pública, la misma forma debe observarse en su ratificación, y que por el Registro se ha seguido un criterio abierto en orden a la determinación del órgano social a quien corresponde otorgar la ratificación, por lo cual el Registrador se limitó a considerar en la nota la exigencia de la aprobación por la Sociedad (1).

Y la Dirección General (2) acuerda revocar la nota del Registrador en base a los cuatro siguientes considerandos:

Doctrina de la Dirección.—Este expediente plantea la cuestión de si procede o no la inscripción de una escritura por la que el Consejo de Administración de una Sociedad delegaba sus facultades en uno de los consejeros, y que fue autorizada antes de la fecha en que se inscribió la de constitución de esa misma Sociedad en el Registro Mercantil.

La documentada argumentación del funcionario calificador acerca del carácter constitutivo que tiene la inscripción de Sociedades en el Registro Mercantil no es puesta en tela de juicio por el recurrente, ya que el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, confirmado, además, por el 9, claramente lo establece e indica que hasta ese momento la Sociedad no tendrá personalidad jurídica, con la consecuencia de que los contratos concluidos en su nombre antes de la inscripción, de conformidad con el artículo 7, sólo serán válidos si la propia Sociedad los acepta dentro del plazo de tres meses a partir de aquella fecha mediante la oportuna ratificación.

Ello no obstante, esta norma del artículo 7, que tiende a evitar que hasta tanto la Sociedad haya nacido se vea en el trance de asumir obligaciones que puedan ser exorbitantes, contraídas por los gestores, a los que por eso se hace solidariamente responsables, no parece deba ser extendida a supuestos no comprendidos dentro de la prevención legal, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un acto de regulación del régimen interno de la Sociedad, con señalamiento de las facultades que han de

(1) Ante la dificultad de sintetizar el denso contenido de los alegatos del Notario recurrente y del informe de los Registradores especialmente de éstos, se ha optado por transcribir completos los cuatro resultandos de la Resolución.

(2) VISTOS los artículos 6.º, 7.º y 9.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

corresponder a uno de los administradores, y en el que el lugar adecuado puede ser la propia escritura de fundación simultánea de la Sociedad, en la que los socios fundadores constituidos en Junta universal acuerdan ya los nombramientos y funciones que han de corresponder a los futuros administradores, así como las restantes normas por las que la Sociedad puede gobernarse, y que forzosamente han de autorizarse antes de la inscripción, ya que ésta es—y no podía ser de otra manera—la pauta seguida en el mismo artículo 6 de la ley, al señalar como primer escalón la escritura pública, en la que se indique el régimen de la Sociedad, y después la inscripción en el Registro Mercantil.

El hecho de que la delegación de facultades no se haya realizado en la misma escritura de constitución, no es obstáculo para que verificada con posterioridad, y por idéntica razón, pueda tener acceso al Registro una vez esté ya inscrita la escritura fundacional.

COMENTARIO.—Si observamos la brevedad del vistos y que los tres únicos artículos de la Ley de Sociedades Anónimas que en él se citan no resuelven directamente el problema planteado, hemos de deducir que su solución debe encontrarse en los principios generales del Registro Mercantil y, en concreto, de los reguladores del efecto de la inscripción, como constitutiva de la personalidad jurídica de la Sociedad. Se trata de buscar cuál ha de ser la calificación jurídica de un acto de nombramiento de consejero delegado por un Consejo de Administración realizado después de otorgada la escritura de constitución y de designación del Consejo, pero antes de su inscripción en el Registro Mercantil, para deducir si el nombramiento de consejero delegado es tan ineficaz como para resultar no inscribible, ni siquiera después de inscrita la Sociedad y el Consejo de Administración delegante, o si el vicio jurídico de que adolece es susceptible de sanación por la mera inscripción de la Sociedad y de su Consejo.

Pero la controversia planteada en el recurso no llega a adquirir el cariz de un duelo entre dos tesis doctrinales, porque mal puede hablarse de duelo cuando tan diferentes son las armas empleadas: el Notario recurrente apenas maneja otra que el tosco mazo del sentido común, con el que trata de asestar contundentes golpes; los Registradores, manejando con habilidad el florete de la jurisprudencia de conceptos, tocan repetidamente al contrario con su completa argumentación, basada en el carácter constitutivo de la personalidad jurídica que legalmente tiene la inscripción de la Sociedad y de sus órganos.

La Dirección concede la victoria al recurrente en breves considerandos, y concretamente en uno (el tercero), en el que afirma que la falta de personalidad jurídica de la Sociedad antes de la inscripción la impide asumir obligaciones frente a tercero en ese período anterior; pero no impide los actos de regularización del régimen interno de la Sociedad, como aquel en que se señalan facultades de uno de los administradores, ya que ésta es la pauta seguida por el artículo 6 de la ley al señalar como primer escalón la escritura, en la que se indica el régimen de la Sociedad, y después, la inscripción en el Registro.

Es posible que este considerando, casi único, sea insuficiente para desvirtuar la documentada argumentación del funcionario calificador (son palabras del segundo considerando), y en especial, la meticulosa que se hace cuando trata de los nombramientos o delegaciones de facultades que extravasan el acto fundacional, aunque en ocasiones se inscriban con él, por ir en él contenidos. Pero lo importante es ver si el Centro Directivo, aunque con consideraciones insuficientes, acierta en lo fundamental al separar los negocios de la Sociedad con el exterior de aquellos otros que se dirigen a conformar constitucionalmente la Sociedad misma, los cuales pueden y casi deben otorgarse antes de la inscripción de la Sociedad.

Debemos aclarar que aunque la Dirección habla de actos de regularización del régimen «interno», para nada está tocando la distinción entre gestión (aspecto interno) y representación (aspecto externo), sino que se está refiriendo a los actos de estructuración de los órganos y de designación o nombramiento de titulares de los órganos, todos previos, tanto a los actos de gestión como a los de representación realizados por los órganos.

La verdad es que la Ley de Sociedades Anónimas no ha estado muy afortunada en la regulación del proceso constitutivo en cuanto a la estructuración de los órganos y nombramiento de los titulares. Por un lado, prevé el nombramiento de administradores (personas físicas portadores de la cualidad de órgano) en el mismo acto constitutivo (art. 72), y por otro, parece desear que los estatutos no contengan más que la determinación y la estructuración de los órganos, dejando la determinación y nombramiento de las personas físicas titulares del órgano a la Junta general (arts. 11, *h*), y 71). El artículo 15 de la ley es insuficiente para aclarar las dudas originadas por el cambio que el artículo 11, *h*), y concordantes representaba en relación con el régimen más simple y elemental del artículo 151, circunstancia 3.ª, del Código de Comercio. Más bien complica el problema con la opción que concede, pues si en el acto constitutivo no se designan las personas de los administradores tendrá que haber una Junta general sin convocatoria (¿quién convocaría?), al amparo del artículo 55, y si se designan, no está muy claro si esta designación es acto constitutivo (72), escritura social (15), estatutos, acuerdo de Junta general universal o acuerdo del Consejo previamente nombrado si se trata de consejero delegado (3). Es claro que la práctica ha solucionado muchas de las imprecisiones del texto legal, pero siempre quedan resquicios para la duda allí donde la imprecisión no es tanto de la letra como de los mismos principios. Ejemplo de ellos es nuestro caso y los esfuerzos que en él han de hacer los Registradores informantes para explicar que no era incongruente el haber inscrito el nombramiento de los consejeros y rechazar la inscripción del consejero delegado, aunque el nombramiento de unos y otro fue anterior a la inscripción de la escritura social.

En efecto, el golpe más efectivo del Notario recurrente es el de tachar de incongruente la calificación registral que admite la inscripción del acuerdo de la Junta general nombrando los consejeros e incluido en la misma escritura constitucional y rechaza la del acuerdo de delegación de facultades del Consejo. Si antes de la inscripción no hay Consejo que pueda delegar, porque todavía no hay Sociedad, tampoco hay Junta general que pueda nombrar consejeros. Completa su argumentación afirmando que de los artículos 6 y 9 de la ley no cabe extraer el fundamento de la nota, porque debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo, y que, por el contrario, el artículo 72 es claro y claramente aplicable en cuanto concede efectos al nombramiento de administrador (sin distinción entre consejeros y consejeros delegados) desde su aceptación.

En realidad, la interpretación que dan los Registradores a los artículos 6 y 9 no conduce al absurdo, sino que podemos decir que es la más sencilla, lógica y elemental: si no hay Sociedad antes de la inscripción, no hay Consejo de Administración, y mal puede hacer delegaciones quien no ha nacido. Precisamente por simple y elemental y no por absurda es por lo que hay que examinar esta interpretación con cuidado. En cuanto al artículo 72, apartado 2.º, de esta ley es manejado en forma poco decisiva por el Notario recurrente, pero no mucho más por los Registradores. Ni aquél nos convence de que la inscripción de los administradores se mantiene dentro de los límites de la inoponibilidad del artículo 29 del Código de Comercio, ni éstos intentan demostrar que tal inscripción, como parte

(3) Confunde todavía más el problema la letra *h*) del artículo 102 del Reglamento del R. M.

integrante de la inscripción de constitución, tiene necesariamente que verse dotada, como ésta, de efectos constitutivos, limitándose a dar por supuesto que los administradores no adquieren legalmente tal carácter en tanto la sociedad no esté inscrita.

Lo que sí puede conducir al absurdo es el llevar a sus últimas consecuencias el carácter constitutivo de la personalidad jurídica de la inscripción, si es cierto que la escritura de constitución para ser inscribible basta que exprese la designación del órgano u órganos que han de ejercer la administración, sin necesidad de designar la persona o personas físicas titulares de estos órganos. Así, por ejemplo, no cabe hablar de aportación ni de desembolso sin unas personas físicas que reciban e ingresen en la caja social las cosas aportadas o el metálico desembolsado. En rigor, los artículos 8 y 9 de la ley implican cierta contradicción, pues si no cabe inscribir antes del desembolso, siempre tendrá que haber representantes de la sociedad para recibir el desembolso antes de la inscripción. Personalidad fiscal antes de la inscripción no hay duda que existe, al menos, para el vigente texto refundido del impuesto de transmisiones, que no ha visto problema en obligar al pago, a título de contribuyente en la Constitución, a la propia Sociedad (art. 67, *d*)), naturalmente, aún no inscrita. Luego veremos la solución de los Registradores a este problema del período, largo en ocasiones, en que la escritura se encuentra en la oficina liquidadora.

No hay duda de que el acuerdo de los cotitulares del Registro Mercantil de Madrid pierde mucho dentro del corsé del cuarto considerando de la Resolución, que somete al martirio del punto y coma los trece considerandos del acuerdo de los Registradores. Destacaremos los más importantes, criticándolos a la vez, sin que esta crítica suponga en ningún momento anulación del argumento esgrimido (4).

El artículo 6 de la ley, que no considera terminado el *iter* constitutivo de la Sociedad hasta el momento de la inscripción. La Dirección escamotea una cita de GARRIGUES-URÍA que contenía el considerando del acuerdo, según el cual la Sociedad se *concibe* como contrato y *nace* como persona jurídica por la inscripción. Los Registradores no pueden quejarse de tal escamoteo, porque si en Derecho toda definición es peligrosa, más peligrosa aún es toda metáfora, y si entendemos concebida la Sociedad desde la escritura, bien cabe pensar que por aplicación de la regla *nasciturus pro jam natus habetur...* se pueden obtener consecuencias beneficiosas para la tesis defensora de la Sociedad irregular y la cita se vuelve contra ellos. En realidad, en el nacimiento de la persona moral no caben metáforas traídas de la concepción y el nacimiento de la persona física.

La calificación técnica de la sustancia jurídica existente en el período siempre transitorio (pues el engendro de la Sociedad irregular ha de eliminarse eliminado por la ley) que va desde la escritura a la inscripción (artículo 7), no conduce a negar todo valor a la escritura, pues como Sociedad «interpartes» sus efectos obligacionales son innegables (ley, jurisprudencia y doctrina); pero estos efectos son tan menguados, que se reducen a las obligaciones impuestas a los fundadores, que aún no son socios y que otorgan los contratos preparatorios como gestores de negocios en favor de persona futura y que no obligan a la Sociedad hasta que los ratifique, conforme al artículo citado. Menguados efectos de la Sociedad «interpartes», que no se alteran a pesar de la práctica habitual (admitida por la Resolución de 24 de febrero de 1970) de fijar la fecha de

(4) No quiero ocultar que el equipo de comentaristas intentó en caso tan significativo redactar un comentario que llevaría la rúbrica colectiva por consecuencia de haberse conseguido unanimidad de criterio. Se desistió de ello, pues ante la existencia de posturas contradictorias se me encomendó la "papeleta", por ser mi posición, en cierto modo, intermedia.

la escritura como el comienzo de las operaciones de la Sociedad (5). Aquí ya se empieza a querer cerrar los ojos (ya veremos que no sin razón) a que el artículo 7 no sólo convalida con ciertos requisitos los contratos concluidos en nombre de la Sociedad antes de su inscripción en el Registro (apartado 1.º), sino que parece admitir otros actos de los gestores antes de la inscripción sin someterlos al requisito de la aceptación por la Sociedad: los necesarios para la constitución (apartado 2.º). Si estos actos del apartado 2.º han de ser materiales, en oposición a los contractuales del apartado 1.º; si debe ser otra la línea divisoria de ambos apartados, y si podía incluirse en este 2.º apartado el acto de delegación por el Consejo de Administración aún no inscrito, son cuestiones dudosas; pero no lo es que el acuerdo debió ser más claro en el enmarque del acto de delegación calificado, dentro de la regulación legal de los actos de la Sociedad Anónima en formación.

Continúa luego el acuerdo con una serie de consideraciones en torno a la teoría del órgano en la modalidad recogida por la ley (acto unilateral de nombramiento, no contrato), en torno a la posibilidad de que se separen los órganos de gestión y de representación y en torno a la distinción entre órgano y titular del órgano y a la reunión en el Consejo de Administración de facultades, tanto de gestión, relativas a la vida interna de la Sociedad, como de representación, relativas a la externa. Todas estas consideraciones van, sin duda, orientadas a destacar la trascendencia del acto de delegación en el consejero, que al convertir al delegado en órgano social tenía que resultar del acto constitutivo o, en otro caso, debía ser designado por un Consejo de Administración registrado. Pero lo cierto es que no consiguen el anhelado *touchée*, sólo convencen al convencido, y en rigor sólo vienen a insistir, con distintas formulaciones, en la idea de que no puede delegar el Consejo de Administración, que por virtud del principio de inscripción constitutiva todavía no es Consejo de Administración.

Pasa luego el acuerdo a abordar frontalmente el escrito de recurso y con ello se colocan a la defensiva para demostrar:

a) Que no hay calificación incongruente: Cuando los acuerdos de la Junta general universal o del Consejo se recogen en la escritura fundacional (nombramientos de cargos, delegaciones), se inscriben con ella porque, aunque toda esa actuación extravasa del acto puramente fundacional, se conecta con él de modo inmediato y con él se inscribe, pero sin efecto retroactivo y sin que los nombramientos y delegaciones tengan de momento inmediata eficacia legal, porque el Consejo nombrado no adquiere carácter de tal hasta la inscripción.

En mi opinión, es el pasaje más discutible del acuerdo. Pero no podía ser de otra manera, ya que cuando la ley contiene una fractura todo es opinable, y no hay duda de que existe una fractura entre el artículo 11, *h)*, y el resto de la normativa legal de la fundación simultánea, máxime cuando el propio artículo 11 se complace en separar acto constitutivo y estatutos. La práctica de esa primera Junta universal en el mismo acto notarial de otorgamiento del pacto social no es suficiente para despejar las incógnitas (6). Pero nos parece que si la designación de personas de-

(5) Ver la Resolución de 24 de febrero de 1970 en el número 479 de esta Revista (julio-agosto de 1970), págs. 1001 a 1004.

(6) La circunstancia nueve del artículo 2328 del Código civil italiano tiene una imprecisión parecida a la de nuestro artículo 11, *h)*, pues dice "el número de administradores y sus poderes y facultades, indicando cuáles entre ellos tienen la representación de la sociedad." El 2380 contiene normas recogidas en nuestros artículos 71 y 73. Y el 2383 dice que "el nombramiento de los administradores corresponde a la Junta general, excepción hecha de los primeros administradores, que son nombrados en el acto constitutivo. Vemos, pues, que la duda sobre el nacimiento efectivo de la S. A., en que no hay designación de personas físicas en el acto constitutivo, le venía a nuestra Ley *ab origine*. La estructuración de los órganos en dos momentos que admite nuestro artículo 71 procede del Código italiano. El derecho francés, siempre más a ras de tierra, dice

terminadas para el Consejo o la de un consejero delegado son actos que extravasan del puramente fundacional (porque éste se limita, conforme al art. 11, a estructurar los órganos), no está muy claro que deban pasar al Registro sin preocuparse de que la Junta no es Junta, ni el Consejo, Consejo, cuando «se aprovecha» la comparecencia para escritura de constitución, y, en cambio, cuando se hace en escritura posterior, el criterio sea el contrario.

Es verdad que, como afirman los Registradores, del artículo 6 y de la sentencia de 6 de febrero de 1964 se desprende que, en la esfera externa, la Sociedad no inscrita no existe y los actos realizados en representación de la misma son inexistentes en tanto ésta no se inscriba y aquéllos se ratifiquen. También es verdad que si la delegación se inscribiese, se habilitaría al consejero delegado de una apariencia de título, que le permitiría realizar en serie multitud de operaciones inexistentes en la esfera jurídica. Pero lo que no nos demuestran los Registradores es que la delegación en sí (que es cosa distinta de los contratos del delegado realizados en uso de la misma) pertenezca a la esfera externa de la Sociedad, la única que está supeditada a que la personalidad jurídica nazca. Tampoco nos prueban que se trate de inexistencia distinta si los administradores se designan con ocasión de la escritura constitutiva o al día siguiente; tampoco varían los peligros que se apuntan respecto a contratación en serie con terceros antes de la inscripción, ya se contrate por el Consejo o por el consejero en el que se delegó; ni aquél ni éste serán órganos antes de la inscripción.

Esto debe saberlo el tercero y su cautela para no contratar con ningún órgano de la Sociedad no inscrita debe ser la misma en cualquier caso. Lo que se discute es si al tercero le da igual que el proceso interno de estructuración de la Sociedad y de sus órganos competentes para el acto y de nombramiento de las personas físicas titulares de los órganos se haya realizado de una vez o en dos momentos sucesivos. Al tercero, lo que verdaderamente le importaría es que el Registro le despejara el problema del artículo 15, pero esto es harina de otro costal y, en principio, no solamente parece que respecto al tercero no hay inconveniente en que todo el proceso de estructuración y designación de órganos, aun anterior a la inscripción primera, pueda llegar al Registro por su orden de fechas y ordenación de facultades, sino que acaso lo injusto y peligroso sea negar acceso al segundo (consejero delegado) después de haber dado paso al primero (designación de consejeros), a pesar de que esta actuación de la junta extravasaba del acto puramente fundacional.

b) Que no es argumento la dilación que supone el pago del impuesto, porque siempre cabe presentar la escritura en el Registro retirándola para liquidación, y de esta manera, al considerarse como fecha de la inscripción la del asiento de presentación, si serían correctos e inscribibles los actos de la Sociedad posteriores a la presentación y anteriores a la inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 33, 2.º, del Reglamento (aplicación del principio registral del art. 24 de la Ley Hipotecaria). Dispondría así la Sociedad de un plazo de sesenta días hábiles, que incluso podría ser ampliado por otros ciento veinte, conforme al último apartado del artículo 51 del Reglamento. El juego de estos dos artículos del Reglamento hacen, en efecto, perfectamente viable, como los Registradores mantienen, que la presentación en el Registro sea la primera diligencia inmediatamente posterior al otorgamiento de la escritura, cosa que, por otra parte, es también lo que quiere la Ley de Sociedades Anónimas, como demuestra su artículo 26, especialmente en su apartado 2.º, cuando parece

“Los primeros administradores o los primeros miembros del Consejo de vigilancia y los primeros comisarios de cuentas serán designados en los Estatutos” (art. 88 de la Ley de Sociedades). La duda de interpretación del 2.383 del italiano queda suficientemente despejada.

establecer el orden en el que los otorgantes deben hacer la presentación en los Registros y solicitar la liquidación de los impuestos. Este artículo 26 se cita en el vistos del acuerdo del Registrador y en algún considerando, pero inexplicablemente no se insiste, en su apartado 2.º, en el considerando en el que era más oportuno. No es necesario insistir, y acaso por ello tampoco los Registradores lo hicieron en este pasaje, en la clara intención del Código de Comercio respecto a la inmediata presentación de la escritura en el Registro: artículos 119 y 120.

c) Que no es extemporánea la alegación en la nota de los artículos 6 y 9 de la ley, puesto que antes de la inscripción (de la presentación) no hay sujeto de derecho, ni órganos, ni posibilidad de actuar una personalidad inexistente. Y nada significa en contra el artículo 72 de la ley: a) porque los administradores nombrados en la escritura no lo son hasta la inscripción, habiendo de considerarse como fecha de la aceptación la de inscripción, puesto que antes no existe posibilidad de aceptar un cargo desprovisto del contenido legal; b) porque los nombrados posteriormente caen fuera del supuesto discutido. Como ya dijimos antes, este precepto es manejado un poco precipitadamente por ambas partes.

Estiman, por último, los Registradores:

d) Que la delegación hecha por el Consejo es inexistente, pues ésta es la calificación que la jurisprudencia concede al contrato celebrado a nombre de otro sin su autorización o representación hasta que lo ratifique (art. 1.259 del Código). Pero ni es del todo clara la aplicación del artículo 1.259 ni muy segura la calificación de inexistencia para el contrato ratificable con efectos retroactivos. No debemos olvidar la importante corriente doctrinal que hace de la inscripción constitutiva una mera *conditio juris* del negocio inscribible sin incidencia ninguna en la existencia y validez del negocio mismo (7).

e) Que no es aplicable la doctrina del artículo 7 de la ley ni posible deducir de él que con la inscripción (nacimiento de la Sociedad) se actúa una aceptación o ratificación tácita por la Sociedad de la delegación hecha por el Consejo: a) por no tratarse de un contrato, sino de un negocio de atribución de facultades; b) porque esta delegación de facultades se prolonga hacia el futuro, hasta el cese o revocación, y c) porque no cabe ratificación tácita de actos que exigen una forma documental determinada. A los dos primeros argumentos cabe oponer que precisamente la libre revocación del negocio unilateral de apoderamiento hace menos peligrosa la convalidación o sanación por la ratificación tácita de la sociedad o por la mera inscripción de ésta, que en el contrato bilateral celebrado con un tercero, en principio irrevocable, y en cuanto al tercer argumento haría falta contrastarlo con el análisis de la jurisprudencia, que ha llegado a admitir la posibilidad de aceptación tácita (por *facta concludentia*) de los contratos celebrados antes de la inscripción (sentencias de 7 de junio de 1968, 31 de mayo de 1969 y 5 de junio de 1972). Tampoco cabe terminar la discusión, sobre si el artículo 7 de la ley es aplicable, sin ninguna referencia a la distinción doctrinal entre actos necesarios para la constitución de la Sociedad (regidos por el apartado 2.º del artículo y por el 28) y demás contratos celebrados por los gestores en nombre de ella (regidos por el apartado 1.º). Al menos, hasta cierto punto parecen encuadrables en el primer grupo todos los actos tendentes a terminar la estructuración orgánica de la Sociedad.

Hasta aquí el análisis crítico de los argumentos aducidos por cada parte y de las consideraciones que han conducido al Centro Directivo

(7) LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, 2.ª ed., Zaragoza, 1957, páginas 154 y ss

a revocar la nota del Registrador y el acuerdo de los Registradores. Creo que a nada conduciría hacer interminable el comentario entrando en el proceloso mar de las discusiones doctrinales sobre los efectos de la inscripción de constitución de Sociedad, sobre la naturaleza de la Sociedad en formación y sobre la posibilidad de la Sociedad mercantil irregular. Se trata, además, de temas en los que todos los lectores de esta Revista pueden darme lecciones por mi resistencia a complacerme en construcciones de jurisprudencia elegante, en las que aliados el método conceptual con la costumbre contra ley se socava poco a poco la originaria voluntad del legislador, que puso su vista en la justicia general y en la seguridad jurídica.

Si conseguimos saltar por encima de ese mar de discusiones sin naufragar en su oleaje y nos encaramos con el problema, que es lo que, en definitiva, importa, ¿cómo solucionarlo? La primera idea que surge es la de intentar aplicar criterios de otras inscripciones registrales constitutivas. El paralelo entre la facultad dispositiva del derecho real y la de delegar es algo forzada, pero no tanto si solamente se trata de buscar el papel que la publicidad desempeña. ¿Cuál debe ser la calificación del Registrador ante una escritura de cesión de crédito hipotecario otorgada antes de inscribirse la hipoteca, pero presentada después que la escritura de hipoteca? Creo que la cesión del crédito hipotecario no inscrito (que al otorgarla es cesión de mero crédito personal), se convierte automáticamente en verdadera cesión de crédito hipotecario en el momento de inscribirse la hipoteca y es desde entonces inscribible, incluso aunque cedente y cesionario desconozcan ese momento. Pero para creer esto es preciso no sólo partir de que el crédito es lo principal y la hipoteca lo accesorio, sino adscribirse a la posición de los tratadistas alemanes, que conceden menos relevancia a la inscripción en el conjunto *Einigung-Eintragung* y más enérgicos efectos reales al *Einigung* formal (emitido en instrumento judicial o notarial), aun no inscrito, por interpretar que el «estar vinculadas las partes» desde el acuerdo formal, como literalmente dice el parágrafo 873, 2.º, del B. G. B., quiere decir tener limitado el transmitente el derecho de disposición. Pero si hemos de creer a ENNECERUS, cuando el acuerdo precede a la inscripción, en tanto ésta no se verifica, el adquirente no ha obtenido aún derecho alguno y no podrá, por ende, cederlo ni gravarlo (8). Imposible extendernos aquí sobre las varias posiciones doctrinales en torno a ese enigmático apartado 2.º del parágrafo 873 del B. G. B. De todas maneras, cualquiera que fuese la solución en materia de inscripciones constitutivas de Derecho inmobiliario, tampoco caben analogías precipitadas, porque aunque la función básica de toda inscripción registral, incluso cuando se la hace constitutiva, resida en la protección de los terceros, no cabe perder de vista que la publicidad de la Sociedad excede del campo de los terceros (contratantes con la Sociedad), extendiéndose a velar por los intereses de los socios, que en muchos aspectos son «cuasi terceros».

El Derecho francés contiene un precepto más tajante que los artículos 6 y 7 de nuestra ley. Conforme al artículo 5 de la Ley de Sociedades de 24 de julio de 1966, «las Sociedades mercantiles gozarán de la personalidad jurídica a partir de su inmatriculación en el Registro Mercantil. Las personas que hayan actuado en nombre de una Sociedad en formación, antes que ésta haya adquirido el goce de la personalidad moral, están obligados solidaria e ilimitadamente por los actos realizados, a menos que la Sociedad, después de haber sido regularmente constituida e inmatriculada, no ratifique los compromisos suscritos. Estos se reputan entonces haber sido suscritos originariamente por la Sociedad». Esta ratificación después de la inscripción era la que los Registradores pretendían,

(8) ENNECERUS-WOLFF, *Derecho de Cosas*, I, Barcelona, 1936, págs. 203 y 206 a 208

pero hay que tener en cuenta que el Registrador francés recibe una solicitud de inmatriculación, una de cuyas circunstancias es el «nombre, apellido y domicilio personal de los socios o terceros que tienen poder de gestión, administración o dirección, o de las personas que tengan el poder general de obligar a la Sociedad, los miembros del Consejo de Vigilancia de las Sociedades por Acciones y de los comisarios de cuentas, con fecha y lugar de nacimiento de todos ellos». Parece, pues, que al Registrador no debe preocuparle el procedimiento escriturario (único o plural) por el que se haya obtenido la lista de gestores, administradores o directivos, ni debe plantearse ningún problema doctrinal de distinción entre órganos, titulares del órgano y órganos delegados: todos los actos jurídicos encaminados a la conformación estructural de la Sociedad y sus órganos pueden y hasta deben ser anteriores a la solicitud de inmatriculación, ya sea la constitución con llamada pública a la inversión o sin ella.

Con todo lo dicho parece que, aunque sin gran seguridad, me inclino a favor de la solución del Centro Directivo. Efectivamente, creo que, en el orden regular de las cosas, el que la inscripción sea constitutiva de la personalidad jurídica de la Sociedad no es razón suficiente para considerar inexistente y no inscribible, ya nunca, el acto de delegación del Consejo de Administración otorgado antes de la inscripción de la Sociedad. Era necesario probar algo más: que sea también constitutiva de la facultad de delegación del Consejo la inscripción de éste. La prueba de esto podía venir indirectamente por un precepto que inexplicablemente no es citado ni alegado por los Registradores: el artículo 95 del Reglamento. Si los Notarios no deben admitir ningún documento de los comprendidos en el artículo 86 (entre los que está el de nombramiento de administradores) sin que conste su inscripción, cuando en vista de ellos hubieren de autorizar cualesquiera otros (la escritura de autenticación de la delegación), debiendo hacer constar en éstos la inscripción de aquéllos, es porque el Reglamento considera algo más que obligatoria la inscripción de todos los actos a que se refiere el artículo 86, pues el rechazo por el Notario del documento no inscrito presentado para el otorgamiento del acto derivado del primero es más propio de la inscripción constitutiva que de la meramente obligatoria, en la cual lo procedente no es el rechazo, sino la puesta en movimiento del mecanismo sancionador del incumplimiento del mandato legal. Pero no es del caso averiguar en qué sentido es obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil ni por qué extrañas circunstancias se tiene tan olvidado el artículo 95.

Pero si en el orden regular de las cosas, es decir, tratándose de la Sociedad Anónima en formación, pensando en que los sucesivos actos van a ser rápida y sucesivamente presentados en el Registro obedeciendo el mandato legal de inscripción obligatoria, la solución del Centro Directivo acaso sea la más razonable, aunque vulnere el espíritu y casi la letra del artículo 95 del Reglamento; la rigurosa postura adoptada por los Registradores venía impuesta como un arma más de combate contra la Sociedad irregular, cosa muy distinta de la Sociedad en formación. Ya hemos hecho alusión al dudoso y extraño sentido en que la inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria. En el Derecho comparado no es fácil encontrar inscripciones obligatorias sin obligación de procurar la inscripción los funcionarios autorizantes, ni sanciones (multas, etc.) a los otorgantes por el incumplimiento de la obligación de inscribir en plazo. En nuestro excepcional sistema, Sociedad en formación y Sociedad irregular presentan en la práctica idéntica faz al exterior y es difícil saber cuándo la falta de inscripción es mero retraso o decidido propósito de irregularidad (9). Lo más nefasto para cualquier Registro público no es que se

(9) Por varias razones el plazo de treinta días de los artículos 26 de la Ley y 93 del Reglamento no es decisivo para la distinción

queden fuera algunos o muchos actos o derechos inscribibles, sino que se puedan inscribir cuando y siempre que convenga. El fantasma de la Sociedad irregular era lo que preocupó a los Registradores. Si la práctica jurídica se desliza por la pendiente de la Sociedad irregular, la distinción entre actos de estructuración interna de la Sociedad y contratos con el exterior desaparece, porque a todos se les irá extendiendo la benevolente consideración de no inscritos, pero inscribibles si hace falta, y la publicidad registral desemboca en el caos, y en determinadas circunstancias la búsqueda de la justicia del caso obligará a los Tribunales a desfigurar el claro sentido de las normas registrales. El rígido, y acaso exagerado, criterio de los Registradores no dejaba de ser razonable cuando el fantasma de la Sociedad irregular de primero y segundo grado pretende tomar cuerpo y vida terrena a través de las complacencias y concesiones doctrinales.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JUAN MANUEL REY PORTOLÉS,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
CARLOS MARÍN ALBORNOZ

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

DOBLE INMATRICULACION. ARTICULOS 34 Y 35 DE LA LEY HIPOTECARIA. EL REQUISITO DE LA BUENA FE DEL TERCERO. ACCION DECLARATIVA: SU DIFERENCIA CON LA REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Doña Eugenia y doña Joaquina eran titulares registrales de la finca número 3.573, procedente por segregación de la número 10, que habían adquirido por título gratuito, aunque sus causantes más remotos fueron titulares adquirentes a título oneroso, según anteriores inscripciones.

Por otro lado, don Jaime y don Pedro eran titulares de unas fincas registrales formadas por sucesivas operaciones de segregación de la finca número 6.579, que figuraba inscrita en el término municipal, rectificándose este extremo al practicar las sucesivas segregaciones para formar dichas fincas, cuya descripción coincide así, en parte, con la de la finca número 3.573 de las titulares antes citadas.

Doña Eugenia y doña Joaquina, estimando que don Jaime y don Pedro habían creado unas fincas ficticias, que quedaban localizadas por su descripción en la parte este de la finca número 3.573 de su propiedad, deducen la correspondiente demanda contra los mismos, suplicando se dicte sentencia declarando que las actoras son dueñas de la citada finca registral 3.573, sin que dentro de su perímetro ostenten derecho ni dominio alguno los demandados, y que la zona este de la repetida finca registral ha sido objeto de doble inmatriculación con motivo de la inscripción de las fincas de los demandados, siendo preferente la inscripción de las actoras, y nulas, las escrituras e inscripciones de la otra parte, que deberán ser canceladas.

Los demandados se oponen alegando su buena fe y la inexistencia de doble inmatriculación, ya que la finca de las actoras figuraba inscrita con menor superficie de la que señalaban en la realidad, observándose, ade-

más, a través de la historia registral de la finca número 3.573, que existió una variación de linderos hecha unilateralmente por sus antiguos titulares.

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Barcelona estimó la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Māgistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados, siendo de destacar los siguientes «considerandos»:

Considerando que , F) es evidente que en el proceso declarativo del que dimana este recurso se ha verificado el supuesto establecido en el artículo 313, antes citado, porque, según la fundamentación de hecho de la sentencia recurrida, derivada de la valoración conjunta de las pruebas, las inscripciones 8.099, 8.298 y 8.415 se refieren a la 3.575, que es el número de inscripción de la finca de los actores, la cual figura inscrita con números diferentes, originándose, por tanto, el grave mal en la mecánica registral inmobiliaria que implica la doble inmatriculación, y como quiera que la nota suficientemente expresiva de la doble inmatriculación, al margen de las diversas inscripciones, como medida cautelar que es, el efecto que produce queda limitado a advertir a los terceros la existencia de la doble inmatriculación, es por lo que en el artículo 313 se reserva a los interesados las acciones de que se crean asistidos, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente, sobre el mejor derecho al inmueble, como así lo efectuaron las hoy recurridas, determinándose por la Sala de Instancia la prevalencia de la hoja registral de la finca número 3.573, aplicando para ello los dos criterios establecidos por esta Sala en las sentencias de 18 de mayo de 1953, 10 de enero de 1962, 28 de junio de 1964, 31 de octubre de 1961 y 5 y 17 de enero de 1963, entre otras, de prevalencia de la finca cuyo dominio sea de mejor condición, conforme a las normas de Derecho civil, o cuya inmatriculación sea más antigua, porque «los títulos de las actoras tienen clara legitimidad, frente a los ficticios títulos de las inscripciones de que proceden las fincas de los demandados; gozan de prioridad registral no sólo partiendo de la primitiva inscripción de la finca en 1864, sino de la inscripción en 1897, en que aparece el lindero este con el 'Torrente del Mal', frente a la primera inscripción de la finca matriz 6.579, el 7 de septiembre de 1937, en Registro de la Propiedad al que no correspondía, dada la pretendida situación y localización física que se le da en la actualidad, y por todos los títulos civiles de sus respectivas transmisiones y el hecho incluso de la posesión que ininterrumpidamente desde tan remotas fechas venían disfrutando, frente a los primeros actos de la posesión de los demandados y sus causahabientes iniciados en 1965»—considerando cuarto de la sentencia impugnada.

Considerando que los motivos doce del recurso primero y cuarto y sexto del recurso segundo están relacionados con la cuestión del tercero hipotecario, porque en los dos primeros se aduce la infracción por inaplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y en el otro, la aplicación indebida de igual precepto, todos los cuales hay que rechazar, porque además de que en el motivo doce se omite el cauce procesal que se utiliza, incumpléndose, por tanto, el artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil—los otros dos se amparan en el número primero del artículo 1.692 de igual ley—, ha de tenerse en cuenta que, por lo razonado en el considerando que antecede, la acción fue ejercitada para eliminar la colisión registral producida por la doble inmatriculación y para determinar cuál de las diversas hojas registrales ha de prevalecer, lo cual ha de efectuarse por las normas del Derecho civil, con exclusión de la Ley Hipotecaria, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza,

contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular, porque la protección a uno de sus titulares supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad y de legitimación; pero es que, además, en el supuesto de que hubiera que resolverse si los demandados son o no terceros hipotecarios, habría de llegarse a la conclusión de que no lo son, porque uno de los requisitos que integran dicho concepto es el de que la adquisición se haga de buena fe, que no concurre en la efectuada por los demandados, porque según el soporte fáctico de la sentencia impugnada «pudieron conocer, por la inscripción de sus fincas, la inmatriculación de la causante de las mismas, la número 6.579, con sus límites distintos de los segregados, en términos municipales y Registro originariamente distintos, habiendo reconocido el demandado, señor Verona, en relación con las fincas por él adquiridas y su inscripción en el Registro, no poder indicar haber visto realizar actos de posesión efectiva de su causante»—considerando octavo de la del Juzgado y segundo de la Sala.

Considerando que procede examinar agrupadamente los motivos noveno del recurso primero y segundo del segundo, amparados en el número primero del artículo 1.692 de igual Ley Procesal, por aplicación indebida del artículo 348 del Código civil, el primero de ellos, y por violación del mismo precepto, el otro, por estar relacionados con la clase de acción ejercitada, ya que argumentan los recurrentes no reúne los tres requisitos de la acción reivindicatoria porque «las actoras no han justificado su dominio sobre la porción de terreno, superior en extensión a aquella de que son dueñas», motivos que han de rechazarse porque, por lo que se refiere al noveno, no obstante el concepto de la infracción en él alegada—aplicación indebida—, en la argumentación utilizada se explica violación del precepto, conceptos antagónicos, que aplicados a idéntica norma jurídica originan el confusionismo consiguiente, opuesto a la claridad exigida en el artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil, y en cuanto al otro de los motivos mencionados se expresa que «la acción no llega a ser reivindicatoria», pero es que, en definitiva, la fundamentación de hecho de la demanda y el elemento objetivo de ella denotan que la acción es de mera declaración del dominio de la finca 3.573, perfectamente diferenciada de la reivindicatoria, porque aunque una y otra pueden ser utilizadas para la tutela del derecho de propiedad, se diferencian por la finalidad que se pretende lograr, y así, mientras que la reivindicatoria tiende fundamentalmente a la recuperación de la posesión, y por ello requiere una detentación o privación posesoria, la declaratoria va encaminada a obtener que el titular de ella es propietario y a acallar a la parte que discute ese derecho o se le arroga—sentencias de 21 de febrero de 1941 y 3 de mayo de 1944, entre otras.

Considerando que en el motivo trece del recurso primero, también alegado por el número primero del artículo 1.692, por inaplicación de los artículos 1.959 y 1.967 del Código civil, del número primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y de la doctrina establecida en las sentencias que se mencionan, se plantea la cuestión de la usucapión *secundum tabulas*, basada en que «según la certificación registral—documento número siete, presentado con la demanda—, el causante del recurrente tiene inscrita, en el Registro de la Propiedad número 6 de Barcelona, la finca matriz número 6.579, de la cual fueron segregadas las números 8.099, 9.293 y 9.415 con más de diez años de antelación a la presentación de la demanda, por lo cual está protegido por dicha 'usucapión', motivo cuya inviabilidad es notoria, porque el artículo 35 de la Ley Hipotecaria favorece la usucapión que se verifica fuera del Registro, reforzándola o facilitándola; pero para ello no es suficiente que el usucapiente sea titular registral, hace falta, además, sea *poseedor efectivo*, ya que en el artículo 35 no se establece

únicamente la presunción de justo título en base de la inscripción, sino también la de que el titular ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente, de buena fe, presunción que es *iuris tantum*, y en el caso de autos, es indudable la inexistencia de posesión efectiva respecto a unas fincas carentes de soporte o realidad física».

COMENTARIO.—A) «*Ratio decidendi*» de la sentencia.—Se concreta en estos tres aspectos:

1.º La diferenciación entre acción declarativa y acción reivindicatoria por su finalidad, con la consecuencia de no exigirse como requisito para el ejercicio de aquélla la detentación o privación posesoria por parte del demandado. Con ello se confirma la doctrina de las sentencias de 3 de mayo de 1944 y 26 de noviembre de 1946, citadas por la presente sentencia, y de 25 de abril de 1949, 6 de junio de 1960 y 3 de febrero de 1967, entre otras.

2.º El artículo 35 de la Ley Hipotecaria favorece la usucapión que se verifica fuera del Registro, reforzándola o facilitándola; pero para ello no es suficiente que el usucapiante sea titular registral, hace falta, además, que sea poseedor efectivo, pues la presunción que establece dicho artículo no sólo hace referencia al justo título, sino también a la posesión con todos los requisitos que indica, siendo de carácter *iuris tantum*. Con esto, la presente sentencia confirma algo que resulta claramente del propio artículo y de la interpretación unánime doctrinal y jurisprudencial.

3.º La solución del problema de la doble inmatriculación, conforme a dos criterios: el de prevalencia del dominio de mejor condición, según las normas de Derecho civil, y el de prevalencia de la finca cuya inmatriculación sea más antigua. De esta cuestión pasamos a ocuparnos con detenimiento a continuación, a través de diferentes epígrafes.

B) *Los criterios de la normativa del Derecho civil y de la inmatriculación más antigua para resolver el problema de la doble inmatriculación.* La presente sentencia aplica los dos criterios establecidos por esta Sala, según expresión de la misma, que son los que se acaban de indicar, citando una serie de sentencias en tal sentido. Sin embargo, cabe hacerse las siguientes preguntas: ¿Cuál es la relación entre ambos criterios en la jurisprudencia? ¿Se trata efectivamente de dos criterios diferenciados? Y en tal caso, ¿cuál de los dos debe prevalecer?

Si examinamos con cierta minuciosidad las sentencias citadas en el considerando sexto de la presente, observaremos: 1.º) Que no en todas ellas se recoge el criterio de inmatriculación más antigua. 2.º) Que aun las que aluden a dicho criterio, lo hacen no como criterio único, sino como unido al criterio del Derecho civil.

Efectivamente, en cuanto a la primera observación, no siguen el criterio de la inmatriculación más antigua: ni la sentencia de 18 de mayo de 1953, que se refiere al criterio civil de la posesión, que vigoriza el título inscrito; ni la sentencia de 28 de junio de 1964, que sigue solamente el criterio del Derecho civil, desechando incluso el criterio de la prioridad de inscripción, por no derivar ambas inscripciones del mismo título; ni la sentencia de 10 de enero de 1962, que alude al criterio del «ordenamiento común» (1).

Por otro lado, en cuanto a la segunda observación apuntada, las sentencias que se refieren a la inmatriculación más antigua siempre lo hacen

(1) Aparte de estas tres sentencias que se citan en la presente, siguen también un criterio exclusivamente civil, sin aludir para nada a la fecha de la inmatriculación más antigua, la sentencia de 22 de junio de 1967, que se refiere a las «normas civiles en general» (véase núm. 462 de esta Revista, pág. 1434) y la sentencia de 25 de febrero de 1972 (véase núm. 493 de esta Revista, pág. 1359).

en unión de la alusión al criterio del Derecho civil. Así, la sentencia de 31 de octubre de 1961 hace referencia al «hecho de ser quien primeramente inscribió», pero como un corolario del criterio de las «normas contenidas en el Derecho civil», y reforzado, «porque siempre ha tenido la posesión de los derechos que la propiedad proporciona»; las sentencias de 5 y 17 de enero de 1963 aluden al «título de dominio más antiguo», y lo que hacen es reforzarlo con el criterio de la «inscripción registral más antigua», con su «acreditado tracto sucesivo» (2). También en la presente sentencia se recoge el criterio de la inmatriculación más antigua, pero claramente unido al criterio de Derecho civil, refiriéndose a la clara legitimidad de los títulos civiles de la parte actora y al hecho de su posesión ininterrumpidamente.

¿Qué conclusiones podemos sacar de estas observaciones? En mi opinión, las siguientes:

1.º Que el criterio fundamental a seguir, según la jurisprudencia, es el del Derecho civil, por ser el criterio que constituye la *ratio decidendi* de las sentencias examinadas. Pero como este criterio no sólo es el que puede obtenerse de la «usucapión por la posesión», sino también por la justificación del derecho de propiedad, no a través de una prueba perfecta (al estilo de una «*probatio diabólica*»), sino demostrando el dominio de mejor condición o que tiene más probabilidades de ser el verdadero, se explica que dicho criterio quede reforzado muchas veces con el de la inmatriculación más antigua.

2.º Que en cuanto al criterio de la inmatriculación más antigua, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no lo aplica como un criterio contrapuesto al del Derecho civil (3), sino como un «criterio accesorio del de Derecho civil», que sirve o bien para *reforzar* el título civil de mejor condición (usucapión por posesión) o bien como *medio de prueba* del título civil preferente por su antigüedad (4). No lo aplica como criterio contrapuesto, sino como accesorio y complementario del criterio civil, pues lo entiende no como un criterio revelador de la «prioridad registral», con el consiguiente premio a la diligencia del que llegó primero al Registro, sino como un criterio revelador de la mejor condición del título con arreglo al Derecho civil. Por tanto, creemos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se refiere a este criterio en el sentido patrocinado por MARTÍNEZ ESCOBAR, que, a base del principio *prior tempore, dice* que «la primera (inscripción) en tiempo prevalece», y que tal inscripción «impedía hacer la segunda, por lo que ésta, como indebidamente practicada, es nula» (5). Ciertamente que en alguna ocasión (sentencias de 5 y 17 de enero

(2) Igual ocurre en la sentencia de 22 de febrero de 1967, no citada por la presente (véase número 460 de esta Revista, pág. 831).

(3) No obstante, ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo III, págs. 430 y 434) expone el criterio de la inmatriculación más antigua como contrapuesto al criterio del Derecho Civil, diciendo que son «aplicables según los casos» (pág. 430) y que «del examen de esta jurisprudencia puede deducirse que la regla general la constituye el primer criterio jurisprudencial, pero que en ciertos casos en que la doble inmatriculación está lograda con facilidad o concurriendo circunstancias especiales que atribuyan débil consistencia a la ulterior inmatriculación, procede aplicar el segundo criterio» (pág. 434). Nosotros creemos que la aplicación del «segundo criterio» (inmatriculación más antigua) no excluye la aplicación del «primero» (Derecho Civil) por lo que más que contraponer los dos criterios, procede tratar el «segundo» como complemento del «primero».

(4) En este sentido estimamos acertado lo que dicen LACRUZ y SANCHO en su *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 252, que «la prioridad en inmatricular representa una prueba del dominio originario, al amparo de la presunción del artículo 38 L. H., que, no siendo desvirtuada por otras, concederá una preferencia de principio al primer folio y su titular vigente».

(5) Ver la exposición que hace ROCA SASTRE de la tesis de este autor en pág. 34, *ob. cit.* Creemos que, incluso prescindiendo de la jurisprudencia, el criterio de dicho autor resulta demasiado frío o rectilíneo para resolver una situación tan anómala y compleja como es la producida por la doble inmatriculación.

(5 bis) Sólo en caso de doble venta cabe seguir este sistema de prioridad, según se explica después. La Sentencia de 10 de marzo de 1972 responde a esta idea de prioridad, pero es por contemplar ese caso especial de doble venta, en que es ineludible la aplicación del artículo 1.473 del Código civil. Esta excepción no desvirtúa el sentido que para el Tribunal Supremo tiene en general (fuera del art. 1.473 del Código civil) el criterio de la inmatriculación más antigua.

y 17 de junio de 1963) el Tribunal Supremo emplea el criterio de la inmatriculación más antigua no sólo como revelador de un dominio de mejor condición con arreglo al Derecho civil, sino, al mismo tiempo, con una función negativa, es decir, como criterio excluyente de otro que podría ir en contra del criterio civil. Ese otro criterio, que el Tribunal Supremo excluye en las tres sentencias últimamente citadas, es el criterio del «tercero hipotecario», y lo hace a base de entender que si la finca estaba ya inmatriculada anteriormente a la apertura del nuevo folio, el que pretenda ser «tercero hipotecario» del artículo 34 de la ley no podrá obtener la protección de dicho artículo frente al titular civil, pues existe una causa de inexactitud registral puesta de manifiesto por el propio Registro a través de la previa existencia de la primera inmatriculación. Pero, como se observará, no se trata de que el Tribunal Supremo defienda en esos casos la inmatriculación más antigua, sino que partiendo del criterio civil revelado o reforzado por la inmatriculación más antigua, ésta impide, a su vez, a través de una función negativa o excluyente, que entre en acción el criterio de la protección al tercero hipotecario, al que luego nos referiremos con más detalle. Lo que queremos ahora resaltar es que el Tribunal Supremo no defiende el criterio de la inmatriculación más antigua como autónomo, sino como criterio accesorio del Derecho civil, como medio de prueba del mismo (función positiva del criterio) y como medio de exclusión de otro criterio que atentaría al del Derecho civil (función negativa o excluyente) (6). Salvando las distancias, y para mejor explicarnos, creemos que la inmatriculación más antigua viene a ser, a estos efectos, una manifestación moderna de la función que tenía la antigua acción publiciana (7).

Si se admite el fundamento que atribuimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo al recoger el criterio de la inmatriculación más antigua, se obtendrá la consecuencia práctica de aplicarlo no comparando las fechas de las respectivas primeras inscripciones de cada folio, a modo de «calendario registral», sino examinando toda la historia registral de cada finca, e incluso se llegará al resultado de no aplicarlo cuando exista un criterio extrarregistral definido y claro, plenamente suficiente por sí mismo, conforme al Derecho civil, aun contrario al criterio de inmatriculación más antigua.

C) El criterio de la inmatriculación más antigua y el criterio de prioridad entre las últimas inscripciones de cada folio.—Hasta ahora hemos

(6) La idea de estas sentencias la recoge GARCÍA-MONGE y MARTÍN en "El tercero hipotecario ante la doble inmatriculación". *Rev. Der. Priv.*, octubre de 1965, pág. 873, a base de interpretar de diferente manera la palabra "Registro", que emplea por dos veces el párrafo primero del artículo 34, "y si en el primero cabe identificar "el Registro" con la inscripción del transmitente, no ocurre lo mismo en el segundo, en el cual su verdadero y justo sentido debe ser el de referirse al Registro en su amplitud" (pág. 875). Pero no nos conviene esta interpretación tan amplia de la palabra "Registro", pues el artículo 34 se refiere al "mismo" Registro, sin que sean concluyentes las razones que expone en la página 876. Como tesis negativa de la aplicación del artículo 34 en favor de un tercero que tiene su base en una inmatriculación muy reciente, nos parece acertado el resultado de la misma, pero no el argumento utilizado. Como tesis positiva de "prevalencia del que inscribe en primer lugar", sólo nos parece acertada si el criterio no es absoluto, sino accesorio del criterio de Derecho Civil. En este sentido positivo es dudosa la tesis del autor, si bien en la página 879 parece no dar sentido total y absoluto al criterio de prevalencia del primer inmatriculante, pues dice "siempre sin desvirtuar los (principios) que dentro del Derecho Civil puro protegen al primer titular". Pero antes acababa de decir "aun sin acudir al Derecho común, sino ajustados a los fundamentales principios hipotecarios". En cualquier caso, el sistema de un folio para cada finca, que reúne el historial completo de ella, aceptado por nuestro sistema (art. 13 de la Ley Hipotecaria), excluye esa interpretación amplia de la palabra "Registro", que propone GARCÍA-MONGE. En esto nos parece acertada la crítica que JOSÉ MARÍA PEÑA hace de la sentencia de 17 de junio de 1963 en *A. Der. Civ.*, año 1963, pág. 1123.

(7) Naturalmente, la acción Publiciana tenía un contenido muy distinto en el Derecho Romano, pero en cuanto a su base en un título no ya idóneo, sino de mejor condición que otro, tiene este parecido que señalamos. Respecto a las diferencias entre la acción Publiciana romana y la acción recogida por la jurisprudencia en base a aquélla, ver lo que dice ALBALADEJO en páginas 225 y ss. de sus *Instrucciones de Derecho Civil* (Derecho de cosas, año 1964).

supuesto que el criterio estudiado se refería a la «primera inscripción que produjo la inmatriculación más antigua», no a la mayor antigüedad de la última inscripción de uno de los folios en relación con la última inscripción del otro. Pero ahora, una vez explicada la relación de este criterio con el del Derecho civil, plantearemos esta otra cuestión, preguntándonos lo siguiente: ¿Por qué nos hemos referido a la antigüedad de las primeras inscripciones y no a la de las últimas de uno y otro folio? Y contestando lo anterior, ¿cabe utilizar en algún caso el criterio de comparar la antigüedad de inscripciones en uno y otro folio que no sean las primeras de inmatriculación? (8).

Nosotros creemos que cuando el Tribunal Supremo hace referencia a la antigüedad de la inscripción quiere referirse a la inmatriculación más antigua, no a la inscripción de cada uno de los que son parte en el pleito. No se trata de un criterio de prioridad de inscripciones de los titulares que discuten en el pleito, sino de un criterio de antigüedad comparado a los primeros causantes de los titulares que ahora discuten. Ciertamente, no hay mucha precisión en las frases empleadas por las anteriores sentencias, pues si bien la que motiva este comentario alude al «criterio de *inmatriculación más antigua*», en las otras sentencias que cita se expresan con la frase de «inscripción registral más antigua». Pero parece claro que la jurisprudencia quiere referirse a la inscripción registral más antigua de las dos primeras de cada folio, pues si, según hemos tratado de demostrar antes, lo que priva en ellas es la idea preponderante de resolución, conforme al Derecho civil, pretendiendo encontrar el dominio de mejor condición, se acomoda más a esta idea el criterio de inmatriculación más antigua que el de la inscripción vigente más antigua, pues aquél responde a un mayor acercamiento a la *probatio diabólica*, a base de un «acreditado tracto sucesivo» (como dice la sentencia de 5 de enero de 1963), y, sin embargo, la antigüedad de las últimas inscripciones no quiere decir por sí misma nada a estos efectos de la prueba del mejor dominio (9). Por eso estimamos muy acertado que la presente sentencia emplee decididamente aquella terminología.

Una vez contestada la primera pregunta que nos hemos hecho, pasamos a la segunda. Contestando a ella pensamos que en algunos casos no cabe acudir al criterio de la primera inscripción de inmatriculación más antigua, por no ser suficiente para acreditar un título civil de mejor condición, bien por una interrupción en el tracto sucesivo (10), bien por la existencia de alguna irregularidad en aquella primera inscripción (11) o porque la primera inscripción fue de posesión (12). En estos casos, sin

(8) Creo que conviene diferenciar bien estas cuestiones al estudiar la jurisprudencia. Sólo LACRUZ y SANCHO hacen algunas precisiones (pág. 252).

(9) Si en cada folio sólo existe una inscripción de inmatriculación, entonces sí cabe compararla a efectos de prueba del mejor dominio, pero es porque entonces el supuesto hace tránsito al de inmatriculación más antigua basada en título de dominio más antiguo, sirviendo de prueba sobre un mejor dominio la primera inmatriculación, que a su vez recoge un título de dominio más antiguo y más claro. Sólo en el caso de que ambos titulares procedan de un mismo transmitente (doble venta) cabe acudir al criterio de prioridad de inscripción en sí misma prescindiendo de la fecha del título. (Ver lo que se dice después sobre esto.)

(10) La existencia de una interrupción de tracto sucesivo luego reanudado, en la historia registral de uno de los folios, puede ser desfavorable para el titular correspondiente, pues aunque cuente con una inmatriculación más antigua, existe una zona gris en la historia registral que es la interrupción del tracto, que no siempre subsana el expediente de dominio a pesar de que lo reanude, pues según el párrafo último del artículo 285 no se puede «exigir al que promueva el expediente que determine ni justifique las transmisiones operadas desde la última inscripción hasta la adquisición de su derecho».

(11) En la presente sentencia se parte no sólo de la fecha de la primitiva inscripción de la finca, sino también de la fecha de otra inscripción posterior en que se produjo un cambio de lindero, siendo una y otra más antiguas que la primera inscripción del otro folio (Considerando 6°).

(12) La sentencia de 7 de octubre de 1972 (ver en esta Revista núm. 497, pág. 996), ante dos inscripciones primeras de posesión, atiende no a la fecha de éstas, sino a la fecha de la conversión en inscripciones de dominio.

cambiar el fundamento del criterio (13), habría que referirse a la antigüedad de la inscripción segunda o inmediatamente posterior, según los casos.

En otros casos, y aquí contestamos específicamente a dicha segunda pregunta, será procedente acudir al criterio de prioridad de inscripciones comparando las de los litigantes. Pero creemos que esto último sólo debe hacerse en el caso de doble venta, y es así porque entonces entra en acción el artículo 1.473 del Código civil, que concede preferencia al adquirente que «antes» (14) haya inscrito en el Registro de la Propiedad. En este caso especial, como los dos titulares tienen un mismo origen, ya no interesa remontarse a los títulos más antiguos de cada uno (pues en este sentido tienen idéntico origen), sino a la inscripción vigente de cada titular, cuya fecha denote una mayor diligencia (15). Pero cuando no exista tal origen común habrá que utilizar el criterio de la inmatriculación más antigua, como mejor exponente del criterio del Derecho civil (16).

D) *El criterio del tercero hipotecario.*—Después de todo lo que hemos dicho sobre la preferencia del criterio de Derecho civil para resolver el problema de la doble inmatriculación, podemos preguntarnos si queda todavía algún hueco para utilizar el criterio de preferencia del titular que sea tercero hipotecario, por reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, frente al que no lo es.

No existe aquí mucha precisión en la doctrina ni tampoco hay un criterio muy concluyente en la jurisprudencia.

Respecto a la doctrina, ROCA SASTRE entendió, en la quinta edición de su *Derecho Hipotecario* (tomo III, pág. 682), que «el criterio para resolver esta pugna o antagonismo deberá variar según los casos: cuando los titulares, según las hojas o registros particulares de las diversas fincas, tengan todos la condición de terceros, que reúnan las circunstancias que señala el artículo 34 de la ley, entonces tendrá aplicación lo expuesto para

(13) El fundamento del criterio ha de ser siempre representar una mejor prueba del dominio a efectos civiles, por la antigüedad de la inscripción, aunque tenga que utilizarse una inscripción segunda o posterior, por ser inservible la primera, pues precisamente esta inservibilidad de la primera se produce dado el fundamento del criterio (representar una prueba de Derecho Civil) y no simplemente por una *fraus prioritatis* de la inscripción.

(14) Da la sensación como si este adverbio "antes" del artículo 1.473 del Código civil se hubiera puesto pensando precisamente en la doble inmatriculación, pues es el único supuesto en que un titular "inscribe antes" y el otro "después", ya que en supuestos normales sólo inscribe el primero, pues al segundo se le cierra el Registro por ser título incompatible (art. 17 de la L. H.). Sin embargo, en cualquier caso es interesante el adverbio "antes", pues revela que el Código sigue aquí un criterio de prioridad "temporal", y siempre podrá referirse a dos asientos de presentación contradictorios, extendido uno "antes" y el otro "después", si se estima que el verbo "inscribir" tiene en el artículo 1.473 del Código civil un sentido amplio (comprendivo de todos los asientos y no sólo del asiento de inscripción). Es decir, es más expresivo que el Código diga "que antes la haya inscrito" que no "que la haya inscrito" (por pensar que sólo puede inscribir uno, el que primero presenta el título), y, además, recoge claramente el supuesto de doble inmatriculación con ese expresivo adverbio.

(15) LACRUZ y SANCHEZ opinan también que "esta prioridad juega decisivamente cuando se trata de causahabientes particulares de un mismo "auctor", determinando la eficacia inicial de una adquisición frente a la otra, por virtud del artículo 32 piénsese en la doble venta de una finca no registrada, inmatriculando primero el segundo comprador (de buena fe) y admitiéndose luego, por error o por desfigurarse los límites del inmueble, la intabulación en nuevo folio de la primera venta" (pág. 252, *ob. cit.*) ¿Y en el supuesto en que uno de los compradores inscriba primero, pero en folio nuevo, por creer que la finca no estaba inmatriculada a nombre del vendedor, y, en cambio, el segundo comprador que inscribe después lo hace en el folio de la inscripción del vendedor, reuniendo, por tanto, a diferencia de aquél, el requisito de la previa inscripción y los demás del artículo 34 de la Ley Hipotecaria? Problema de valoración de la buena fe de uno y otro comprador, que habrá que resolver conforme a las normas que luego se indican sobre aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

(16) Precisamente por no existir tal origen común desechó el criterio de prioridad la sentencia de 28 de junio de 1964 en un caso en que se enfrentaban dos inmatriculaciones, resolviéndose el problema conforme al criterio del Derecho Civil y no por la prioridad de inmatriculación.

(16 bis) Y cuando el titular del que traen causa ambas inscripciones no sea el inmediato, habrá que remontarse en cada folio a la inscripción que traiga causa del mismo titular, debiendo compararse entonces no las últimas inscripciones, sino las inscripciones que tienen ese origen común, que pueden incluso ser las primeras, como sucedió en el caso de la sentencia de 10 de marzo de 1972

este caso en otra parte de la presente obra (neutralización de la fe pública); cuando sólo uno de los titulares tenga aquella consideración de tercero hipotecario protegido, entonces prevalecerá la hoja o registro particular correspondiente a este tercero, y cuando ninguno de los titulares reúna esta condición de tercero hipotecario, en tal caso se resolverá la pugna conforme al Derecho civil puro, con omisión de las normas de índole hipotecaria». Es decir, ROCA SASTRE sólo excluía la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en supuestos de doble inmatriculación cuando los dos titulares tuvieran la condición de terceros o cuando ninguno la tuviese. Pero en la sexta edición, ROCA prescinde de aquellas ideas, pues dice en el tomo III, página 430, que «actualmente hay que atenerse en España a los criterios sentados por el Tribunal Supremo y que, en general, son estos dos», y cita el criterio del Derecho civil y el de la inmatriculación más antigua, sin aludir al criterio del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. LACRUZ, por su parte, dice que «ningún adquirente según uno de los folios puede oponer contra los inscritos en el otro su condición de tercero protegido por la fe pública registral» (pág. 250 de su *Derecho Inmobiliario Registral*) (17). GARCÍA-MONGE Y MARTÍN, basándose en la interpretación en sentido muy amplio de la palabra «Registro», que emplea por segunda vez el párrafo primero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, excluye la aplicación de éste en caso de doble inmatriculación, diciendo: «A nuestro juicio, aun sin acudir al Derecho común, sino ajustados a los fundamentales principios hipotecarios, manteniéndose la prevalencia del que inscribe en primer lugar, con la protección ante cuanto con posterioridad logre el acceso al Registro, bien sea formalmente primero, bien funde su derecho en esta inscripción, quedarían incólumes los principios básicos de dicho derecho, y siempre sin desvirtuar los que dentro del Derecho civil puro protegen al primer titular» (18).

Respecto a la jurisprudencia, podemos destacar las siguientes conclusiones: 1.ª) Con cierta reiteración se desecha, frente a recurrentes que habían alegado la infracción del artículo 34 de la ley, la aplicación de dicho artículo; pero la argumentación utilizada revela que no es que se deseche en cualquier caso tal artículo, sino que se suelen hacer algunas matizaciones. Baste analizar la siguiente frase del considerando séptimo de la presente sentencia: «Para determinar cuál de las diversas hojas registrales ha de prevalecer, lo cual ha de efectuarse por las normas del Derecho civil, con exclusión de la Ley Hipotecaria, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular...» O sea, que se hace referencia a asientos de «igual rango y naturaleza», lo cual podría servir de base para pensar que cuando no se trate de inscripciones de igual rango o naturaleza ya no habría por qué excluir la aplicación del artículo 34. Es más, el propio Tribunal Supremo siente la necesidad de apurar esa argumentación que acaba de dar en contra de la aplicación del artículo 34, manteniendo que no es tercero hipotecario el recurrente (19). 2.ª) Algunas sentencias, concretamente, las

(17) Tal como exponen LACRUZ y SANCHEZ esta idea, parece que no distinguen el caso de que el otro titular sea tercero hipotecario y el caso de que no lo sea. Eso sí, luego en el ejemplo que ponen se refieren al caso de que el otro titular sea tercero "de iguales caracteres".

(18) En principio, la preocupación de este autor es evitar que el titular que adquirió la finca de quien la inmatriculó recientemente por un procedimiento sencillo y sin muchas garantías pueda hacer valer el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, frente a quien la inmatriculó primero, con mucha anterioridad a aquél, aunque no reúna todos los requisitos de dicho artículo. Esta idea merece crítica favorable, pero véase lo que hemos dicho en la nota 6 sobre la argumentación empleada por dicho autor.

(19) Sin embargo, tal como está redactado el Considerando séptimo, también podría pensarse que la sentencia excluye en todo caso de doble inmatriculación la aplicación del artículo 34 por lo siguiente: 1.ª) Porque el recurrente alegó infracción del artículo 34, por no aplicación del mismo en un caso en que, según aquel, el recurrido no reunía el requisito de la onerosidad, ya que adquirió a título gratuito, aunque remotísimos causantes (no los inmediatos, que eran también

tres ya vistas de 5 y 17 de enero y 17 de junio de 1963, excluyen la aplicación del artículo 34; pero es frente al titular registral del folio más moderno, basándose en que exista una causa de resolución que resulta del propio Registro (en sentido amplio), lo que excluye que dicho titular sea tercero hipotecario. Sin embargo, estas sentencias contemplan casos en que existía una clara preferencia a favor del otro titular con arreglo a la normativa civil y, además, en la de 17 de junio de 1963, el que alegaba la condición de tercero, tenía su base en una primera inscripción de fecha muy reciente. 3.ª) Excepcionalmente, la sentencia de 12 de noviembre de 1970 (20) casa la de la Audiencia (que resolvió la doble inmatriculación conforme al Derecho civil, por entender que los dos titulares eran terceros con los requisitos del art. 34) y aplica el artículo 34 en favor de uno de los titulares, pues al otro le faltaba el requisito de la «previa inscripción» del transmitente en el momento de la compra.

Creemos que esta cuestión de si se debe aplicar o no el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en algunos casos de doble inmatriculación está todavía por estudiar a fondo. Lo que sí parece es que no cabe aplicar criterios meramente numéricos de comparación, pretendiendo aplicar el artículo 34 en favor de aquel que reúna mayor número de requisitos, ya que no interesa el número de ellos, sino la fuerza de los mismos en el caso concreto. Tampoco es muy convincente la argumentación de las tres sentencias de 5 y 17 de enero y 17 de junio de 1963, en cuanto a la exclusión del artículo 34, pues sin perjuicio de que haya sido acertada tal exclusión en los casos concretos de esas sentencias, la argumentación parece inapropiada en un sistema de folio real, como es el sistema español, en el que cada adquirente ha de estar a lo que resulte del folio respectivo y no de todo el Registro (21). En cambio, hay que concluir que ni se debe excluir en todo caso el criterio del artículo 34 ni aplicar éste por el hecho de que un titular sea tercero y otro no. Como normas indiciarias para decidir esta cuestión pueden darse las siguientes: 1.ª) No aplicar el artículo 34 cuando uno de los titulares pruebe «abrumadoramente» que es titular verdadero con arreglo al Derecho civil y que el otro tiene escasos antecedentes registrales, por ser la historia de su finca muy reciente. Téngase en cuenta que no es éste el supuesto normal de aplicación del artículo 34, que resuelve el conflicto entre el *verus dominus* (que no inscribió) y el titular registral que confió en el Registro, y este otro es un caso de conflicto entre un *verus dominus* (que, además, inscribió en el Registro) y otro titular registral que aunque confió en el Registro tiene escasos antecedentes en el mismo. 2.ª) Deberá extremarse la rigidez en la apreciación de los requisitos del artículo 34 respecto a quien pretenda alegarlo, frente a quien tenga título civil adecuado, exigiendo, sobre todo, una especial diligencia al apreciar la buena fe (22). La presente sentencia

adquirentes a título gratuito) hubieran sido adquirentes a título oneroso, y resulta que el Tribunal Supremo no se preocupa de resolver este extremo concreto, sino que, en general, contesta excluyendo la aplicación del artículo 34 L. H.. 2.ª) Porque aunque luego apura la argumentación, según acabamos de decir en el texto, indicando que no es tercero hipotecario el recurrente (lo que podría suponer una atenuación de la inaplicación absoluta del citado artículo, ya que podría indicar que no se aplica porque el recurrente no es tercero hipotecario), sin embargo, lo expresa en forma de *obiter dictum* al decir: «además, en el supuesto de que hubiera que resolverse si los demandados son o no terceros hipotecarios, habría de llegarse a la conclusión de que no lo son», pues tal redacción viene a significar que la cuestión se plantea en forma hipotética, no como *ratio decidendi*. De todos modos, las matizaciones indicadas en el texto hacen ver que no se excluye en cualquier supuesto la aplicación del artículo 34.

(20) Ver el resumen de esta sentencia en *Revista Crítica*, núm. 490, pág. 628.

(21) Ver lo dicho antes en la nota 6.

(22) En general, fuera del caso de doble inmatriculación, existe discusión entre los autores acerca de si la buena fe del artículo 34 ha de ser o no excusable, es decir, si se exige o no cierta diligencia al tercero para apreciar su buena fe (ver la exposición de LACRUZ y SANCHEZ, *ob. cit.*, pág. 225). Sin embargo, en los casos de doble inmatriculación, la anomalía del supuesto y la similitud de condición de titulares registrales de los dos litigantes impone la necesidad de una especial diligencia para apreciar la buena fe, al estilo de lo que preceptúa el artículo 36 de la

precisamente trae a colación unas frases de la apelada para negar la buena fe del recurrente, que son las siguientes: «Pudieron conocer por la inscripción de sus fincas la inmatriculación de la causante de las mismas, la número 6.579, con sus límites distintos de los segregados», y, sobre todo, esta otra: «Habiendo reconocido el demandado, en relación con las fincas por él adquiridas y su inscripción en el Registro, no poder indicar haber visto realizar actos de posesión efectiva de su causante.» ¿No significa esto una especial matización y exigencia de diligencia en la apreciación de la buena fe? Claro que hemos dicho que estas consideraciones de la sentencia parecen *obiter dicta* tal como están recogidas. 3.º) Respecto al otro titular frente a quien se alegue el artículo 34, no ha de reunir alguno de estos requisitos: buena fe, previa inscripción del transmitente e inscripción de su título, pues si falta alguno de ellos y su título civil no es totalmente concluyente, puede quedar en peor condición que el titular del otro folio. Sin embargo, respecto al requisito de la onerosidad, creemos que aunque no lo tenga, si lo suple con una titulación que pueda considerarse adecuada, no por eso ha de estimarse sin más que es de peor condición que el otro titular que reúne los cuatro requisitos, pues la *ratio* del artículo 34, al exigir dicho requisito, aparece reflejada en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria (23), y tal fundamento no parece aplicable en la colisión entre dos titulares registrales de similar condición, a excepción de la causa onerosa o gratuita de su adquisición. Sobre todo, cuando el titular registral con causa gratuita tenga fundamentada su adquisición según normativa civil.

Pero insistimos en que se trata de indicios meramente orientadores, que habrá que someterlos a prueba en relación con las circunstancias de cada caso.

E) *El criterio de la regularidad de historia registral.*—Apuntamos en otra ocasión (24) que en los casos de doble inmatriculación, que llamamos «sobrevenida», es decir, la producida por una variación en la descripción o una irregularidad en el tracto sucesivo de una de las fincas, «en muchos casos» quizá no sería necesario acudir a las normas de Derecho civil puro para resolver el problema de doble inmatriculación ni excluir siempre la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria respecto al titular de la inscripción regularmente extendida, pues entonces se enfrentan dos inscripciones de distinto valor: una, con defecto de tracto sucesivo, y la otra, correctamente practicada».

Ahora completaremos este apunte con unas ideas finales.

Si en uno de los folios de las fincas en cuestión hay un defecto de tracto sucesivo o modificación esencial de descripción, que cambia la identidad, podría intentarse la nulidad de la inscripción irregularmente extendida por falta de tracto o defectuosa identificación de la finca. Ahora bien, aunque se trata de un criterio exclusivamente registral, hay que ser precavido respecto a sus resultados, pues podría suceder que, aunque judicialmente se obtuviera la nulidad de la inscripción de la otra parte por defectos formales, ésta, a su vez, a través de la reconvencción, formu-

Ley Hipotecaria para el caso de conflicto entre titular registral y usucapiente. Desde esta perspectiva nos acercamos ya más (aunque por otro camino) a la opinión de GARCÍA-MONGE (pág. 878. *ob. cit.*) cuando dice: "Si es factible al adquirente indagar dentro de "el Registro", sin necesidad de un examen exhaustivo del mismo, sino guiado por la referencia contenida en la inscripción del transmitente, respecto a su título o modo de adquirir, la posible existencia de una inmatriculación anterior, atendidas las personas o las propias fincas, no debe desentenderse de todo lo que sea estrictamente la inscripción de quien le transfiere la finca, cargando sobre el verdadero dueño el perjuicio que es atribuible a su negligencia".

(23) La conocida frase de la Exposición de Motivos es la siguiente: "es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro a que sufran quebranto económico aquellos que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transferente".

(24) En el comentario a la sentencia de 7 de junio de 1972, núm. 497 de esta Revista, página 983. nota 7.

lara la cuestión desde la perspectiva del criterio civil, y entonces sería posible la siguiente paradoja: que un titular obtuviera la nulidad de la inscripción de la parte contraria por defectos formales, y el otro, obtuviese a su favor la nulidad y consiguiente cancelación de la inscripción del otro folio en base a las pruebas aportadas. Pero es difícil que en un mismo pleito se pueda dar este resultado, pues si queda demostrado que uno de los dos litigantes no es dueño, podría desestimarse su demanda de «nulidad por defectos formales» por falta de interés o legitimación.

Otra especialidad en estos casos de doble inmatriculación sobrevenida es que hay base para pensar que el titular del folio de historia irregular carece de buena fe, pues pudo conocer por el examen del propio folio la irregularidad existente. Entonces, si el titular del otro folio reúne los cuatro requisitos del artículo 34, en la forma que antes hemos apuntado, tendría una gran baza a su favor frente a quien no reúne el requisito de la buena fe hipotecaria. La presente sentencia, recogiendo también frases de la sentencia apelada, hemos visto que dice que el recurrente carece de buena fe, porque pudo conocer la inmatriculación con límites distintos y en diferente término municipal. Precisamente en el caso planteado cabe apreciar doble inmatriculación «sobrevenida», pues originariamente una de las fincas figuraba inmatriculada en otro término municipal y con linderos diferentes, y posteriormente sobrevino la doble inmatriculación al variarse su descripción en sucesivas inscripciones.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN UN CASO DE REPERCUSION DEL IMPUESTO. SERVIDUMBRE PERSONAL DE PASTOS Y OTROS DERECHOS. ARTICULO 6 DE LA LEY HIPOTECARIA. ALCANCE DE LA NULIDAD Y CANCELACION DE INSCRIPCIONES (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Don Juan Manuel y don Antonio dedujeron demanda contra la Asociación «La Sarda», exponiendo que eran naturales y vecinos del barrio de La Paúl, entidad local menor, y que desde el 4 de julio de 1969 los vecinos de dicho barrio vienen disfrutando de una serie de aprovechamientos sobre la finca de la que es propietaria la Asociación demandada, siendo tales aprovechamientos verdaderos derechos de servidumbre a título gratuito, según resulta del título notarial constitutivo de aquella fecha, por lo que no tenían que pagar canon ni merced alguna a la Asociación «La Sarda» y, por lo mismo, ésta no podía repercutir sobre los vecinos del barrio de La Paúl el importe de la contribución rústica, supliendo se dicte sentencia declarando: 1.º) Que *todos* los naturales y vecinos del barrio de La Paúl, entre los que se encontraban los actores, tenían sobre la finca rústica denominada «La Sarda» una serie de derechos de disfrute, que enumeraban (poder pacer con los ganados, roturar terrenos, plantar viñas, etc.); 2.º) Que tales derechos tienen carácter inmemorial y fueron reconocidos en la escritura de concordia de 4 de julio de 1869. 3.º) El carácter gratuito de los aprovechamientos. 4.º) Que la Asociación «La Sarda», actual propietaria de la finca rústica del mismo nombre, no puede repercutir sobre los vecinos del barrio de La Paúl gasto alguno, ni siquiera los impuestos que gravaban la finca. 5.º) Que se declarara la nulidad de las inscripciones registrales que se opusieran a las pretensiones ejercitadas en la presente demanda ordenando su cancelación. 6.º) Que se ordenase la inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos enumerados en el pedimento primero a favor de los actores y demás vecinos y naturales del barrio de La Paúl. 7.º) Que se condenase a la Asociación «La Sarda» a estar y pasar por las anteriores declaraciones y expresamente al pago de las costas del presente juicio.

La Asociación demandada alega carencia de legitimación activa de los actores y contesta diciendo que, en términos generales, salvo algunas diferencias, reconocía desde siempre los derechos que demandaban los actores, siendo el único propósito de éstos al plantear la demanda obtener el pronunciamiento de que no les correspondía pagar la contribución rústica de la parte que disfrutaban, y para que llegase la cuestión al Tribunal Supremo lo habían planteado en unión de la cuestión relativa al reconocimiento de esos derechos, y, en fin, que anteriormente, en varias sentencias de Primera Instancia o de la Audiencia, la Asociación había obtenido sentencia favorable respecto a la posibilidad de repercutir la contribución rústica en otros vecinos.

El Juzgado de Primera Instancia de Huesca dictó sentencia estimando en parte la demanda, declarando que los actores, en su calidad de naturales y vecinos del barrio de La Paúl, tienen sobre la finca los derechos recogidos en la demanda, estimando concretamente los pedimentos primero, segundo y tercero, y desestimando expresamente los pedimentos cuarto, quinto y sexto, antes expuestos.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, ante el recurso de apelación interpuesto por los actores, estima íntegramente la demanda, incluso los pedimentos cuarto, quinto y sexto, revocando parcialmente la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la Asociación demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, estima parcialmente el recurso, en cuanto a la posibilidad de repercutir sobre los actores el pago de la contribución rústica, siendo de destacar la doctrina que resulta de los «considerandos» siguientes:

Considerando que debe sentarse inicialmente que para que exista la infracción que se acusa (incongruencia de la sentencia) «ha de resultar de la parte dispositiva de la sentencia, en relación con los términos de la demanda y contestación...», que es congruente la sentencia si sus declaraciones tienen eficacia jurídica necesaria para que queden resueltos todos los puntos del debate..., y, en suma, que la congruencia ha de entenderse en relación con la demanda y pretensiones deducidas en el pleito, no con los razonamientos alegados ya por las partes, ya por el Tribunal, para fundar el fallo: (según reiterada jurisprudencia que cita)... y partiendo de esta doctrina ha de estimarse que la sentencia objeto del recurso resuelve todas las pretensiones de las partes litigantes, sin que el razonamiento contenido en uno de los considerandos acerca de la calificación jurídica de los derechos que la parte actora pretende (dándoles un parecido a la enfiteusis) haya podido afectar al fallo, ni que con ello haya alterado la «causa *petendi*» (reconocimiento de «derechos de servidumbre») sustituyéndola por otra...».

Considerando que a fin de combatir el pronunciamiento de la sentencia que declara que la Asociación «La Sarda» no puede imponer a los actores, en la cualidad que ostentan, ni repercutirles carga, gravamen o prestación alguna por su disfrute, resolución que rechaza la pretensión de los actores de que se declare que la Asociación demandada no puede repercutir sobre los vecinos del barrio de La Paúl gasto alguno, incluyendo todos los impuestos que gravan la finca «La Sarda», y con el expresado fin se articulan los motivos segundo y tercero, ambos amparados con el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aduciendo el último de éstos que la sentencia infringe, por no aplicación, el principio jurídico de que nadie debe enriquecerse sin causa en perjuicio de otro, principio que sancionan las sentencias de esta Sala que invoca, concurriendo en este caso los elementos precisos para que el mencionado principio deba ser estimado, el de la existencia a favor de

la demandante de un enriquecimiento sin causa, representado por la ventaja patrimonial, que lleva consigo el disfrute total, de una parte, de la finca sin pagar contribuciones ni impuestos que la gravan, y por otra parte, el empobrecimiento de la asociación demandada, al pagar tales contribuciones e impuestos, en cuanto afectan a la parte de finca que dicha entidad no aprovecha, sin que exista causa para tal pago, y habiendo sido acreditados los supuestos fácticos del percibo por los vecinos del barrio de La Paúl, a cuyo favor accionan los demandantes, de la totalidad de los productos de la mencionada parte de «La Sarda», así como el pago por la Asociación demandada de tales contribuciones e impuestos, y la falta de causa que lo justifique, debe estimarse el enriquecimiento sin causa sancionado por la doctrina de esta Sala, que el recurrente acusa, y, por tanto, el vicio denunciado en el motivo que se examina, el cual debe consiguientemente ser estimado.

Considerando que los motivos cuarto y quinto, seguidos por el mismo cauce procesal que los anteriores, combaten aquella parte del fallo de la sentencia recurrida que ordena la cancelación de la inscripción registral de la finca, en cuanto esté en contradicción con los derechos que en la sentencia se declaran, así como ordena la inscripción de éstos, a cuyo fin se denuncian, en el primero de ellos, la violación de los apartados A) y D) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, y en el último, la violación del artículo 13 y la aplicación indebida del artículo 38 del citado texto legal, basándose en el uno en que la inscripción no es imperativa y la aquí ordenada afecta a personas distintas de los demandantes, y en cuanto al último artículo invocado, que establece que los derechos reales, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio y derechos reales para que surtan efectos contra tercero deberán constar en la finca o derecho sobre el que recaen, y ello implica una nueva inscripción en la propia hoja de inmatriculación de la finca, debiendo ser rechazado el primero de los aducidos fundamentos, por cuanto al haber sido desestimada la excepción de falta de legitimación activa de los demandados en el concepto en que actúan, es indudable que la resolución que en tal sentido declara los derechos que se pretenden da lugar a la consecuencia que se insta, por ser inseparable la declaración del derecho y su inscripción en el Registro, que fue oportunamente solicitada, debiendo puntualizarse que lo pedido por los demandantes, y que la sentencia otorga, no es simplemente la cancelación de la inscripción registral, sino en cuanto se oponga a los derechos que ésta reconoce, y por ello no se trata, en suma, sino de impedir que pueda existir contradicción entre la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad y la de los derechos reconocidos sobre dicha finca, razones que conducen a desestimar los dos últimos motivos articulados.

En la segunda sentencia se declara que la Asociación demandada puede repercutir el pago de las contribuciones sobre los vecinos por la parte que disfrutan, siendo de idéntico contenido que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, pues termina diciendo que «se desestiman expresamente los pedimentos contenidos en los apartados cuarto, quinto y sexto del suplico de la demanda...».

COMENTARIO.—Tres cuestiones interesantes plantea esta sentencia: una, de Derecho civil en relación con el Derecho fiscal, a saber, el enriquecimiento sin causa, y las otras dos son de Derecho hipotecario, a saber, la legitimación para solicitar la inscripción (art. 6 de la ley) y la cancelación de la inscripción contradictoria y su alcance (párrafo 2.º del art. 38 de la Ley Hipotecaria).

A) *Enriquecimiento sin causa.*—El Tribunal Supremo ha reconocido reiteradamente como principio general del Derecho el de que nadie puede

enriquecerse injustamente a costa de otro, siendo de destacar las sentencias que cita el recurrente, que la presente confirma, a saber: sentencias de 12 de enero de 1943, 9 de abril de 1949, 28 de octubre de 1950 y 31 de octubre de 1951, a las que pueden añadirse, entre otras muchas, la de 22 de diciembre de 1962 (comentada por DÍEZ PICAZO en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, volumen I, pág. 255).

La presente sentencia tiene como verdadera *ratio decidendi* esta de no admitir el enriquecimiento sin causa, siendo lo específico de la misma la aplicación del principio al supuesto concreto planteado relacionado con la normativa fiscal, lo que revela que la órbita de los principios generales del Derecho puede ser de gran amplitud.

El Tribunal Supremo va destacando los requisitos tradicionalmente exigidos para que se produzca el enriquecimiento sin causa.

El primer requisito consiste en el enriquecimiento de una de las partes, que aquí se concreta en «la ventaja patrimonial que lleva consigo el disfrute total de una parte de la finca sin pagar contribuciones ni impuestos que la gravan». Se trata de un enriquecimiento de carácter negativo, no positivo. «Existe un enriquecimiento negativo—dice DÍEZ PICAZO en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, página 79—en todos aquellos casos en que se evita, en todo o en parte, una disminución del patrimonio, que de otro modo tendría que haber sido producida necesariamente. En este sentido puede decirse que la no realización de un gasto es equivalente a un ingreso.» En el presente caso, la no realización del gasto consiste en no pagar la contribución. Es decir, que a pesar de la expresión utilizada por la sentencia («la ventaja patrimonial por el disfrute sin pagar contribución»), el enriquecimiento no se produce por el disfrute de la finca (enriquecimiento positivo), pues este disfrute obedece a un título jurídico, o sea, a una justa causa, sino por «no pagar la contribución» a pesar del disfrute. Pero, evidentemente, esto es lo que quiere decir la sentencia. Por tanto, puede añadirse este caso de enriquecimiento negativo a los que señala el autor últimamente citado.

El segundo requisito que señala la sentencia es el «empobrecimiento de la Asociación demandada, al pagar tales contribuciones e impuestos, en cuanto afectan a la parte de finca que dicha entidad no aprovecha». Es un empobrecimiento derivado del pago de contribución por una porción de finca que no se disfruta. Por tanto, lo que exceda de la cuota normal exigible, según la ley impositiva, no habría que considerarlo como empobrecimiento a estos efectos. Por ejemplo, si dada la negligencia del sujeto pasivo contribuyente se han producido multas por razón de demora, el empobrecimiento que el pago de éstas ocasiona al sujeto pasivo obedece a una causa imputable al mismo, por lo que no puede decirse que es «sin causa». Pero en el presente caso no consta este extremo.

El tercer requisito viene recogido en la frase «sin que exista causa para tal pago». El recurrente advirtió que aunque los recurridos disfrutaban de la finca a título gratuito, ello sólo podía justificar que no pagasen una renta o canon a la Asociación propietaria, pero no justificaba que no pagasen la contribución al Estado. Efectivamente, el título gratuito puede justificar no pagar una contraprestación a la otra parte por el disfrute de la finca, pero deja a salvo los pagos derivados de otro título o ley. Pero ¿a qué hay que atenerse en casos como éste para saber si existe o no justa causa del enriquecimiento? Aclara DÍEZ PICAZO (*ob. cit.*, pág. 81) que «por justa causa de la atribución patrimonial debe entenderse aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla, lo cual puede ocurrir porque existe un negocio jurídico válido y eficaz entre ellos o porque hay una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia». ¿Existe en el presente caso alguna ley o negocio jurídico

que justifique que no pague la contribución quien se beneficia de la finca? La contestación a esta pregunta se encuentra en el Derecho fiscal, que es el que señala la fundamentación de cada impuesto y el sujeto pasivo contribuyente. El fundamento de la contribución territorial rústica se encuentra precisamente en la renta que se obtiene por el disfrute mediató o inmediato de las fincas, y el sujeto pasivo contribuyente viene señalado por el artículo 16 del texto refundido publicado por Decreto de 23 de julio de 1966. En el presente caso, en base a las pruebas existentes, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que no existe justa causa para que pague la contribución el propietario, y por ello permite «su repercusión sobre los que disfrutaban la finca». El Juez de la jurisdicción civil ordinaria tiene que penetrar, por tanto, en la legislación fiscal para resolver un problema «inter partes». Pero a propósito de esto conviene deslindar lo que es materia civil de lo que es materia fiscal administrativa. La facultad de señalar el «sujeto pasivo contribuyente» frente al Estado corresponde al organismo fiscal competente, pudiendo el contribuyente interponer recurso administrativo, y una vez agotada esta vía, el contencioso-administrativo. Sin embargo, la calificación administrativa no prejuzga que planteada la cuestión «inter partes» pueda llegarse a otro resultado. La posible divergencia se explica por la expiración de los plazos para reclamar frente al Estado, subsistiendo, en cambio, la vía civil «inter partes», o por los distintos documentos o pruebas en que se haya fundado la decisión administrativa y la resolución judicial. En el presente caso, el sujeto pasivo contribuyente frente al Estado era la entidad recurrente y, sin embargo, el Tribunal Supremo, en base a las pruebas existentes, considera injustificado dicho pago, declarando no que los recurridos son los verdaderos sujetos pasivos contribuyentes (pues tal declaración le está vedada por corresponder a la jurisdicción administrativa o contencioso-administrativa), sino que puede repercutirse el pago del impuesto verificado por el sujeto pasivo. No obstante, esta decisión de la «vía civil» puede ser alegada por el interesado en la vía administrativa, al objeto de obtener en el futuro un cambio de calificación del sujeto pasivo, pero no es vinculante, en principio, en dicha vía, sin perjuicio de lo que pudiera estimarse después en un recurso contencioso-administrativo contra el Estado.

Hemos querido relacionar estas cuestiones de Derecho fiscal con el caso ahora planteado para determinar qué es lo que puede resolverse en la jurisdicción ordinaria en materia del requisito de la «justa causa» de la teoría del enriquecimiento injusto.

B) *Legitimación para pedir la inscripción en el Registro: artículo 6 de la Ley Hipotecaria.*—Otra de las cuestiones que plantea la presente sentencia, totalmente distinta de la anterior, está relacionada con el artículo 6 de la Ley Hipotecaria. El recurrente alegó la infracción del citado artículo, pues entre los pedimentos de la demanda había uno (el sexto) en el que se solicitaba que se ordenase la inscripción en el Registro de una serie de derechos a favor de los actores y demás vecinos y naturales del barrio de La Paúl, y sólo habían accionado dos de los vecinos, por lo que se infringía el artículo 6 en sus apartados a) y d), ya que la sentencia ordenaba la inscripción a favor de personas que no habían solicitado la misma (todos los vecinos) ni tenían la representación de los mismos.

Frente a esta alegación, el Tribunal Supremo contesta que debe ser rechazado tal motivo del recurso, «por cuanto al haber sido desestimada la excepción de falta de legitimación activa de los demandantes en el concepto en que actúan, es indudable que la resolución que en tal sentido declara los derechos que se pretenden da lugar a la consecuencia registral que se insta por ser inseparable la declaración del derecho y su inscripción en el Registro, que fue oportunamente solicitada».

Nosotros creemos que tiene razón el Tribunal Supremo al desestimar el motivo del recurrente, pero, en cambio, no compartimos el razonamiento utilizado por la sentencia, pues parece confundir la legitimación procesal con la legitimación en el procedimiento registral, y, por otro lado, no es convincente esa inseparabilidad entre la declaración del derecho y su inscripción en el Registro, sobre todo en un sistema como el nuestro, en que la inscripción no es, en términos generales, ni constitutiva ni obligatoria, lo que indica que puede haber separación entre la declaración del derecho y su inscripción en el Registro. En lo que sí existe inseparabilidad, y quizá quiera referirse a ello el Tribunal Supremo, es entre el *título* declarativo del derecho y su *carácter de inscribible*, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Pero con esto no se contesta a la alegación del recurrente.

En nuestra opinión, para rechazar la argumentación del recurrente basta situar debidamente el ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley Hipotecaria. Este artículo está incluido en el epígrafe «De la forma y efectos de la inscripción», lo que revela que es aplicable únicamente en el procedimiento registral, no en un procedimiento judicial, de donde se desprende que mal cabe alegar en un recurso de casación la infracción del citado artículo, no habiéndose producido todavía ninguna de las etapas del procedimiento registral, que precisamente dará comienzo cuando termine el procedimiento judicial. Es decir, pensamos que el destinatario de la petición de inscripción es el «Registrador de la Propiedad», no el Juez de la jurisdicción contenciosa ni el de la voluntaria, y como en este caso no se ha producido tal petición todavía, no cabe alegar en casación el repetido artículo 6 de la Ley Hipotecaria. Confirma esta interpretación el Reglamento Hipotecario, según se desprende de los artículos 39 y 40, incluidos en el epígrafe «Solicitud de inscripción», que parten de que la solicitud está relacionada con la presentación de los documentos en el Registro, no con ningún otro tipo de solicitud ante el Juez. Eso sí, si el Registrador se negare a extender el asiento de presentación por cualquier motivo infundado (entre los cuales podría figurar una interpretación equivocada del art. 6 de la ley), cabe «acudir en queja al Juez de Primera Instancia» (art. 416 del Reglamento Hipotecario). Pero lo que no está previsto es solicitar la inscripción en el Registro al Juez.

Ahora bien, podría contestarnos el recurrente que lo cierto es que entre los pedimentos de la demanda figuraba uno en el que se pedía al Juez que se ordenase la inscripción en el Registro, y que conforme a aquél, la sentencia de la Audiencia «ordenó la inscripción en el Registro». Pero, a pesar de todo, creemos que esto no cabe en el ámbito del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, pues, en el fondo, de lo que se trata es de pedir que el Juez configure un «título inscribible» de los del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, y el Juez «no puede ordenar al Registrador la inscripción», pues el artículo 136 del Reglamento Hipotecario deja a salvo la calificación registral, y creemos que también tiene independencia para apreciar la existencia o la falta de legitimación de las personas, a que se refiere el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, entre las cuales no figura por ningún lado el Juez, que tampoco es ningún representante de los interesados, a menos que supla la voluntad del declarado en rebeldía. En definitiva, esa supuesta «orden» de inscripción es vinculante para las partes del litigio, pero deja a salvo que ulteriormente, en el procedimiento registral, al plantearse la aplicación del artículo 6 de la ley, el Registrador pueda apreciar que no solicitan la inscripción todos los interesados. No obstante, en la práctica, hay una actitud benévola en la aplicación del artículo 6 de la citada ley, a lo que invita el propio artículo 39 del Reglamento Hipotecario; pero todo ello no obsta a que si el Registrador tiene un fundado motivo para pensar que uno de los interesados que no ha intervenido en

el pleito, pero en cuyo favor se ha declarado el derecho, no desea obtener la inscripción, exija la solicitud correspondiente, a pesar del mandamiento que pudiera haberse expedido en trámites de ejecución de sentencia.

Incluso es improcedente la alegación del recurrente teniendo en cuenta también que en el presente caso no se hace una declaración de derechos a favor de todos los vecinos, sino a favor de «los demandantes, como vecinos y naturales», lo cual implica, en principio, que no todos los vecinos van a resultar titulares registrales de la finca, sino sólo los demandantes.

C) *Alcance de la cancelación de la inscripción contradictoria.*—Esta es la tercera cuestión que nos habíamos propuesto analizar en el comentario.

En relación con ella, el recurrente estima que es improcedente que se declare la cancelación de su inscripción de dominio en cuanto sea contradictoria con la inscripción del derecho real discutido en el pleito, por no existir ninguna contradicción entre una y otra inscripción, ya que precisamente la inscripción de dominio servirá de base para que se pueda inscribir la inscripción del derecho real a continuación de aquélla (conforme al art. 13 de la Ley Hipotecaria), siendo absurdo ordenar su cancelación ni siquiera parcialmente.

El Tribunal Supremo, en cambio, en su primera sentencia, defiende la tesis de la Audiencia, desestimando el motivo del recurrente, porque «lo pedido por los demandantes y que la sentencia otorga no es simplemente la cancelación de la inscripción registral, sino en cuanto se oponga a los derechos que ésta reconoce, y por ello no se trata, en suma, sino de impedir que pueda existir contradicción entre la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad y la de los derechos reconocidos sobre la finca».

Nos parece algo «enigmática» esta declaración del Tribunal Supremo, a pesar de aparente claridad, sobre todo si se la relaciona con la tesis mantenida en la segunda sentencia, en que se desestima el pedimento quinto (así como el sexto) de la demanda, lo que supone no admitir la cancelación de la inscripción del recurrente, en contra de lo patrocinado por la primera sentencia.

Esta discordancia entre la primera y la segunda sentencia no acertamos a explicárnosla, y ello hace que, en definitiva, no sepamos qué pasará en trámites de ejecución de sentencia respecto a la suerte de la inscripción de dominio.

Exponemos a continuación nuestra opinión acerca de esta cuestión. Aunque, en principio, parece que se trata de un caso claro de compatibilidad de inscripciones (de dominio y de derecho real), como sostiene el recurrente, sin embargo, si se examina el problema con más minuciosidad, se podrá observar que existe cierta incompatibilidad entre una y otra inscripción. Si el derecho real de servidumbre declarado en el pleito tuviera su procedencia o reconocimiento en el dueño que figura en la inscripción de dominio precedente, entonces podría decirse que ambas inscripciones son compatibles por ser sucesivas en el tiempo. Pero en el presente caso, la declaración del derecho real se hace con efectos desde tiempo inmemorial, es decir, con anterioridad al tiempo en que se extendió la inscripción de dominio, y en base a una escritura de reconocimiento de aquel derecho en el año 1869, en la que fue titular reconocedor de la servidumbre un titular registral anterior al último vigente. Y entonces queda más clara la incompatibilidad de una inscripción de dominio, que publica el derecho como libre de cargas en un tiempo concreto, y una posterior inscripción de derecho real, que grava aquél desde tiempo «inmemorial», en base a un reconocimiento de un titular anterior al último. Ello supone que habrá que hacer una rectificación en la última inscripción de dominio,

por lo menos en cuanto al extremo de libertad de cargas, suprimiendo tal libertad no ya sólo «a partir de la nueva inscripción del derecho real», sino «desde antes» («desde que nació la anterior inscripción de dominio»). Con esa supresión se producirá un hueco, que dará paso a un «puente de unión» entre el antiguo titular registral, que reconoció la servidumbre, y el titular de ésta, a través de la inscripción de dominio, que figuraba como libre de cargas, por no ser posible la «mención» en nuestro sistema vigente (25). Si no fuera por esta «brecha» que hay que abrir en la última inscripción, parece que no sería posible practicar las inscripciones con el adecuado tracto sucesivo.

Lo dicho sobre la incompatibilidad se confirma con el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, del que se desprende que no pudo llegar a inscribirse la servidumbre anteriormente constituida por quien ya no es titular registral del dominio, debido a que tuvo acceso al Registro el título de transmisión de dominio a favor de otra persona antes que tuviera acceso el título constitutivo de la servidumbre.

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. INTERPRETACION DEL ARTICULO 541 EN RELACION CON EL 582 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1972).

Hechos.—Una sociedad mercantil estaba construyendo una nave industrial sobre un terreno de su propiedad, al que se le había agregado una porción de superficie procedente de la finca colindante, sobre la que miraba una terraza construida en dicha finca colindante. Como el actual propietario de la terraza había conseguido la paralización de las obras de construcción de la nave industrial, en virtud de un interdicto de obra nueva, la entidad mercantil deduce la correspondiente demanda suplicando se dicte sentencia declarando inexistente todo derecho de servidumbre de luces y vistas sobre su finca a través de la terraza colindante y, asimismo, declarando el derecho que asiste a la parte actora para continuar las referidas obras de construcción de la nave industrial. La parte demandada contestó a la demanda oponiéndose y formulando reconvencción, al objeto de que continúe la suspensión de aquellas obras.

El Juzgado de Primera Instancia de Lugo dictó sentencia, en la que estimando en parte, y en parte desestimando la demanda y la reconvencción, declaró que la entidad demandante tiene derecho a continuar las obras de construcción de la nave, con la obligación de que, a partir del nivel del suelo de la terraza del demandado, aquella construcción ha de quedar a una distancia no inferior a tres metros, debiendo ser demolida en aquellos puntos en que esa distancia no haya sido respetada.

(25) A propósito de esto, creemos que si se hubiera permitido el acceso al Registro a través de las "menciones" de los títulos de constitución de derechos reales anteriores al título inscrito, se evitarían estos problemas de incompatibilidad que pueden llegar a ser casi insolubles a pesar de que preste su colaboración el propio dueño gravado por tales derechos reales, pues no podrán tener acceso al Registro si no es a través de una escritura posterior de reconocimiento (con los consiguientes gastos) o por la vía judicial. Por eso, creemos que tiene razón ROCA SASTRE cuando dice (en la 5.ª edición de su *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 410) "hubiera sido preferible no adoptar un criterio tan fulminantemente abolutivo como el instaurado y, en su lugar, permitir la mención, si bien manteniendo su vida puramente vegetativa por un breve plazo". Por cierto, añadimos nosotros, que por ningún artículo de la Ley Hipotecaria aparece la prohibición de acceso al Registro de las menciones, pues los artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria, que prevén, respectivamente, su alcance y su cancelación fácil a instancia de parte, lo que hacen es presuponer que tienen acceso al Registro, y no hay por qué pensar que el legislador previó su acceso por error, ya que no hay disposición prohibitiva. Ha sido el Reglamento Hipotecario, en el artículo 51, regla 7.ª, y en el artículo 355 (al prever cierta actuación de oficio en la cancelación de las menciones), el que ha sentado la tesis absolutamente prohibitiva.

Apelada la anterior resolución por la representación de la parte actora, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la sentencia del Juzgado.

La entidad demandante interpone recurso de casación alegando fundamentalmente la inaplicación del artículo 582 y la aplicación indebida del artículo 541 ambos del Código civil, ya que en el presente caso litigioso no existen dos fincas de la misma propiedad, pues la colindante era de la pertenencia del causante del recurrente. Es decir, sólo existía una finca, y sobre ella su dueño construyó unos signos aparentes, dentro de su propio y escaso terreno, es cierto, pero a distancia inferior del predio colindante de la establecida por la ley, que se refiere a dos metros.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara haber lugar al recurso, casando la sentencia de la Audiencia, por los siguientes fundamentos de la primera sentencia rescidente:

«Considerando que la cuestión debatida en el juicio, y hoy en el recurso, no es la del posible derecho del actor a tener o no vistas sobre la terraza ajena, sino que se contrae a determinar si el propietario de la terraza ajena al piso primero izquierda de la casa antes referida tiene o no derecho, tomando su terraza como predio dominante, a una servidumbre de luces y vistas sobre el predio vecino, que ha de soportar el actor, para decidir lo cual hay que analizar, descartada la posibilidad de la prescripción por lo reciente de la construcción, el título en virtud del cual se constituyó la servidumbre, si es que lo fue, y la posibilidad de constituir la sobre la faja de terreno no edificada o 'patio', de propiedad exclusiva del dueño del piso bajo, ubicada en la parte posterior de la finca, que tiene una extensión, según el considerando tercero de la instancia, de 90,49 metros cuadrados, y que medida en diligencia acordada para mejor proveer por la Audiencia, tiene en su parte media, límite entre la terraza del vecino que se allanó y la del recurrido, sólo 1,75 metros.»

«Considerando que la única alusión al título constitutivo de la llamada servidumbre de luces y vistas sobre el predio del actor la encontramos en el considerando tercero de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, al cual se remite en su totalidad la sentencia de segundo grado, en cuyo apartado séptimo da como título constitutivo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, el signo aparente creado por quien hizo la construcción y luego la escritura de división material, que limitó las terrazas con un murete de sólo un metro, constituyéndola de hecho, según la Instancia, sobre la parte de solar no edificado, que sobresa de la fachada posterior de la finca, parte a la que llama repetidamente la sentencia 'patio', no de propiedad comunal, sino perteneciente al piso bajo; pero al razonar de esta forma olvida la Instancia que para que pueda darse como constituida la servidumbre aparente entre dos predios pertenecientes al mismo propietario y para que continúe, salvo pacto en contrario, al ser vendido cualquiera de ellos, no basta con que exista el signo aparente, sino que es necesario que el predio sirviente reúna las condiciones necesarias para poder soportarla íntegramente; en el caso presente, que hubiera tenido, al menos, la anchura mínima suficiente (arts. 582 y 585 del Código civil), para que el gravamen no hubiera afectado a la propiedad ajena colindante, y como a partir de la vertical del voladizo, terraza, la anchura media del 'patio' posterior, que hubiera de soportar las vistas, tiene sólo 1,75 metros, el dueño de ambos fundos no pudo, por sí y ante sí, sin invadir la propiedad del vecino, constituir la servidumbre, que la sentencia, con apoyo en el artículo 541 del Código civil, da por establecida.»

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo, en la presente sentencia, precisa un aspecto del artículo 541 del Código civil que no había tenido ocasión de señalar hasta la fecha, que nosotros sepamos, por lo cual todavía no se ha formado doctrina legal sobre tal aspecto, que ahora expondremos, dado que se requiere para ello una reiteración de sentencias (dos, al menos). Como falta esta pluralidad de decisiones, conviene actuar todavía con cautela a la hora de recoger la verdadera *ratio decidendi* del presente fallo y de predecir su viabilidad como futura doctrina legal.

Se trata de un caso en que el propietario de una finca había creado un signo aparente de vistas (una terraza) (26) sobre una pequeña franja de terreno de la propia finca (cuya franja era de anchura inferior a dos metros). El problema se plantea al segregarse la citada franja y venderse al propietario de la finca colindante, que la agrega a su finca, y consiste en determinar si es aplicable al caso el artículo 541 del Código civil y si, por tanto, se ha producido la constitución de una servidumbre de vistas sobre la franja de terreno de anchura inferior a dos metros, que antes perteneció a la finca en que se levantaba la terraza, y ahora, a la finca colindante por agregación. Caben tres posibles criterios hipotéticos, y la presente sentencia sigue el tercero de los que exponemos a continuación:

Primer criterio.—Entender que ha quedado constituida, al separarse la franja de terreno de anchura inferior a dos metros, una servidumbre de vistas, conforme al artículo 541 del Código civil, pero con el contenido legal del artículo 585 del Código civil (27), es decir, con la secuela de que el colindante que adquiere la franja no podría edificar a menos de tres metros de la terraza del vecino. Esta postura es la del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia. Pero resulta evidente que no puede admitirse esta tesis, pues entonces se constituye una servidumbre no sólo respecto a la franja de terreno, sino también sobre una zona de la finca colindante (hasta completar los tres metros), a pesar de no haber consentido tal servidumbre el dueño de esta última. Hay que observar que el artículo 541 del Código civil exige, como presupuesto para la constitución de la servidumbre que exista un «signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas», y resulta que en este caso, en cuanto a la franja de anchura inferior a dos metros, si se cumple el requisito, ya que su propietario anterior era el que levantó la terraza, pero en cuanto a lo que excede de la anchura de la franja hasta completar la distancia de tres metros, establecida en el artículo 585 como contenido negativo de la servidumbre de luces y vistas, se produce un gravamen no establecido por el propietario que creó el signo aparente.

Por tanto, esta tesis es inadmisibles, y una de dos: o se estima que no cabe aplicar al caso el límite del artículo 585 del Código civil, o se estima que no cabe aplicar el artículo 541 del propio Código. Respectivamente, patrocinan estas soluciones la segunda y tercera tesis.

Segundo criterio.—Consiste en entender que ha quedado constituida una servidumbre de vistas, conforme al artículo 541 del Código civil, pero no con el contenido concreto establecido por el artículo 585, sino con el contenido que permita exclusivamente la dimensión del predio sirviente, que se forma por segregación y venta. En el presente caso, como el predio sirviente (la franja segregada) tenía una anchura de 1,75 metros, según

(26) Como dice MANUEL GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, "a las ventanas, balcones o voladizos" hay que asimilar, a efectos de servidumbre de vistas, "las terrazas o todo aquello que su construcción permita, en uso normal, el poder mirar" (*Manual de Servidumbres*, pág. 286).

(27) El artículo 585 del Código dice así: "Cuando por cualquier título se hubiere adquirido derecho a tener vistas directas, balcones o miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 583."

esta solución, la servidumbre quedaría constituida, por un lado, desde el punto de vista del contenido *positivo*, como una servidumbre de vistas, siempre que el titular de la parte en que queda el signo aparente (la terraza) retire éste de modo que sólo sufra un gravamen de vistas y de poder mirar a través de ellas la franja segregada, para lo cual debe retirar la terraza 0,25 metros más hacia dentro, y así quedará a la distancia de dos metros de la finca colindante, y, por otro lado, desde el punto de vista del contenido *negativo*, como una servidumbre que prohibiría edificar únicamente en la zona comprendida en dicha franja de terreno, que antes pertenecía a la finca en que está el signo aparente, es decir, la prohibición de edificar sólo se refería a la distancia de 1,75 metros, que es la ocupada por la repetida franja, y no a la de tres metros, ya que entonces quedaría gravada una finca sin consentimiento de su dueño.

Se producen algunos obstáculos para que pueda ser admitido este criterio. El primer obstáculo, desde el punto de vista del *contenido positivo* (28) de la servidumbre (que se concreta en la facultad de tener ventanas balcones o terrazas y en la de mirar a través de ellos sobre el fundo ajeno a menos de dos metros de distancia), es que si se admite esta tesis y la idea de retirar la construcción de la terraza, antes expuesta, se va contra el fundamento del artículo 541 del Código, que se refiere a la continuación de la situación de hecho anteriormente existente, pues dice que el signo *existente* se considerará «como título para que la servidumbre *continúe* activa y pasivamente». Por lo cual, parece que se va contra el criterio legal si se prevé la creación de una servidumbre aun cambiando la situación de hecho por la necesidad de adaptarse a la anchura de la parte afectada y a las distancias previstas en el artículo 582 del Código civil. Por otra parte, desde el punto de vista del contenido negativo, se produce el obstáculo del artículo 585 del Código, que establece una distancia de tres metros de prohibición de edificar, y resulta que con el criterio apuntado, la prohibición de edificar queda reducida a 1,75 metros, según hemos visto. No obstante, creemos que este segundo obstáculo podría ser superado a base de una adecuada interpretación del artículo 585 del Código civil (después insistiremos sobre tal interpretación), pero no así el primer obstáculo, que afecta al aspecto positivo de la servidumbre, pues la idea de variar la situación de hecho del signo aparente va contra la de continuidad, que revela el artículo 541.

Por ello, tampoco aceptamos esta tesis y pasamos al examen del tercer criterio.

Tercer criterio.—Es el que ofrece la presente sentencia en el caso concreto planteado, y consiste en no aplicar el artículo 541 del Código civil en dicho supuesto, casando la sentencia apelada y permitiendo que el

(28) A lo largo del comentario exponemos la idea de existir un contenido positivo y otro negativo en la servidumbre de vistas, resolviendo así la discusión acerca del carácter de dichas servidumbres, muy discutido y discutible. Parece evidente que la posibilidad de mirar a través de unas ventanas abiertas sobre fundo ajeno y la propia apertura de las mismas (por esa posibilidad de mirar precisamente) no reflejan una simple tolerancia, sino un gravamen *POSITIVO*, y la prueba es que cuando el titular del predio afectado pretende judicialmente el cierre de las ventanas ejerciera la acción negatoria de servidumbres (y ello aun sin pretender edificar ni plantear ningún problema negativo de que le impiden edificar, etc.) (En favor del carácter positivo de la servidumbre de luces y vistas, ver, por ejemplo, GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, entre otros, páginas 276, 294, 295, 299, *ob. cit.*) Al lado de ese contenido positivo, la ley prevé también el contenido negativo (la prohibición de edificar para el predio sirviente), y por eso en el comentario aludimos al contenido positivo de la servidumbre, que consiste en un "hacer" (mirar a través de las ventanas y abrirlas previamente) y al mismo tiempo al contenido negativo de la misma, que consiste en un "prohibir" (prohibir la edificación), lo cual, correlativamente, implica para el predio sirviente un "dejar hacer" y una "prohibición", según se trate, respectivamente, del aspecto positivo o del negativo. Mantenemos, pues, una tesis mixta en el sentido no de que la servidumbre de luces y vistas es unas veces positiva y otras negativa, sino que, dada la regulación del Código y su naturaleza, es simultáneamente positiva y negativa, sin que ello sea contradictorio, pues en un aspecto es positiva y en otro negativa (tesis mixta del doble contenido).

titular colindante edifique dentro de su finca (y, por tanto, también en la franja agregada) sin sujetarse a ninguna distancia del predio vecino, dado que no se produce ninguna servidumbre.

Nosotros aceptamos esta tesis de la sentencia, pero creemos que la *ratio* que debe inspirar esta tesis de no entender aplicable el artículo 541 ha de ser más bien el principio de que la servidumbre que prevé dicho artículo no puede invadir o afectar a otra propiedad ajena colindante. En la sentencia que estamos comentando se lee claramente esta *ratio decidendi* cuando dice en el «considerando» cuarto: «que el gravamen no hubiera afectado a la propiedad ajena colindante» y «que el dueño de ambos fundos no pudo por sí y ante sí, sin invadir la propiedad del vecino, constituir la servidumbre que la sentencia (la apelada), con apoyo en el artículo 541 del Código civil, da por establecida».

Sin embargo, en el mismo «considerando» se utilizan también otras expresiones, que si se separan de las frases que acabamos de exponer, podrían inducir a pensar que la *ratio* de la sentencia se basa más bien en la necesidad de que el predio sirviente ha de reunir determinadas dimensiones mínimas, prescindiendo de si afecta o no al propietario colindante. Queremos salir al paso de esta posible interpretación (*), ya que de la sentencia se desprende que cuando dice que el predio sirviente debe reunir las condiciones necesarias para poder soportar la servidumbre íntegramente y ha de tener la anchura mínima suficiente de los artículos 582 y 585 del Código civil, no alude a ello en sentido abstracto, como un requisito de esencia del predio objetivamente considerado, sino que se señala con el propósito o finalidad de llevar a la idea de que no ha de quedar afectado el predio colindante, pues lo normal es que con tales dimensiones, inferiores a los artículos 582 y 585, quede afectado el citado predio. Prueba de este propósito es que enlaza esta indicación con la que hemos considerado frase decisiva por medio de las partículas de tono final: «Para que el gravamen no hubiera afectado a la propiedad ajena colindante.» Por otro lado, desde el punto de vista del texto del artículo 541 del Código civil, es más lógico pensar que la *ratio* de su exclusión no está en la dimensión de las fincas, sino en la imposibilidad de que queden afectadas otras distintas a las que pertenecían al propietario creador del «signo aparente», puesto que ni dicho artículo ni ningún otro exige que el predio sirviente tenga determinadas dimensiones, sino que lo único que exige es que el signo ha de crearse por el propietario de «ambas» fincas (es decir, no respecto a otras ajenas no pertenecientes al mismo).

Con estas apreciaciones estamos acotando el ámbito de esta sentencia en relación con las peculiaridades del caso debatido. De modo que no le será lícito al intérprete o al juzgador, según mi opinión, aplicar la teoría de la presente sentencia a un caso de diferente matiz.

Ejemplo: Supongamos que el propietario de una finca creó un signo aparente de servidumbre dentro de su finca, sin afectar ni invadir la propiedad ajena colindante (las ventanas o terrazas quedaban a tres metros de distancia), y que luego segrega y vende una franja de terreno de 1,75 metros de anchura de su propia finca al vecino, el cual la agrega a la de su propiedad. En tal caso, nos preguntamos: ¿Podrá el vecino colindante, que con la agregación queda a una distancia inferior a dos metros de la ventana o terraza, exigir que la cierre o retire? Nosotros creemos que no, porque entonces tiene plena aplicación el artículo 541 del Código civil. Y se observará que la franja segregada era de dimensiones inferiores a las previstas en los artículos 582 (dos metros) y 585 (tres metros) del Código civil; mas a pesar de esas dimensiones, como la

(*) Responde a esta interpretación la nota de JOSÉ BONET CORREA a esta sentencia en *Anuario de Derecho Civil*, vol. II, de 1973 (pág. 668). Este volumen se ha publicado estando en pruebas de imprenta el presente comentario.

servidumbre, constituida al amparo del artículo 541, no afecta a la finca colindante (fuera de la franja agregada), ya que la terraza recaería, en parte, sobre la propia finca y, en parte, sobre la franja agregada, pero no a menos de tres metros sobre la originaria finca colindante (antes de la agregación), hay que concluir que debe admitirse tal servidumbre. Y que no se alegue en contra de nuestro criterio para este supuesto la sentencia que estamos comentando, diciendo que exige unas dimensiones mínimas de la franja segregada para que pueda aplicarse el artículo 541, pues contestaríamos lo dicho más arriba, es decir, que si las exige es con la finalidad esencial de que no quede afectado el predio colindante, y en el supuesto imaginado no queda afectado.

Otro ejemplo: Detrás de la franja inferior a los dos metros (sobre la que caen las ventanas del resto de la finca) existe una vía pública. Quien adquiera esa franja, previa su segregación de la finca matriz en que existen las ventanas, deberá soportar el gravamen que éstas suponen, conforme a lo dispuesto en el artículo 541, sin que quepa tampoco traer a colación la presente sentencia, por la razón que se ha dicho antes.

Otro caso que merece la pena resaltar es aquel en el que la franja objeto de examen es de anchura superior a dos metros, pero inferior a tres metros. En tal supuesto se observa que es apta para cubrir la distancia del artículo 582 (dos metros), pero no la del artículo 585 (tres metros). ¿Podría entenderse constituida la servidumbre sobre dicha franja en base al artículo 541? Ofrece algunas dudas comparándolo con el caso que comentamos. Por un lado, podría pensarse que, desde el punto de vista *positivo* (el gravamen que suponen las ventanas en sí), no queda afectada la finca colindante, pues el resto de finca en que imaginamos están las ventanas queda a más de dos metros de dicha finca colindante, y el artículo 582 permite abrir las ventanas *a sensu contrario*, a dos metros de distancia. Pero, por otro lado, desde el punto de vista del contenido *negativo*, que habría que dar a la servidumbre, conforme al artículo 585, podría pensarse que como la servidumbre de luces lleva consigo la prohibición de edificar para el predio colindante a menos de tres metros de distancia, en el presente caso quedaría afectado tal predio sin haber intervenido ni consentido la constitución de la servidumbre.

Esta divergencia entre el contenido positivo y el negativo no se plantea en la presente sentencia, ya que al ser la franja de una anchura de 1,75 metros no da la distancia del artículo 582 y, por tanto, tampoco la del artículo 585. El problema últimamente apuntado sólo se plantea en un caso en que la anchura de la franja sea superior a dos metros e inferior a tres. Entonces tampoco se podrá alegar esta sentencia, sencillamente porque no se refiere a un caso análogo, sino esencialmente distinto. Y es que en esta sentencia que comentamos, la imposibilidad de existencia de la servidumbre es evidente desde el punto de vista de su contenido positivo, por lo que no hay necesidad de plantear la cuestión desde el punto de vista negativo, que, según el artículo 585, es secuela del positivo; en cambio, en el caso últimamente expuesto, el aspecto positivo de la servidumbre tendría plena viabilidad y sólo se plantearía el problema del contenido negativo en el sentido de si cabría reducir el tope de tres metros de prohibición de edificar con objeto de acomodarlo al contenido positivo, que en el supuesto imaginado tenía un alcance inferior a tres metros. Esto ya depende de la interpretación que se dé al citado artículo 585, que establece la distancia de tres metros. Personalmente, creo que cabe que se establezca por voluntad de las partes un contenido negativo (prohibición de edificar) de menor alcance que el establecido en dicho artículo, que sólo debe operar a falta de estipulación al respecto al constituir la servidumbre. Y si esto se admite, parece que no hay inconveniente en que la servidumbre del artículo 541 quede establecida, en base a la fuerza

de la situación de hecho, a menos de tres metros de la finca colindante, pues hemos partido de que la distancia del artículo 585 no es imperativa. Incluso dentro del propio campo de aplicación del artículo 585 se observa que dice que «el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros», y en el caso que hemos supuesto, el predio sirviente es la franja que se agrega al colindante, y entonces, aun permitiendo que edifique en su predio (en la parte que no es predio sirviente por no proceder por segregación del que tiene el signo aparente) a menor distancia de tres metros, se cumple en todo caso el citado artículo, en el sentido de que «el dueño del predio sirviente (en la parte en que dicho predio es sirviente, es decir, en la franja de terreno de 2,50 metros) no puede edificar a menos de tres metros» (que es tanto como decir, por la fuerza de los hechos, que no puede edificar en el mismo por ser inferior a tres metros), pero puede edificar a menos de tres metros siempre que no lo haga en el «predio sirviente» (es decir, en la franja agregada).

Frente a lo que acabamos de decir, reconocemos que la presente sentencia alberga en un mismo paréntesis a los artículos 582 y 585, como si exigiera que el predio sirviente cubriera las distancias de los dos artículos. Pero no es obstáculo a nuestra tesis si se piensa que la cita conjunta de esos dos artículos viene a cuento en el caso debatido en la sentencia, porque se trataba de una franja de anchura inferior a dos metros (y entonces son aplicables ambos artículos). Pero si contemplamos un caso de franja de 2,50 metros, ya no hay la misma razón para aludir al artículo 582 como impeditivo de la servidumbre, y tampoco al artículo 585, si se interpreta en la forma que hemos indicado.

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

INDEMNIZACION POR CAUSA DE MUERTE. LEGITIMACION DE LOS PARIENTES ALLEGADOS PARA RECLAMARLA. FIJACION DE LA CUOTA A SATISFACER EN CASO DE MULTIPLES RESPONSABLES (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1972).

Los hermanos Luis y Francisco Núñez Giraut, de once y nueve años de edad, respectivamente, fallecieron electrocutados por un cable de conducción de energía eléctrica situado en una finca propiedad de los demandados; un tercer hermano, José, de ocho años, víctima también de la electrocución, logró sobrevivir, si bien quedándole amputaciones y otras lesiones en la mano derecha. La madre de los niños (por fallecimiento del padre, acaecido a poco más de un mes del de los hijos), y en vista del sobreseimiento del sumario abierto para investigar el accidente, reclama civilmente a los propietarios de la finca 800.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios. En la demanda, la actora decía actuar en su nombre y en el de sus restantes hijos, todos menores (pues tenía cuatro más, aparte del sobreviviente), pero no acreditaba su condición de heredera de las víctimas fallecidas, ni la que de herederos del otro heredero (el padre) concurría en sus demás hijos. Excepcionase en la contestación falta de legitimación activa, por lo que la demandante solicita en el escrito de réplica que se declaren aquellas condiciones de heredero abintestato no acreditadas. Primera Instancia y la Audiencia, previas las declaraciones instadas en la réplica, estiman en parte la demanda, al conceder una indemnización de 460.000 pesetas, que debían pagar por quintas partes los propietarios de la finca del siniestro, pese a que no era ésa la proporción en que detentaban aquélla. Los demandados recurren en casación alegan-

do, entre otros motivos: *a)* incongruencia, y *b)* infracción del artículo 1.902, por estimar mal distribuida la responsabilidad. Sólo el primero es aceptado por el Supremo, pero su rectificación no afecta al percibo de la indemnización, sino a las declaraciones de heredero, pretendidas en la contestación.

Considerando que si por incongruente ha de tenerse la sentencia cuya parte dispositiva no se ajusta o es disconforme con las que fueron pretensiones de las partes litigantes en autos, oportunamente deducidas como *petitum* de la demanda, ya que como excepción o reconvención, que juntamente con las respectivas oposiciones, las delimitan o acotan, constituyendo lo que ha de ser objeto de proceso, pretensiones y excepciones, que pueden ampliarse, adicionarse o modificarse en los correspondientes escritos de réplica y dúplica, pero siempre que no se altere el que es objeto principal del pleito, puesto que con la demanda y contestación quedó trabada la litis, y con ello, los términos de debate, ejercitándose por la parte actora la acción derivada de la culpa extracontractual o aquiliana, a que se refiere el artículo 1.902 del Código civil, para que se condene a los demandados a pagar la cantidad en que se estimen los daños y perjuicios sufridos por la muerte de sus hijos y las amputaciones y lesiones de otro de ellos, a causa de una corriente o descarga eléctrica al rozar unos cables existentes en la finca propiedad de los demandados y recurrentes, petición que, en orden a quien deba pagarse, lo hace en forma alternativa, esto es, bien a la actora por sí y como legal representante de sus hijos menores de edad, ya como legal representante del hijo menor lesionado y en favor de los herederos de los hijos muertos, y por el posterior fallecimiento del padre y marido de la actora, a los herederos de éste, según el suplico, en el que literalmente se dice: «Cuya condición de herederos presuntos ostenta mi representada por sí y en nombre de sus hijos, y cuya cualidad de herederos declarados se acreditará durante la ejecución de sentencia», y excepcionándose por los demandados, aparte de otras y la oposición al fondo de la cuestión, la falta de legitimación activa, al no acreditar la parte demandante ser heredera de sus hijos fallecidos, ni aportar el auto de declaración de herederos de su legítimo marido, quedó perfectamente determinada la acción y excepciones fundamentales del pleito, motivando la indicada el que se solicitase en el escrito de réplica «que el *petitum* de la demanda fuera adicionado o, en su caso, ampliado, en los términos que se reproducen: se declare en la misma sentencia o en auto aparte herederos abintestato de los hijos fallecidos, don Luis Núñez Giraut y don Francisco Núñez Giraut, a sus padres, doña Josefa Giraut Bordoll y don Juan Núñez Pollerola, por partes iguales, y, a su vez, del padre fallecido, don Juan Núñez Pollerola, a sus hijos, doña Juanita, doña Pilar, don José, don Ramón y don Jorge Núñez Giraut», petición combatida por los demandados en su escrito de dúplica; que no solamente con tal petición se variaron los términos esenciales del debate, sino que se introduce en la litis una nueva acción, de la que se deriva la expresada petición, la que, es obvio, en forma alguna encaja en los términos del párrafo segundo del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por tanto, al resolver el Tribunal de Instancia en su sentencia, de conformidad a tan extemporánea como improcedente pretensión, dados los términos en que quedó trabada la litis, y, consecuentemente, al declarar «a la demandante y a su fallecido esposo, don Juan Núñez Pollerola, herederos abintestato de sus difuntos hijos menores, Luis y Francisco Manuel Núñez Giraut, así como a los también menores representados por su madre, la actora, herederos abintestato de su mentado padre, don Juan Núñez Pollerola», incurrió en el vicio de incongruencia, del que se le acusa en el motivo cuarto del recurso, que por ello ha de ser estimado, si bien no afectando dicha incongruencia sino al extremo final del fallo, al que se ha hecho expresa

referencia, sin vinculación alguna al resto de los pronunciamientos, al ser desestimada dicha excepción por motivos ajenos a la previa declaración de herederos, de la que no se hace depender, solamente en este particular debe ser invalidada, lo que obliga al examen de los demás motivos del recurso...

Considerando que por el motivo quinto del recurso se trata de atacar a la recurrida sentencia, en cuanto condenó a los demandados a pagar a la actora, en el concepto en que comparece, la cantidad de 460.000 pesetas «en la parte proporcional de una quinta parte cada uno», estimando mal distribuida la responsabilidad, porque el reparto por igual sólo sería procedente cuanto todas ellas fueran condueñas o titulares por partes iguales y en la misma proporción de la finca en que el accidente se produjo, para lo que se aduce la aplicación indebida del artículo 1.902 del Código civil; mas teniendo en cuenta que dicho artículo se limita a establecer la responsabilidad civil del que por acción u omisión causa un daño a otro interviniendo culpa o negligencia y la correspondiente obligación de reparar el daño causado, la forma en que el juzgador haya distribuido entre los demandados el pago correspondiente a tal obligación es extraña al mencionado artículo, sin que por ello, en este particular, pueda decirse que ha sido indebidamente aplicado, lo que hace que decaiga el mencionado motivo, último de los del recurso.

Pese a sus defectos de transcripción, resulta interesante esta sentencia, porque afronta dos aspectos de sumo interés en la responsabilidad aquiliana por causa de muerte.

De una parte, al atribuir la indemnización, sin anudarla a la correspondiente condición de heredero, cabe pensar, aunque no lo dice, o que la concede por las lesiones sufridas por uno de los actores, lo que sería desproporcionado, o que aquélla está, además, reparando unos perjuicios propios de los demandantes; perjuicios que no son, pues, los experimentados por las víctimas («dolor psicofísico» que sufren éstas al morir), ya que la indemnización de los mismos corresponde a los herederos y los actores no han demostrado serlo, sino los perjuicios acaecidos en la persona de la madre y los hermanos por la pérdida de dos miembros de la familia. Tales daños, por otra parte, parece que son exclusivamente morales o sentimentales, mas no económicos, en razón a que los hijos no suponían, por su corta edad, ninguna fuente de ingresos para la casa, ni parece que quepa considerarlos como una «inversión» truncada o una riqueza en potencia impedida de transformarse en acto, porque lo primero repugna a las convicciones imperantes y lo segundo no sería un daño actual de los que la jurisprudencia exige para que opere el artículo 1.902. En definitiva, pues, la indemnización acordada por el Supremo parece que resarce, por una parte, las lesiones corporales de uno de los actores y, por otra, el dolor «de afección» experimentado por los familiares de las víctimas, que no han demostrado su condición de herederos de aquéllas. En este sentido, el presente fallo se sitúa en la línea marcada por la fundamental sentencia de 17 de febrero de 1956 (29) y otras posteriores (25 de febrero de 1963 y 25 de mayo de 1966), pero incidiendo en el defecto común a todas ellas, y ya destacado por FEDERICO DE CASTRO (30), de presumir el daño, indemostrado a lo largo del proceso.

La segunda faceta interesante de esta sentencia la constituye la manera como reparte la responsabilidad. Aunque los demandados eran condueños del edificio, por cuotas diversas entre sí, la obligación de resarcir se fracciona en cinco partes, tantas cuantos responsables. Ello evidencia, de una parte, que esta sentencia parece alinearse entre las que sostienen el ca-

(29) Sentencia muy agudamente comentada por Díez PICAZO, Luis *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, tomo I, Madrid, Tecnos, 1966, págs. 663 a 672.

(30) *La indemnización por causa de muerte*, A. D. C. 1956, págs. 449 y ss.

rácter mancomunado y no solidario de la obligación surgida del ilícito civil (31) y, de otra, que la misma, en un sistema subjetivista de responsabilidad, todavía imperante entre nosotros, está en función del grado de culpa o negligencia de los responsables y no de ningún otro criterio «extraño», en palabras del Supremo. Es decir, que la indemnización no es una carga de la comunidad, que debe distribuirse en proporción a las cuotas (cf. art. 393 del Código civil), sino una reparación-sanción impuesta por un ilícito en que incurrieron todos: descuidar la instalación eléctrica de la casa común.

MODIFICACION DEL CONTRATO POR APLICACION DE LA CLAUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»: NO PROCEDE SI LA ALTERACION DE LA BASE DEL NEGOCIO PUDO HABERSE PREVISTO Y EVITADO POR OTROS MEDIOS. RESOLUCION DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1972).

Por escritura de 1 de junio de 1881, los diversos propietarios de tres minas de hierro, sitas en Vizcaya, cedían su explotación en arrendamiento a don Francisco MacLennan, por precio de una peseta por tonelada de mineral extraída. La cláusula séptima del contrato establecía que «don Francisco MacLennan o quien sus derechos hubiese podrá transferir estos mismos derechos o los que adquiriere por virtud de este contrato, los cuales recaerán en el nuevo partícipe o subarrendatario, quedando, no obstante, aquél responsable del cumplimiento de lo consignado en este contrato». Tanto la titularidad dominical como la arrendaticia fueron objeto de diversas transmisiones a lo largo de los años, sin que se alterara el canon estipulado. En 1947, el Banco de Bilbao adquirió en subasta judicial los derechos de arrendamiento de las tres minas, cediendo, a su vez, en 1964, los correspondientes a dos de ellas al señor Elosúa, y en 1965, los de la tercera, al señor Mendizábal. En los contratos por los que se canalizaron estas dos últimas cesiones se decía que los adquirentes se subrogaban en cuantos derechos y obligaciones correspondían al Banco de Bilbao en relación con los propietarios de las minas, «liberando al repetido Banco de toda responsabilidad de la explotación minera de referencia». Los actuales titulares, en porcentajes que oscilaban en torno al 50 por 100, de la propiedad de las minas, demandan entonces al Banco de Bilbao y a los dos cesionarios, solicitando: a) la resolución de los contratos por incumplimiento de la cláusula de responsabilidad de los cedentes, contenida en la originaria escritura de 1881, y b) subsidiariamente, la corrección o modificación del canon arrendaticio, con base en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Primera Instancia no entra en el fondo del asunto, pero sí lo hace la Audiencia, que desestima las dos pretensiones de los demandantes. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra el fallo de la Audiencia.

Considerando que el motivo primero de los del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, consiste en infracción por violación del artículo 1.124 del Código civil, en relación con la doctrina establecida en las sentencias que se citan, y en infracción por igual concepto del artículo 1.281 del mismo cuerpo legal, basadas en que en la escritura que otorgó el Banco de Bilbao, el 24 de julio de 1964, a favor del señor Elosúa, cediéndole el arrendamiento de las minas «Confianza» y «Lorenza», y en la de 4 de junio de 1965, a favor del señor Mendizábal, de cesión del arrendamiento de la mina «Petronila», figura la cláu-

(31) Al respecto, vide ALBALADEJO, Manuel *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, en A. D. C., 1963, págs. 345 y ss.

sula tercera, por la cual los cesionarios se subrogan en cuantos derechos y obligaciones correspondían al cedente, liberándole de toda responsabilidad de la explotación de dichas minas, no obstante la cláusula séptima del contrato originario de 16 de agosto de 1893, rector de las sucesivas transmisiones, conforme a la cual el cedente tenía que quedar responsable al cumplimiento, lo que implica una abierta transgresión contractual del régimen de responsabilidad pactado para las cesiones de los derechos de explotación de las tres minas, no admitida en la sentencia recurrida, al afirmar que «de la cláusula tercera no se deduce la irresponsabilidad del Banco frente a los sucesores de los primitivos cesionarios». Al argumentar así, los recurrentes crean supuesto distinto al de la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, que hay que aceptar al no ser combatido por el cauce procesal del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil mencionada, que no figura en la motivación del recurso, y según ella, derivada de la valoración conjunta de la prueba, «el Banco no transfirió realmente su responsabilidad en orden a la garantía del pago de cánones, no habiéndose patentizado, de modo indubitado, el incumplimiento contractual», pero es que, además, hay que tener en cuenta lo siguiente: A) Por escritura de 10 de marzo de 1947, otorgada en ejecución de la sentencia recaída en el proceso ejecutivo promovido por el Banco de Bilbao contra el señor Uribe, otro cesionario anterior de las minas de referencia, aquél adquirió los derechos de explotación de ellas, en las condiciones y obligaciones consignadas en el contrato originario de 16 de agosto de 1893, aceptando los cargos y gravámenes reflejados en la certificación registral, testimoniada al final con referencia a dicho contrato; así, pues, el Banco asumió la responsabilidad derivada de la cláusula séptima de ese contrato, en cuanto a la garantía del pago del canon arrendaticio, en el supuesto de cesión de esos derechos, para lo cual quedó facultado. B) En los contratos de 24 de julio de 1964 y 14 de junio de 1965, en virtud de los cuales el Banco de Bilbao cedió esos derechos, se dice algo más de lo que expresan los recurrentes, ya que los cesionarios los «adquieren sin los términos que constan en la escritura de 16 de agosto de 1893; por tanto, ni libraron al Banco de la responsabilidad que éste asumió ni ellos se liberaron de la suya, derivada del contrato originario, ya mencionado, pues quedaron obligados a pagar a los propietarios de las minas el canon arrendaticio». La interpretación contractual efectuada por el Tribunal de Instancia aplicando a los hechos concretados en la primera fase de la labor interpretativa los pertinentes preceptos de hermenéutica, es lógica y atinada, por lo cual no puede ser acogido el motivo ..

Considerando que el motivo tercero, amparado en igual cauce procesal que los anteriores, consiste en infracción por violación del artículo 1.258 del Código civil, y en relación con él, en idéntico concepto, de la doctrina elaborada por esta Sala en torno a la cláusula *rebus sic stantibus*, comprendida en las sentencias que se mencionan, cuya aplicación es procedente, según los recurrentes, argumentando en síntesis que «la relación contractual originaria se remonta a 1881; la prestación pecuniaria con cargo al cesionario concretada entonces, sigue siendo la misma en el año 1971; que entre las circunstancias contempladas por las partes y las actuales no hay paridad ni remota semejanza; que la alteración, que puede ser adjetivada de extraordinaria, profunda y radical, era impredecible, y que de ella se ha derivado una exorbitante desproporción entre las prestaciones de las partes, de tal índole que han desaparecido el equilibrio y la equivalencia inherentes a las prestaciones recíprocas, porque la prestación dineraria, nominalmente expresada en la unidad pesetas, sigue igualmente en 1971 que en 1881, mientras su valor real o adquisitivo ha ido decreciendo en proporciones extraordinarias; en cambio, la otra

prestación contractual no sólo no ha mantenido lo mismo que la pecuniaria, sino que ha experimentado una doble revaluación, derivada de la devaluación del dinero, del general incremento de los precios y de la revalorización de los bienes, como consecuencia del progreso económico».

Considerando que la admisión de la cláusula mencionada, de elaboración doctrinal reconocida en sentencias de esta Sala, entre las cuales figuran las citadas en el escrito de formalización del recurso, requiere como premisas, fundamentalmente, las de que entre las circunstancias existentes en el momento del cumplimiento del contrato y las concurrentes al celebrarlo se haya producido una alteración extraordinaria, una desproporción fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumban el contrato, por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, y que todo ello se verifique por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles. Evidentemente, en los contratos bilaterales, que son siempre onerosos, ya que cada parte se obliga en consideración a la contraprestación que recibe o espera recibir, los contratantes se proponen obtener una ventaja o provecho, que a veces no logran, ya que en el transcurso del tiempo la prestación debida puede resultar menos beneficiosa o más onerosa, porque en los contratos conmutativos, no obstante serlo, las partes asumen, al celebrarlos, un riesgo que es consustancial en el tráfico jurídico, es decir, siempre existe en ellos cierta aleatoriedad, pero esa onerosidad no es la extraordinaria, desproporcionada y fuera de lo normal que origine la ruptura de la trabazón de las prestaciones, como sucede en la transmisión sin contraprestación; una cosa es que la prestación de una de las partes quede sin la contraprestación equivalente y otra bien distinta es que disminuya notoriamente su contenido económico al alterarse el elemento objetivo de la base del negocio, según el cual, las partes tienen en cuenta, en el momento de la conclusión del negocio, la igualdad de las prestaciones y la permanencia aproximada del precio convenido, circunstancias de hecho, económicas y jurídicas, que justifican la voluntad de concluirlo, como medio de lograr un resultado favorable. La alteración que se requiere como premisa de la excepción al principio *pacta sunt servanda*, que implica la cláusula *rebus sic stantibus*, es la de la base negocial, con la cual las partes no contaron ni pudieron contar, es decir, ha de tratarse de algo imprevisto e imprevisible, que, como tal, ni siquiera pensaron en la posibilidad de ella; no es suficiente cualquier cambio de circunstancias o agravación de la prestación debida. El evento ordinario, que las partes pudieron evitar estableciendo convencionalmente los remedios oportunos en los contratos de tracto sucesivo, como el de 16 de agosto de 1893, tales como revisión periódica del contrato, cláusulas de estabilización y pago en especies para garantizar al acreedor de la prestación pecuniaria que la cantidad a recibir no resultaría afectada por la disminución del poder adquisitivo de la moneda, no puede integrar alteración extraordinaria, imprevista o imprevisible, porque si no fueron adoptados esos remedios, ello sólo podrá atribuirse a no haberse previsto lo que puede preverse, de cuya falta de previsión se deriva la situación gravosa sobrevenida, remedios no utilizados en el caso de autos.

Considerando que el Tribunal *a quo*, utilizando la prueba de presunción, medio probatorio del que puede hacer uso el juzgador de Instancia de manera espontánea cuando lo crea conveniente, llega a la conclusión de que en el contrato originario, ya mencionado, las partes «previnieron o pudieron prever la decisiva influencia que el transcurso del tiempo había de tener en la ejecución de la prestación del canon, incluso en su significado económico», teniendo en cuenta como hechos básicos, no combatidos eficazmente, los de que «la modificación de las circunstancias económicas determinó no sólo el alza de los precios del mineral, sino

también el de los costos de producción, especialmente salarios; que los derechos de explotación de las minas fueron cedidos absolutamente, pagando incluso el cesionario la carta de pago a la Hacienda Pública, figurando a nombre del mismo la contribución, deviniendo verdadero titular administrativo de las mismas; que incluso se cedió la facultad de transmitir nuevamente lo cedido, y todo ello por duración indefinida e ilimitada, que no se extingue por la muerte del cesionario y, en definitiva, por cuanto pueda durar la explotación minera de referencia», premisa fáctica cuyo contenido revela que la deducción efectuada por el Tribunal de Instancia no resulta absurda, ilógica e inverosímil; así, pues, los recurrentes establecen por sí, prescindiendo de la fundamentación de hecho mencionada, las premisas fundamentales de la cláusula referida, a fin de que prevalezca su criterio y no el del Tribunal *a quo*, en cuanto a la admisión y aplicación de ella; por tanto, no puede prevalecer el motivo examinado.

*RESOLUCION DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO. REQUISITOS.
CONTRATO DE DISTRIBUCION (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1972).*

En noviembre de 1968, don Manuel Castrillón suscribió con la propietaria del manantial de agua mineral Fonte Blanca un contrato de distribución en exclusiva de dicha agua por diversas provincias castellanas. Aunque los primeros auspicios fueron favorables, pronto el señor Castrillón dejó de atender el pago de las remesas de botellas facturadas y, como consecuencia, la propietaria del manantial resolvió extrajudicialmente, por incumplimiento, el contrato. Reclama entonces el señor Castrillón su cumplimiento, pero el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia desestiman su pretensión. Recurre en casación, alegando: *a)* violación del artículo 1.124, porque la demandada había incumplido previamente al actor, infringiendo el pacto de exclusiva, y *b)* inaplicación de la doctrina legal, que sólo admite la resolución si se da una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, pero el Tribunal Supremo, en un escueto considerando, desestima ambos motivos.

Considerando que la sentencia recurrida, ateniéndose al resultado de la prueba, apreciada en su conjunto, declara que el recurrente incumplió la obligación de pago de la mercancía debida, y ante ello, y en aplicación estricta del artículo 1.124 del Código civil, declara y resuelve la desestimación del *petitum* de su demanda en relación con la ineficacia de la rescisión del contrato adoptada por la parte demandada, y contra esta declaración surge el presente recurso, cuyo primer motivo pretende acreditar una interpretación errónea del citado precepto legal, sobre la base de desvirtuar, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la LEC, la realidad de aquel incumplimiento de pago, sin advertir que esta declaración de hecho no puede ser impugnada por el cauce seguido, sino por el del número 7.º del mencionado precepto adjetivo, lo que no se ha hecho ni, por otra parte, es factible aceptar el «supuesto» contrario, creado unilateralmente por el recurrente, para encajarlo en la situación jurídica que le interesa, por todo lo cual ha de perecer este motivo y, de consecuencia, también el segundo, por basarse éste en una doctrina legal que no resulta aplicable en modo alguno a la realidad del caso resuelto en la sentencia que se recurre, por lo que es imperativa la desestimación del recurso, que, en todo caso, carecería de viabilidad, por haberse incurrido en el primero de los motivos en el doble concepto de «interpretación errónea» y «aplicación indebida», además de acusarse el «error de derecho» en la apreciación de la prueba, por todo lo cual ha de observarse el contenido del artículo 1.748 de la Ley Rituaria Civil.

SUBCONTRATO DE OBRA CON APORTACION DE MATERIAL. VALORACION DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1972).

La actora, Saneamiento y Calefacción, S. A. (SAYCA), verificó, en virtud de un subcontrato de obra con aporte de material, la instalación del servicio centralizado de calefacción y agua caliente en el Balneario Termas Pallarés, propiedad de la Sociedad Anónima del mismo nombre, pero arrendado al consejero delegado de ésta, don José María Taboada. Como aparecieron ciertos defectos en la instalación se suspendieron los pagos parciales que se iban realizando y Termas Pallarés, S. A., es demandada por SAYCA, en reclamación del resto del precio. Todo el litigio se centra entonces en la mera cuestión de hecho de si la sociedad demandada fue parte en el contrato o lo fue su consejero delegado y arrendatario, señor Taboada. Las tres instancias se inclinan por lo segundo y, en consecuencia, desestiman la demanda por falta de legitimación pasiva. No se considera de interés reproducir ningún considerando, por versar casi exclusivamente sobre materia fáctica y probatoria.

SOCIEDAD CIVIL PARA EXPLOTAR UNA SALA DE BAILE: DISOLUCION Y LIQUIDACION. NO CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO EL VERIFICAR UNA PRESTACION INSUFICIENTE, PERO PREVISTA AL CONTRATAR (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1972).

El demandado, don Demetrio Grijalbo, explotaba desde 1942 un negocio de espectáculos y salón de baile, situado en el piso principal de una céntrica casa barcelonesa. En 1963 se le presentó la ocasión de adquirir todo el inmueble, y puesto de acuerdo con el actor, don Felipe Sabin, y con un tercero, amigo de ambos, suscribieron un contrato privado, de fecha 26 de junio de ese año, por el que, de un lado, acordaban comprar, según diversas proporciones, el edificio en cuestión, y de otro, el señor Grijalbo cedía a los otros dos contratantes «el derecho a participar en los beneficios del negocio de baile», según proporción igual a las respectivas participaciones en el inmueble, a cambio de que aquéllos colaborasen en «los trabajos de preparación, administración y explotación del salón de baile». Según lo previsto, el edificio fue adquirido a los pocos días y el negocio llevado en común durante algún tiempo. Posteriormente, el tercer contratante vendió su cuota en el inmueble y en la explotación al demandado, quedándole tan sólo al actor la cuarta parte de ambos. Pero en 1966, y alegando que el demandante había incumplido su obligación de colaborar en la administración del negocio, pues dada su escasa cualificación tan sólo podía emplearse en la venta de entradas y otras labores mecánicas, el señor Grijalbo dio por resuelto extrajudicialmente el contrato de 1963 y, consiguiente, negó participación al actor, así en los beneficios de la finca, como en los del local de baile y espectáculos. A la vista de ello, el señor Sabin reclama la división de la comunidad sobre la casa mediante su venta en subasta y subsiguiente reparto del precio, y en trámite de réplica y contestación a la reconvencción amplía su petición, en el sentido de que se disuelva y liquide la sociedad civil constituida para la explotación del salón. Acceden a ello las dos Instancias, por lo que recurre el demandado, alegando, entre otros motivos: a) incongruencia (motivo que anómalamente es ignorado u olvidado por el Tribunal Supremo); b) aplicación indebida del artículo 1.124 del Código civil, por no aceptar la realidad del incumplimiento previo del actor, y c) aplicación in-

correcta igualmente de los artículos 1.665, 1.678 y 1.700 del Código civil, ya que, a su juicio, no existía sociedad civil sobre el negocio de baile.

Considerando que en el que lleva el número 10 se alega haberse incido en la sentencia recurrida en aplicación indebida del artículo 1.124 del Código civil; se razona a continuación que el contrato de 26 de junio de 1963 contenía en la estipulación cuarta un pacto de *lex commissoria*, que obligaba a resolver, conforme al mismo, sobre la conducta seguida por el actor, y la sentencia recurrida considera aplicable para resolver el caso la norma del artículo 1.124 del Código civil; la diferencia que se advierte, y en el recurso se señala, es que este artículo concede una facultad al juzgador para moderar las consecuencias del incumplimiento, al paso que, con el otro criterio, los artículos 1.091 y 1.258 del Código civil obligaban al actor, que se comprometió a intervenir en todos los trabajos y fases de preparación, administración y explotación del negocio de espectáculos, por lo que al no hacerlo así incumplía el contrato; frente a estas objeciones cabe señalar: A) Que, en realidad, el concepto de la infracción es equivocado, pues no cabe aplicación indebida cuando se declara *de facto* que no existen las debidas condiciones para aplicar el precepto; de ahí que dicho concepto sólo pueda ser el de «violación», y bien lo prueba el final del motivo, al decir que se incidió en «inaplicación» del artículo 1.124. B) Que, en realidad, son aplicables para desestimar este motivo (sea cualquiera el «concepto» que, en definitiva, se fije) los argumentos empleados para la refutación del anterior, pues es una realidad que el Juzgado y la Sala no aprecian la existencia de los actos de incumplimiento por parte del actor, como bien lo expresa el propio motivo que se examina, en que se recuerda que la sentencia del Juzgado declara que toda prueba del demandado es totalmente superflua e intrascendente, acabando por estimar no incumplidas por el actor las obligaciones contractuales del convenio de 26 de marzo de 1963, cuyos considerandos fueron aceptados por la sentencia de la Audiencia...

Considerando que el motivo 14 denuncia la aplicación indebida de los artículos 1.665, 1.678 y 1.700 del Código civil, que, respectivamente, definen la sociedad en general, la particular en concreto y los modos de extinguirse este contrato; se funda en que el apartado C) de la sentencia del Juzgado, aceptado por la Sala, califica de sociedad civil, regulada por el artículo 1.700 del Código, a la formada por el contrato de 26 de junio de 1963 para regular los derechos y obligaciones derivados de la explotación, en conjunto, del negocio de espectáculos y baile, y se declara la terminación de la sociedad existente entre el actor y el demandado, y en el apartado D) de la propia sentencia recurrida, que condena al demandado a su liquidación conforme al Código civil, la que se practicará, si no se pusieren de acuerdo las partes privadamente, en período de ejecución de sentencia; se analizan las cláusulas del contrato para deducir que de ellas no resulta que el demandado vendiera ni transmitiese perpetuamente a los otros contratantes el dominio o propiedad de ninguna cuota parcial o el derecho a cobrar los frutos que en lo sucesivo produjese la explotación de dicho negocio, pues lo único que claramente se estipuló fue que todos los derechos cedidos temporalmente, lo fueron como contraprestación a la obligación que contrajeron de colaborar en todos los trabajos de las fases de preparación, administración y explotación del mencionado negocio, por lo que éste no constituyó una sociedad civil privada entre los otorgantes ni se consignaron los pactos típicos de tal sociedad; a esto cabe oponer: A) Que la falta de denominación no es obstáculo para que la Sala entre a examinar las cláusulas del contrato y éste resulte una sociedad civil de tipo particular. B) Que el recurso fuera de su enunciado atribuye tal error de derecho a violación por no aplicación de los artículos que al principio consigna, contrariando el concepto de aplicación inde-

bida que en tal enunciado se declara. C) Que nada demuestra que la *affectio societatis* estuviera ausente del contrato dicho, todas sus estipulaciones lo demuestran y en la interpretación de sus cláusulas, hecha con acierto, por las sentencias de Instancia así se aprecia...

J. M. R. P.

IV. FAMILIA

DEMANDA DE NULIDAD DE INSCRIPCION DE NACIMIENTO ENTABLA POR LA ESPOSA. LAS ACCIONES «IMPUGNATIVAS» DE LA FILIACION: su encuadre entre las acciones declarativas, meramente declarativas y constitutivas. FINALIDADES DE LAS ACCIONES «DE ESTADO». LAS PETICIONES DE LA DEMANDA Y LAS ACCIONES EN ELLA EJERCITADAS. LA CONGRUENCIA DEL FALLO RECURRIDO. LOS ARTICULOS 109 Y 111 DEL CODIGO CIVIL: los titulares de las acciones de «impugnación» en ellos contenidos y la finalidad de tales acciones. MACHUCA c. CHINCHILLA, MINISTERIO FISCAL y aquellas personas que tengan intereses en el litigio (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1972).

Antecedentes: I) La demandante había contraído matrimonio canónico con el hoy demandado en el año 1948, de cuya unión nació en 1950 una niña. II) Al parecer, en 1951, el esposo tuvo que huir al extranjero por motivos económicos (no se tienen ulteriores datos acerca de ello), quedando la esposa prácticamente abandonada y sin dinero. Al parecer, no constan datos acerca de si los esposos vivieron juntos desde tal fecha. III) Pasados algunos años, en 1961, la esposa da a luz una niña, que se inscribe como legítima del matrimonio, «con la idea ingenua, pero bondadosa, de dar apellidos a la recién nacida» (*sic*). IV) En 1963, el esposo interpuso demanda de separación conyugal contra la esposa, seguido en rebeldía de ella, por ignorarse su paradero; en el fallo canónico se da como hecho probado, que confirma el adulterio de la mujer, el nacimiento en 1961 de la segunda niña, y se concede al esposo accionante la separación conyugal perpetua por adulterio de la mujer y vida infamante de ésta, concediendo al marido la custodia de la primera niña habida del matrimonio. V) Recientemente, el padrino de la segunda niña pretende adoptarla, para lo cual la mujer se dirige al marido—dado que aparece inscrita como «legítima» del matrimonio—solicitando de él la oportuna autorización para ello. Aunque negándose al principio, al parecer exigió luego la cantidad de 1.500.000 pesetas para dar dicha autorización. VI) Posteriormente, el marido dirige escrito al Juzgado de su domicilio haciendo constar su condición de padre «legítimo» de la niña nacida en 1961, solicitando la custodia de ella en base a la parte dispositiva del fallo canónico, que alude a la «hija» del matrimonio. La oposición de la mujer a dicha petición se basaba en las propias manifestaciones del marido en el proceso de separación conyugal refiriéndose a la segunda niña como «adulterina».

La demanda finaliza con el suplico de que se dicte sentencia por la que se declare: A) Que la niña nacida en 1961 *no es* hija de don... (el demandado). B) Que dicha niña es hija «ilegítima», espúrea, adulterina, de doña... (la demandante). C) Que, en consecuencia, es nula la inscripción de nacimiento en el Registro Civil y procede su cancelación, y que se disponga sucesivamente la práctica de nuevo asiento con arreglo a las prescripciones legales.

Personados en autos el demandado y el Ministerio Fiscal, y transcurrido el plazo para verificarlo las personas físicas o jurídicas que pudieran tener intereses en el pleito, fueron declaradas en rebeldía, teniéndose por intentada la demanda por lo que a dichas personas respecta.

El demandado contestó y se opuso a la demanda, pidiendo fuera desestimada.

El Ministerio Fiscal contestó y se opuso, manifestando que, en su opinión, no aparece probada la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento de la niña, y alegada la estancia en el extranjero del marido, sería preciso acreditar auténticamente las fechas de entrada y salida en el pasaporte. Termina con la súplica de que se desestime totalmente la demanda.

El Juzgado, estimando las excepciones de falta de legitimación activa y de caducidad, alegadas por el demandado y el Ministerio Fiscal, dictó sentencia por la que desestima en todas sus partes la demanda formulada.

La Audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

La actora interpuso recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, con apoyo en los siguientes motivos:

1.º Por interpretación errónea del artículo 111 del Código civil, en relación con la violación por inaplicación del artículo 109 del Código civil, pues la ley no dice expresamente que la mujer no pueda impugnar la legitimidad de su hija, y tan injusto es que se tenga a un hijo por ilegítimo no siéndolo, como el considerar legítimo al que lo es adulterino.

2.º Por violación, por inaplicación, de la doctrina legal contenida en sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1963 y 2 de diciembre de 1966, porque la recurrente ejerce una acción «declarativa» con objeto de constatar ante los Tribunales ordinarios las manifestaciones vertidas por el esposo demandado en el proceso canónico de separación conyugal.

3.º Por violación, por inaplicación, del artículo 359 de la LEC, al pronunciarse en el fallo sobre un extremo no pedido en la demanda y omitir el pronunciamiento sobre algo efectivamente reclamado.

4.º Por inaplicación del mismo artículo 359 de la LEC, por no constar en el fallo declaraciones sobre las pretensiones deducidas en el pleito, ya que la Sala sólo se ha pronunciado sobre *menos* de lo pedido, o sea, es incongruencia negativa.

5.º Por violación, por inaplicación, del artículo 1 del Código penal, de los artículos 101 y 108 de la LECrim. y de doctrina legal de sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1955, 16 de febrero de 1962 y 5 de marzo de 1965; del artículo 1 del Código penal se deduce que existe la presunción *iuris tantum* de la existencia del delito de la declaración de inscripción de la menor como «legítima», y de los artículos 101 y 108 de la LECrim. se deduce que la actora sí tiene legitimación activa.

El Tribunal Supremo rechaza este recurso sentando la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros.

Considerando que *un sistemático estudio de los mismos motivos del recurso impone comenzar por el segundo de ellos, en el cual, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación por inaplicación de la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1963 y 7 de marzo de 1963; para demostrar esa infracción sostiene la recurrente: a) que ejercía una acción declarativa con objeto de constatar ante los Tribunales*

ordinarios las manifestaciones que el propio señor...—demandado—vertió en el proceso de separación conyugal y en la querrela de falsedad que formuló contra aquél, y b) que la última sentencia invocada proclama que «la acción *declarativa*, en la que pretende se declare o constate... por medio de un fallo judicial la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica puesta en duda o controvertida».

Considerando que si bien la *enunciación* del motivo puede estimarse *correcta, sin embargo, en su desarrollo, la recurrente se limita a expresar lo que queda expuesto en el considerando anterior*, sin razonar en qué consiste la infracción denunciada ni cómo se comete tal infracción, *por lo que tiene que ser desestimado tal motivo*.

Considerando que *aunque*, supliendo con falta de claridad y precisión en que el motivo incurre, *se quiera entender que lo que se imputa a la sentencia recurrida es el no haber estimado que la acción que se ejercitaba en la demanda es la «meramente declarativa», como la recurrente ahora sostiene, tampoco el motivo podría prosperar, porque la calificación que ahora intenta darle dicha recurrente a su acción no es la que corresponde al conjunto de las pretensiones postuladas*, las cuales determinan la naturaleza de la acción, por lo que habrá que tenerlas presentes, aunque sea de manera sintética, para poder calificar acertadamente la acción ejercitada.

Considerando que *lo que la demandante alega en su demanda es que ella, después de llevar separada de su marido varios años y de no tener acceso carnal con él, dio a luz una niña adulterina*, el 16 de febrero de 1961, *que fue inscrita como legítima del matrimonio, según el propio marido en la demanda de separación conyugal que interpuso en el Tribunal Eclesiástico, en donde obtuvo sentencia a su favor—precisamente por adulterio y vida infamante de su esposa—; reconocía también en la querrela de falsedad sobre la inscripción del acta de nacimiento de dicha niña, que también formula contra su referida esposa, hoy demandante; en apoyo de sus pretensiones invocó el artículo 108 del Código civil, relativo a la imposibilidad de acceso carnal con su marido, y terminó con la súplica de que se dictase sentencia por la que declarase: A) Que esa niña, que aparece con el nombre de..., no es hija de don... (el demandado). B) Que dicha niña es hija ilegítima (espúrea-adulterina) de doña. —que es la demandante—. C) Que, en su consecuencia, es nula la inscripción de nacimiento referida y procede que se cancele y se practique un nuevo asiento con arreglo a las prescripciones legales*.

Considerando que las acciones «*meramente declarativas*» son aquellas en las que *se pretende* del órgano jurisdiccional *una declaración acerca de la existencia* de un derecho en favor del demandante o la *inexistencia* de un derecho que se arroga el demandado, es decir, que se declare, por medio de un fallo judicial, la existencia o inexistencia de una relación jurídica puesta en duda o controvertida, *sin* que sea necesario imponer a la contraparte ninguna prestación, mientras que *en las «constitutivas», lo que se pide al órgano jurisdiccional es una declaración de voluntad que produzca un estado jurídico distinto del que antes existía*, es decir, la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, y *entre cuyas acciones «constitutivas» incluyen algunos las «impugnativas», que según otros forman un grupo autónomo*.

Considerando que con relación a las acciones concernientes a la filiación legítima, que, a su vez, en las llamadas acciones «de estado» pueden tener distintas *finalidades: unas, que van dirigidas a impugnar el estado de afiliación legítima que alguno tiene y que la sentencia debe modificar—acciones de «desconocimiento» y acciones de «impugnación» de filiación legítima—; otras, que tienen por finalidad reivindicar ese estado por quien, de hecho o de derecho, no la ostenta—acciones de «reclamación» de filia-*

ción legítima—, y otras, de «mera comprobación», que tienden a comprobar el estado de filiación legítima, ya legalmente existente y que alguien no quiere reconocer; las primeras—acciones de «impugnación»—suponen la existencia de un título de estado, que se afirma que legalmente debe ser declarado inexistente y sustituido por otro; las segundas—acciones de «reclamación» de estado—, por el contrario, suponen la falta de título, cuya existencia se pretende crear por él en el fallo; y las terceras—acciones de «comprobación»—, que suponen la existencia de un título de estado con realidad jurídica o la inexistencia del título, que realmente es inexistente.

Considerando que *atendida la naturaleza y finalidad de las pretensiones contenidas en la demanda*, sintetizadas en el suplico de la misma, resulta evidente que la acción que en ella se ejercita no es la «meramente declarativa»—como equivocadamente debe sostener la parte recurrente—, sino que es una acción de «impugnación» de la presunción de legitimidad, ya que por medio de ella lo que se postula es que se declare nula el acta de inscripción de nacimiento, que atribuye a la niña... la condición de hija «legítima» del matrimonio litigante, y se practique otra inscripción, en la que se haga constar que es hija «adulterina» de la esposa que demanda; por tanto, la sentencia, que estima la naturaleza «impugnativa» de la acción ejercitada, no comete la infracción que se le imputa en ese motivo.

Considerando que en el motivo tercero, la recurrente, con apoyo en el número 2.º del artículo 1.692, alega que la sentencia recurrida comete «violación por inaplicación del artículo 359 de la Ley Rituaria Civil, al pronunciarse en el fallo sobre un extremo no pedido en la demanda y omitir el fallo o pronunciamiento sobre algo efectivamente reclamado»; según dice dicha recurrente, ella no ejercitó una acción 'impugnativa' de legitimidad, en base a la cual, la sentencia estimó la falta de legitimación activa, sino una acción 'meramente declarativa', sobre la que dicha Sala no se pronuncia», como tampoco se pronunció respecto a la declaración de nulidad de inscripción pedida en la demanda, por lo que—concluye dicha recurrente—«al pronunciarse la sentencia recurrida sobre la legitimidad para impugnar la filiación, y no para el ejercicio de una acción meramente declarativa y de nulidad, adolece el fallo de incongruencia mixta».

Considerando que *también este motivo tiene que ser desestimado, por las siguientes razones: Primera* Porque la sentencia que estima la excepción de falta de legitimación, alegada por el demandado y por el Ministerio Fiscal, y sin entrar en el fondo del asunto, *desestima en todas sus partes la demanda deducida, no puede tildarse de incongruente*, según reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia, pues no deja de resolver ningún extremo litigioso, siquiera los resuelve todos, contrariamente a los deseos de la demandante. *Segunda*. Porque, además, la «congruencia» del fallo *tiene que ser contemplada no sólo en cuanto a las pretensiones de la parte demandante, sino también a las relaciones con las oposiciones que hayan formulado los demandados*. *Tercera*. Porque la acción que en la demanda se ejercita no es, como ya se ha razonado, la «meramente declarativa», sino una esencialmente «impugnativa», como que interesaba que se declarase nula el acta de inscripción vigente, según se reitera al final de dicho motivo. *Cuarta*. Porque la circunstancia de que no se haya pronunciado de manera expresa sobre esa declaración de nulidad que se postulaba en la demanda no es una omisión del fallo, ya que al disponer este que están o quedan desestimadas todas las pretensiones de la demanda, implícitamente se pronuncia sobre aquélla.

Considerando que *por estas mismas razones tiene que fracasar el motivo cuarto del recurso*, en el que, por la vía del número 3.º del mencionado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ataca la sentencia

recurrida, *pues el fallo*—contrariamente a lo que en el motivo se sostiene y como ya queda explicado—*resuelve todas las cuestiones oportunamente deducidas en el pleito*, estimando la excepción de que impedía entrar en el fondo del litigio y rechazando todas las pretensiones de la demanda.

Considerando que *el quinto motivo del recurso tampoco puede prosperar, porque hace supuesto de la cuestión*, dando como por probado que se ha cometido un delito de falsedad en la inscripción del acta de nacimiento combatida—que era precisamente lo que había que probar—y, *además, invoca preceptos no idóneos para prever la casación* de un fallo reciente recaído de un fallo civil.

Considerando que *en el motivo primero*—que es el que falta por examinar—se denuncia, por la vía de igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley Procesal, «la interpretación errónea del artículo 111 del Código civil en relación con la violación, por inaplicación, del artículo 109 de la misma ley sustantiva», para la recurrente: a) el primero de los artículos invocados conduce y concede *acción a la esposa* para solicitar la legal legitimidad de su hijo cuando el esposo la impugne, y *la manera normal de ejercitar esta acción es por medio de la correspondiente demanda*; b) el artículo 109 *autoriza a la esposa para hacer una declaración en contra de la legitimidad de su hijo y, por tanto, esa declaración se puede hacer por vía de la demanda*

Considerando que el artículo 111 del Código civil, que efectivamente *autoriza al marido o sus herederos para «desconocer» la legalidad del hijo* que dé a luz su esposa después de transcurridos trescientos días desde la separación legal efectiva de los cónyuges, *claramente da a entender* que los hijos nacidos en esas condiciones provisionalmente se presumen «legítimos», *aunque con presunción más débil que la del artículo 108*, puesto que *para destruirla basta el mero «desconocimiento»* de que manifieste el marido respecto a tal legitimidad sin imponerle a él o a sus herederos carga probatoria alguna, según se estableció en sentencias de 3 de abril de 1893 y 18 de junio de 1900, *es decir, que ese precepto*, de inspiración napoleónica, no concede a la esposa la acción «impugnativa» que la recurrente pretende, sino que *se limita a admitir con carácter provisional una presunción de legitimidad*, que quedará sin efecto si el marido, en tiempo y forma, usa de esa facultad de «desconocer» la legitimidad del inscrito y la mujer o el hijo no justifican la paternidad de dicho marido.

Considerando que por lo que respecta a la innovada e invocada *violación, por una inaplicación del artículo 109*, que también denuncia esos motivos, *resulta igualmente inatínente, pues ese precepto*, que tiene su origen en las Partidas, *se limita a proclamar* que «no destruirá la presunción de legitimidad la declaración de la madre ni la condena de ella como adúltera», *pero sin conceder a dicha madre acción impugnativa de clase alguna* con referencia a la presunción de legitimidad.

Considerando que *estas acciones sólo se otorgan, por regla general, al padre, y excepcionalmente, después de muerto él, a sus herederos, con plazos muy breves*, porque se tutelan intereses patrimoniales y *sólo tienden* a defender la honorabilidad particular del padre, que es el único que puede conocer la verdad y medir el alcance de la divulgación de un suceso que sólo a él afecta; *conceder como acciones a otras personas* podrían constituir un incentivo a hijos desnaturalizados, que les impulsase a acusar de adúltera a su propia madre.

Considerando que *aunque el artículo 111 del Código civil, en que se apoya la sentencia de apelación, sólo norma la llamada acción de «desconocimiento» de la filiación legítima presunta*, en el supuesto específico que contempla, y *no regula la acción general de «impugnación»*, lo cierto es que la aludida sentencia se fundamenta también en el derecho natural,

pero legal, de la madre a la acción impugnativa de la filiación legítima presunta, y, por consiguiente, *aunque la invocación del referido artículo 111 no fuese afortunada*, sin embargo, ello no puede ser producido por la casación de la sentencia recurrida, porque queda incombustible otro fundamento de ella, que, además, siempre estará amparada por los preceptos legales, *que no conceden acción para impugnar la filiación legítima presunta del hijo nacido de mujer casada sino al marido de ella y, en su caso, a los herederos de él.*

LA IMPOSIBILIDAD «FÍSICA» DEL ARTICULO 108 DEL CODIGO CIVIL: *la convivencia hasta los ocho meses anteriores al parto, a efectos de la imposibilidad «física», y la prueba de la misma. BRAOJOS c. BAON y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1972).*

Antecedentes: I) La esposa, demandada, dejó una nota o carta autógrafa al marido, demandante, relativa a su salida o abandono del domicilio conyugal, documento reconocido posteriormente como propio en la prueba ante el Juez.

II) Desde algunos meses antes de este abandono, los cónyuges, al parecer, vivían bajo el mismo techo, pero abstenidos de todo contacto sexual y durmiendo en distintas habitaciones.

III) Ocho meses después de la salida de la esposa del domicilio conyugal, ésta dio a luz una niña, inscrita en el Registro civil como hija legítima del matrimonio, según manifestaciones del abuelo materno.

IV) El marido había planteado medidas provisionales a la separación conyugal y el correspondiente proceso canónico de separación ante la jurisdicción eclesiástica, y alegaba desconocer como «fruto» del matrimonio el que anunciaba entonces el estado de gestación de la esposa demandada.

V) El marido plantea su demanda contra la legitimidad de la menor en base a lo expuesto.

Los hechos controvertidos, a la vista de lo manifestado por la esposa en su escrito de contestación, se reducen a dos: 1) La causa de la salida o abandono conyugal por la esposa, que, según ella, obedeció a la gran paliza recibida del marido, que le produjo lesiones, por las que aquél fue condenado en juicio de faltas, y según el marido, fue debido a las graves disensiones y disgustos originados por la conducta de la esposa, opuesta a todo sentido de orden, disciplina y administración en la vida conyugal. 2) La interrupción de las relaciones íntimas conyugales, que para la esposa fue desde la fecha de su salida del domicilio, pero no desde tiempo antes de esa fecha, aparte de que en el juicio de faltas citado, el marido reconoció el estado de gestación de la esposa; para el marido, la cesación de vida conyugal fue, como vimos, varios meses antes de esa fecha del abandono del domicilio conyugal.

La demanda finaliza con la súplica de que se dicte sentencia estimatoria, por la que, con las consecuencias registrales procedentes en derecho, se declare que la niña inscrita como habida del matrimonio no es hija legítima del actor, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

En su contestación, la esposa solicita la desestimación de la demanda.

El Ministerio Fiscal, en su contestación, solicita la desestimación de la demanda y hace constar expresamente: que se niega la imposibilidad

«física» del demandante para tener acceso carnal con la demandada en los trescientos días que precedieron al nacimiento de la niña, no bastando la mera separación de hecho ni existiendo prueba de dicha imposibilidad, y siendo irrelevante incluso la condena de la mujer como adúltera ni su declaración, lo que no existe en este caso.

El Juzgado de Primera Instancia desestima totalmente la demanda y absuelve de ella a la demandada y al Ministerio Fiscal, con costas a la parte actora.

La Audiencia dictó sentencia confirmatoria de la del Juzgado, con expresa condena en costas a la parte actora apelante.

El demandante interpuso recurso de casación por infracción de ley, con base en los siguientes motivos:

1.º Por error de hecho en la interpretación de la prueba, resultante de documentos auténticos (el documento privado firmado y reconocido por la esposa y un informe del Cuerpo General de Policía); en dichos documentos se reconoce expresamente la salida de la esposa del domicilio conyugal y la convivencia de ambos bajo el mismo techo «sin ninguna relación». Tal prueba ha sido apreciada erróneamente, deduciéndose de tal equivocación un resultado inajustado a Derecho, al considerarse como hija legítima del actor a la impugnada expresamente por él.

2.º Por infracción del artículo 108, 2.º, del Código civil, ya que se considera hija legítima del actor a la que se estima fruto de relaciones de su esposa con otro varón; porque el error denunciado en el motivo primero conduce al Tribunal, en relación de causa a efecto, a proceder como si no estuviese vigente el párrafo 2.º del artículo 108 del Código civil, el cual, en su confrontación con los presupuestos fácticos del caso, debe engendrar consecuencias jurídicas distintas de las producidas en las dos instancias; si el marido ha estado, como se prueba, físicamente imposibilitado de todo acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento de la hija cuya legitimidad se impugna, es evidente que ante la prueba plena de ello cede la presunción de legitimidad del párrafo 1.º del artículo citado.

El Tribunal Supremo en su sentencia rechaza este recurso, fundamentándose en la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández.

Considerando que en cuanto al *primer motivo* del recurso, amparado en el número 7.º del artículo 1.692, *por error de hecho*, que los documentos citados en el motivo han sido tenidos en cuenta e interpretados por el Juzgado, cuyos considerandos fueron aceptados por la sentencia recurrida, y el que ha reconocido como suyo la esposa *nada dice en contra de la paternidad, porque su fecha reconocida*, como de 14 de enero de 1969, *no es suficiente*, pues el parto se produjo el 16 de septiembre de 1969, *y está por tal dentro de los ciento veinte días primeros de los trescientos anteriores al mismo*, y el documento de la Policía *no es bastante para estimar la imposibilidad «física» del acceso carnal*, pues los cónyuges vivieron bajo el mismo techo en esos días de la concepción, por lo que, tanto por interpretados por la sentencia como porque en nada contradice el criterio de la misma, no son suficientemente para la apreciación del motivo, *que se desestima*.

Considerando que en cuanto al *segundo*, amparado en el número 1.º del artículo 1.692, por violación del 108, 2.º, del Código, que *tiene que seguir la misma resolución desestimatoria*, al ser aceptados los hechos de la Sala, pues la *prueba de la «imposibilidad» del acceso carnal del esposo ha de proceder*, según la doctrina científica, coincidente con el criterio de esta Sala, *del alejamiento permanente del esposo en el extranjero, en establecimiento de reclusión o de impotencia probada*, y como

aquí estuvieron viviendo juntos hasta ocho meses anteriores al parto, la imposibilidad material no puede estimarse probada, ya que no la prueba ni la sentencia de adulterio ni la declaración de la esposa (art. 109), por lo que se impone la desestimación del motivo, y con ello, la del recurso, con costas, por ser preceptivas.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto.

SOCIEDAD «CONTINUADA» ARAGONESA: compatibilidad con la viudez universal, vigencia y extinción. CONSTRUCCION «PARCIAL» SOBRE SUELO AJENO POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS: relación con los supuestos de accesión «invertida». RECLAMACION DE CANTIDAD Y RENDICION DE CUENTAS POR LA EXPLOTACION DE INDUSTRIA MONTADA SOBRE LA EDIFICACION: PALACIN c. MAURIN (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1972).

Antecedentes: I) En 1951 fue adquirida una finca (solar) por matrimonio aragonés.

II) En 1957 fallece el marido, dejando un hijo de su primer matrimonio—el aquí demandado—y siete del segundo y viuda—la demandante—. La titularidad de la finca era: el usufructo de una mitad, a la viuda; una mitad indivisa en nuda propiedad, al hijo del primer matrimonio, y la otra mitad indivisa en plena propiedad, a la viuda.

III) En fecha no precisada, entre 1957 y 1958, comienzan las obras en el solar referido para la construcción de una fonda u «hostal»: al parecer, trabajan en la construcción el demandado y los demás hijos varones del segundo matrimonio del causante, conviviendo todos ellos en la casa familiar junto con la viuda hasta 1959 (aproximadamente, ya que no consta).

IV) En 1959, el demandado contrajo matrimonio, pasando después de un cierto tiempo a establecerse al frente de la industria de hospedaje, coadyuvando en ello una hermanastra. Prosiguieron las obras de «mejora» y acondicionamiento de dicha industria, que a partir de 1963 ya giraba a nombre del demandado. Toda la documentación de la industria iba también a nombre del hijo del primer matrimonio, así como los planos, permisos, etc.

V) En 1967, la viuda otorga escritura de declaración de obra nueva y otra posterior de «aclaración» y rectificación, ambas pendientes de inscripción en el Registro de la Propiedad.

VI) En 1970 comienza el litigio, promovido por la viuda contra el hijo del primer matrimonio. Fallecida la actora interpuesto el recurso de casación, comparecen ante el Tribunal Supremo los siete hijos de la misma en su representación.

Los hechos controvertidos se concretan en éstos: 1.º) *Comienzo* de las obras referidas (para la actora, a principios de 1957, antes de fallecer el marido; para el demandado, después de fallecer el marido, ya en 1958). 2.º) *Ejecución* de las obras hasta 1959 (para la actora, a cargo de todos los hermanos en régimen de comunidad familiar aragonesa, en forma «continuada», trabajando todos el patrimonio familiar y conviviendo bajo el mismo techo de la casa familiar; para el demandado, el proyecto, la construcción y los pagos de las obras se hicieron a costa suya, negando la comunidad familiar, conforme a lo previsto en el artículo 64, 2.º, del Apéndice de Aragón entonces vigente, aduciendo la conformidad de todos

sus hermanastros en que el negocio girase a su nombre y alegando que la casi totalidad de los hijos se habían establecido por su cuenta y vivían independientes de su madre). 3.º) *Independencia económica* del demandado (para la actora, no tenía economía propia al margen del patrimonio familiar con anterioridad a 1963; para el demandado, la independencia le derivaba de su actividad como contratista de «arrastre de maderas», que le producía ingresos superiores al trabajo en la casa familiar). 4.º) *Buena o mala fe del demandado* (para la actora, era evidente la mala fe, al hacer girar a nombre del mismo toda la industria, planos, etc., a sabiendas de que la titularidad dominical no era completamente suya, siendo un típico caso de construcción de mala fe en suelo parcialmente ajeno; para el demandado, había buena fe al partir de una situación legal, siendo la construcción totalmente a su cargo y el proyecto, y era obvio que lo importante ahora era lo edificado y no el suelo—lo accesorio—, por mucho que se hubiere incrementado en su valor). 5.º) *Mejoras* efectuadas en la industria desde 1963 en adelante (para la actora, habían sido hechas invirtiendo todos los hermanos en la explotación familiar, en régimen de comunidad familiar continuada; para el demandado, la ampliación y mejoras en el negocio fueron a su costa, ya que los hermanos vivían independientes de la madre y no hubo tal convivencia familiar). 6.º) *Existencia o no* de la sociedad «continuada» aragonesa (afirmado por la demandante y negado por el demandado, en base al artículo 64, 2.º, del Apéndice de Aragón).

La demanda, cuya cuantía se cifraba en «indeterminada», finaliza con la súplica de que se dicte sentencia, por la que se declarase: 1) el derecho de propiedad de la actora sobre la mitad indivisa de todo lo edificado sobre el solar adquirido constante matrimonio; 2) el usufructo sobre la totalidad (solar y edificación) de la restante mitad indivisa de la fonda descrita, con obligación del demandado de rendir cuentas del negocio desde 1963 hasta la fecha, condenándole a satisfacer a la actora los rendimientos de dicha explotación, previa práctica de la liquidación pertinente; 3) decretar, de una parte, la inscripción de la escritura de obra nueva de dicha fonda, disponiendo se expida el pertinente mandamiento al Registro para tales fincas, y, de otra, se decrete que el demandado deje libre, vacuo y expedito, a disposición de la actora, dicha finca urbana o fonda de 3.ª clase, condenando al demandado a estar y pasar por tales declaraciones y a las costas del pleito.

El demandado contestó y se opuso a la demanda, y tras alegar lo pertinente, formuló reconvencción, cifrando la cuantía en la suma de 100.000 pesetas, terminando con la súplica de que se dicte sentencia por la que se absolviera al demandado de la demanda y se estimase la reconvencción, condenando a la actora reconvenida a vender al demandado y reconviniente la mitad indivisa del terreno o solar adquirido constante matrimonio, al precio medio a que se paguen los terrenos de la zona urbana del lugar en análogas situaciones y características o al que fijen dos peritos, uno por cada parte, y un tercero en caso de discordia, nombrados en la forma prevista en las disposiciones vigentes, así como al pago de las costas.

Previos los trámites de réplica y dúplica y la prueba pertinente practicada, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, por la que desestimando la demanda, absolvió al demandado de las pretensiones en ella formuladas, y estimando la reconvencción, condenó a la actora a vender al demandado la mitad indivisa del terreno o solar, al precio medio que se pagan los terrenos en la localidad de la misma situación y características, fijado en 17.500 pesetas, sin expresa condena en costas a ninguna de las partes.

La Audiencia, sin hacer especial declaración de las costas de la apelación, confirmó totalmente la sentencia dictada por el Juzgado.

La demandante interpuso recurso de casación por infracción de ley, en base a los siguientes motivos:

1.º Por error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos auténticos, que evidencian el error del juzgador, consistentes en certificaciones del Ayuntamiento acreditativas del empadronamiento del demandado en la casa familiar hasta el año 1964 y las derivadas de la titularidad y usufructo del terreno litigioso; todo ello evidencia la titularidad de la recurrente y la existencia de la comunidad familiar entre la viuda y los hijos de los dos matrimonios del padre, con lo que el demandado mal pudo hacer las obras a sus solas expensas y, además, tenía pleno y absoluto conocimiento de la situación dominical de la finca, cuyo conocimiento era de no tener exclusivo dominio sobre el solar, lo que evidenciaba su mala fe.

2.º Por violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 353, 358, 361, 362 y 363 del Código civil, reguladores de la accesión sobre bienes inmuebles de cosas muebles aptas para la edificación, cuando el que edifica lo hace sobre predio ajeno; con apoyo también de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1925 y 17 de junio de 1971, ya que se reputa como edificante de buena fe a aquel que creía que sobre el terreno que edificaba tenía algún derecho dominical, cosa que no ocurre en el presente caso, en que el recurrido edificó con pleno conocimiento de que una «parte» del terreno edificado correspondía a la recurrente y sobre el resto ella tenía un usufructo vitalicio; por tanto, le es de aplicación le establecido en el artículo 362 del Código civil, que priva al edificante de mala fe la construcción practicada, quedando a beneficio del propietario del fundo o solar la edificación, y al no hacerlo así la sentencia recurrida, ha incidido en la infracción que se denuncia.

3.º Por interpretación errónea y aplicación indebida de la doctrina contenida en sentencias de 31 de mayo de 1949 y 17 de julio de 1961, que contemplan el supuesto de la accesión «extralimitada» para el caso de que la edificación se salga de los linderos de la propiedad, siendo efectuada en parte de propiedad ajena, supuestos totalmente distintos del que es objeto de autos, ya que reconocida la titularidad de la viuda y el pequeño derecho dominical del demandado, éste era irrelevante a los fines de los supuestos contemplados en las sentencias dichas, pues la edificación se efectuó totalmente sobre predio ajeno; aquí, el edificante, de momento, no tenía más que un derecho expectante mientras duraba el usufructo a favor de la recurrente, por lo que no puede considerarse como propietario «pleno», a que las sentencias citadas se refieren.

4.º Por violación, por inaplicación, del artículo 479 del Código civil: si la recurrente es usufructuaria de la mitad del solar sobre el que se ejecutó la edificación, no cabe duda tendrá el usufructo sobre la «parte» de la misma que corresponde a su derecho, y ello aunque se estime que la accesión es extralimitada o invertida y que el edificio fuera considerado como «principal».

5.º Por incidir en incongruencia la sentencia recurrida: en el suplico de la demanda se pide se le reconozca el derecho de usufructo sobre la totalidad (solar y edificación), pedimento sobre el que no se contiene pronunciamiento alguno en la sentencia del Juzgado ni en la de la Audiencia, que se recurre, por lo que se ha incumplido lo ordenado en el artículo 359 de la LEC.

El Tribunal Supremo rechaza este recurso, sentando la doctrina que sigue a continuación:

Visto siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero.

Considerando que son puntos de hecho fundamentales afirmados por la instancia: *Primero. Que la construcción del hostal en cuestión, explotado por el demandado, comenzó después de 29 de agosto de 1957, fecha de la muerte de don..., que era su padre y esposo en segundas nupcias de la actora, cuando se había extinguido la comunidad familiar aragonesa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 62 del estatuto de Derecho foral aragonés entonces vigente de 7 de diciembre de 1925, por tener la viuda, según capitulaciones matrimoniales, derecho al usufructo universal de todos los bienes familiares. Segundo. Que la edificación de dicho hostal fue sufragada íntegramente con fondos propios del demandado, hijo de don... y de su primera esposa, con pleno conocimiento de la actora, que lo consintió, y de todos los hermanos, algunos de los cuales colaboraron en la construcción y posterior servicio del hostal, recibiendo del demandado sus salarios. Tercero. Que el solar sobre el que se levantó la edificación pertenecía en su mitad proindivisa, en plena propiedad, a la actora, y en su otra mitad, en nuda propiedad, a los hijos, entre ellos, el demandado, y en usufructo, a la actora, que lo era, como queda dicho, a título universal de todos; puntos esenciales en los que se asienta el fallo de la Audiencia, que no son contradichos por ninguno de los documentos invocados con tal pretensión en el motivo primero del recurso, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues de ellos, los tres primeros abonan la constitución del usufructo universal de la actora después de la muerte de su marido, que pone fin a la comunidad familiar aragonesa, y las certificaciones del Ayuntamiento sobre empadronamiento nada suponen cuando, por otros medios de prueba, la Sala llega a la afirmación de la independencia económica alcanzada por el hijo del primer matrimonio, que le permite sufragar los costos de la nueva edificación, por lo que es procedente desestimar el primer motivo.*

Considerando que en los motivos segundo y tercero, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *se mezclan conceptos de infracción heterogéneos de los mismos preceptos sustantivos, como son: en el primero de ellos, la violación, la interpretación errónea y la aplicación indebida, y en el otro, la aplicación indebida y la interpretación errónea, conceptos entre sí incompatibles, que al ser invocados conjuntamente inciden en confusión, contraria a la precisión y claridad prescritas en el artículo 1.620 de la misma ley, por lo que procede su desestimación, aparte de que los preceptos invocados en el primero, referentes a accesión, se refieren a hipótesis diferentes de las del caso que nos ocupa, que es más similar, por el contrario, como veremos seguidamente, al recogido en las sentencias de accesión «invertida», que se citan como indebidamente aplicadas en el último de los citados motivos.*

Considerando que en el cuarto motivo, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se invoca la violación por inaplicación del artículo 479 del Código civil, referente a que «el usufructuario tendrá derecho al aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada», y es procedente también su desestimación, porque la tesis de dicho precepto, así como la del 358, 361 y la de los demás referentes al que edifica de buena fe en suelo ajeno, buena fe que no cabe discutir según los hechos que han quedado firmes, quiebra cuando el suelo sobre el que se edifica no es totalmente ajeno, o sea, cuando el que construye de buena fe es «partícipe» de alguna forma en la propiedad del suelo sobre el que edifica; hipótesis no prevista en el Código civil, a la que ha dado solución la jurisprudencia de este Tribunal aplicando, conforme al párrafo 2.º del artículo 6 del Código civil, el principio general del Derecho de que «lo accesorio sigue a lo principal», y cuando, como ocurre en el presente caso, en la escala de los valores materiales, es muy superior el de

lo edificado al del suelo, para cuyo caso invierte los términos y declara que es el suelo el que debe ceder a lo edificado; *regla que sigue la sentencia impugnada*, apoyándose en la sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1949, confirmada por la de 17 de julio de 1961.

Considerando que ha de ser *igualmente desestimado el cuarto y último motivo del recurso*, en el que, al amparo del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *se alega la incongruencia*, por no haberse hecho alusión en el fallo al usufructo vitalicio que detenta la actora sobre la mitad indivisa propiedad de los hijos en el solar edificado: *en primer lugar, porque*, aunque se cita como infringido el artículo 359 de la Ley Procesal Civil, *no se cita el concepto en el que lo ha sido*, según exige la jurisprudencia reiterada de esta Sala, y, *en segundo lugar, porque, aunque es verdad que en el fallo no se ha hecho referencia al usufructo, también lo es que los «considerandos», como antecedentes obligados, son fuentes de interpretación de los fallos a la hora de su ejecución, y tal sugerencia es recogida por el último considerando de la sentencia de la Audiencia, donde se dice*, argumentando sobre la petición que en tal sentido le fue formulada: «Sin perjuicio, claro está, *que*, en consecuencia de ello, *quede subsistente* tal usufructo viudal de la actora sobre la mitad del solar propiedad del demandado, *cuyo contenido económico deberán concretar entre las partes* si voluntariamente llegan a un acuerdo o ejercitando las acciones legales pertinentes.»

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de doña. ., hoy sus herederos.

J. C. G.

2.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

OBRA NUEVA. AL SER LA DECLARACION DE OBRA NUEVA COSA DISTINTA DEL CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA, NO SE PUEDE ALEGAR QUE ESTE ULTIMO ESTE SUJETO AL IMPUESTO SOBRE TRAFICO DE EMPRESAS PARA ELUDIR EL DE ACTOS JURIDICOS EN CUANTO A LA DECLARACION DE OBRA NUEVA (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Presentada en la oficina liquidadora una escritura de declaración de obra nueva, división en pisos y constitución de propiedad horizontal, se gira una liquidación por actos jurídicos documentados, contra la cual se recurre, alegándose que la escritura de declaración de obra nueva, generadora de la liquidación impugnada, ya había satisfecho el impuesto por tráfico de empresas y, por consiguiente, no debía quedar sujeta al de transmisiones patrimoniales en su modalidad de actos jurídicos documentados, puesto que con ello no sólo se incurre en la doble imposición, sino que se contraviene el artículo 100, 2.º, que considera incompatibles ambos impuestos.

El Tribunal Provincial desestima la reclamación, en base fundamentalmente a que la ejecución de obra es acto completamente distinto e independiente de la declaración de obra nueva, y ésta debe tributar por el concepto de actos jurídicos documentados. El Tribunal Central desestima también el recurso de alzada; por lo que interpuesto recurso contencioso-administrativo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Nicolás Gómez de Enterría y Gutiérrez, se desestima en base a la siguiente:

Doctrina.—Que al ser cosas distintas, el contrato de ejecución de obra, gravado con el impuesto sobre tráfico de empresas, y la declaración de obra nueva, no sometida a este impuesto, al de sucesiones ni a la modalidad que grava las transmisiones patrimoniales, se da el primero de los requisitos, a que se refieren los apartados 2 y 4 del artículo 100 del texto refundido de 6 de abril de 1967, en relación con el número 38 de la tarifa, e igualmente se da el segundo, con relación a los dos conceptos que en el recurso se discuten, porque si en la antigua Ley del Timbre eran valuables la declaración de obra nueva y la constitución de la propiedad horizontal (reglas 4 y 21 del artículo 9), no se alcanza la razón por la cual hayan dejado de serlo en la actualidad, con el artículo 105, apartados 1, d), y 2 del texto refundido.

CAJAS DE AHORRO. IMPUESTO ESPECIAL Y TRANSITORIO DEL 10 POR 100 (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1973).

Hechos.—La cuestión litigiosa consiste en decidir si las Cajas de Ahorro se hallan gravadas por el impuesto especial y transitorio del 10 por 100 sobre los beneficios de las sociedades y demás entidades jurídicas, creado por el artículo 12 del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, como sos-

tiene, en el presente caso, la Administración, o si, por el contrario, no están sujetas a dicho gravamen, como afirma la Caja de Ahorros recurrente.

Doctrina.—Considerando que la cuestión litigiosa ha sido ya decidida por la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias, entre otras, de 20 de enero, 25 de septiembre y 13 de octubre de 1972, que resolviendo supuestos de completa analogía con el presente y con los fundamentos que en intenso se contienen en la sentencia citada en primer término, establece, en conclusión, que al ser las Cajas de Ahorros sujetos pasivos del impuesto general sobre la renta de las sociedades y demás entidades jurídicas y al no estar exentas de la obligación de satisfacer dicho tributo, quedan igualmente sujetas a tributación por el impuesto especial y transitorio, creado por el citado Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, en su artículo 12, dada la remisión que por esta norma se hace a aquel impuesto.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. PARA QUE PUEDA EXIGIRSE EL IMPUESTO DE ACTOS JURIDICOS POR ESTE CONCEPTO ES PRECISO QUE SE HAYA PRACTICADO EN EL REGISTRO LA ANOTACION PREVENTIVA (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—La cuestión primordial se reduce a decidir si está sujeto a tributación por el impuesto sobre actos jurídicos documentados el mandamiento ordenando la anotación preventiva de embargo dimanante de juicio ejecutivo presentado en el Registro de la Propiedad, como se hizo constar en el Libro Diario del Registro de la Propiedad de Guernica, siendo retirado posteriormente sin haberse practicado la anotación preventiva de dicho embargo, como sostiene la Administración, o si, por el contrario, dicha presentación, constatada en el Libro Diario, no seguida de anotación preventiva, no está sujeta al referido impuesto, como afirma la recurrente.

Doctrina.—Considerando que la Administración se funda en que el hecho imponible consta en un documento, que es precisamente el mandamiento judicial en que se refiere el embargo practicado y se ordena su anotación preventiva, y, por otra parte, al ser presentado el mandamiento en el Registro de la Propiedad donde se practicó el asiento de presentación en el Libro Diario, se produjo un asiento registral que opera sus efectos, ya que desde esa fecha se adquiere rango registral.

Considerando que la recurrente alega el propio precepto del impuesto, artículo 100, número 1, f), del texto refundido, que grava las anotaciones preventivas que se practiquen en los Registros, y siendo el asiento de presentación de naturaleza distinta al de anotación preventiva, no cabe extender el hecho imponible ni, por otra parte, puede admitirse que el hecho imponible sea el mandamiento judicial ordenando la anotación preventiva, sino la práctica realización de dicha anotación registral.

Considerando que no cabe aceptar la tesis de la Administración, ya que, de una parte, la letra clara del artículo 100, número 1, f), del texto refundido del impuesto general de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados grava con este último tributo «las anotaciones preventivas que se practiquen en los Registros públicos», por lo que teniendo que interpretarse las normas tributarias conforme a su sentido jurídico, según el artículo 23, 2, de la Ley General Tributaria, y teniendo el término «anotación preventiva» empleado en aquel texto tributario un sentido conforme a la vigente legislación hipotecaria, no cabe extender el gravamen ordenado para las anotaciones a los asientos de mera presentación en el Libro Diario, ya que esto implicaría la extensión analógica del hecho imponible, en contra del artículo 24, número 1, de la citada Ley General Tributaria.

SOCIEDADES. LAS APORTACIONES HECHAS POR LOS SOCIOS PARA REPONER PERDIDAS ESTA GRAVADA POR EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES, CONCEPTO DE SOCIEDADES, NUMERO 6 DE LA TARIFA, AL 2,10 POR 100, COMO SI SE TRATASE DE CONSTITUCION (SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1973).

Hechos.—La cuestión litigiosa estriba en decidir si está sujeta o no al impuesto de transmisiones patrimoniales y, en su caso, al tipo a que deba liquidarse el ingreso efectivo en metálico en el patrimonio social por los accionistas de una sociedad anónima, en virtud de acuerdo social, para reponer el capital perdido mediante ingreso por cada accionista de la parte de pérdidas proporcional a sus acciones, sin que implique tal entrega dineraria aumento del capital nominal de la sociedad.

Doctrina.—Considerando que siendo la finalidad de la entrega dineraria efectuada por los socios a la sociedad restablecer el equilibrio entre el capital social y su patrimonio efectivo para evitar las consecuencias de reducción de aquél, previstas en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, e incluso su disolución, a tenor del artículo 150, número 3, de la misma, el acto jurídico va encaminado al mantenimiento del capital social de forma equivalente a un aumento del mismo después de haberse operado su reducción por virtud del referido artículo 99, consideración que permite estimar el supuesto litigioso, a efectos fiscales, como incluido en el concepto de constitución, y así lo dispone expresamente el artículo 19, número 14, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, de aplicación, según la disposición transitoria 6.ª del texto refundido vigente del impuesto ya mencionado, al considerar todo acto que dé lugar a nuevas aportaciones como constitución de sociedad, lo que obliga a aplicar la tarifa 6.ª del impuesto, como ha hecho la Administración.

PRESTAMOS PARA INVERSIONES. AL HACERSE COINCIDIR EL INTERES PROPIAMENTE DICHO CON EL LIMITE AUTORIZADO, CUALQUIERA QUE SEA EL INCREMENTO QUE RECIBA COMO CONSECUENCIA DEL EXCESO DE LA COMISION, SE PERMITE AFIRMAR QUE NO SE DAN LOS SUPUESTOS EXIGIDOS POR EL NUMERO 67, ARTICULO 65, 1, TEXTO REFUNDIDO, PARA LA APLICACION DE LA EXENCION (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1963).

Hechos.—La Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa otorgó a una sociedad un préstamo de 5.000.000 de pesetas, que habrían de ser invertidos en la construcción de un pabellón industrial de ampliación de las instalaciones de la sociedad prestataria, devengando el interés del 6 por 100 anual más una comisión del 0,25 por 100, pactándose también expresamente que la Caja de Ahorros se reservaba el derecho de modificar el tipo de interés del préstamo, así como el de la comisión, añadiéndose que el préstamo quedaría garantizado con hipoteca sobre los bienes inmuebles de la sociedad. En la escritura se hacía también constar que el préstamo se había concedido en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Ordenación del Crédito y de la Banca, solicitándose la aplicación de la exención número 67, artículo 65 del texto refundido del impuesto.

Presentada la escritura en la oficina liquidadora, se giró liquidación por el impuesto de transmisiones patrimoniales, por un total de 156.566 pesetas; interponiéndose contra la misma, por la sociedad prestataria, recla-

mación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, argumentándose que el préstamo se hallaba amparado por el número 67, artículo 65 del texto refundido, puesto que estaba ajustado a las condiciones que respecto a los tipos de interés, plazo y cuantía habían sido fijados por el Ministerio de Hacienda, tratándose de uno de los préstamos incluidos en los de carácter social otorgados en favor de las pequeñas empresas industriales. El Tribunal Provincial desestimó la reclamación por entender que la Sociedad reclamante no había acreditado en el momento de la presentación del documento a liquidación una circunstancia esencial para gozar de la exención, cual es el destino del préstamo a nuevas instalaciones industriales.

Interpuesto recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central se desestima, confirmando el acuerdo impugnado, porque el tipo de interés no se ajustaba a las limitaciones reglamentarias establecidas.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Nicolás Gómez de Enterría y Gutiérrez, se desestima nuevamente en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que abandonado el primer criterio, consistente en sostener que no se había acreditado el destino del préstamo concedido por la Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa a la construcción de un nuevo pabellón industrial de la sociedad recurrente, la denegación administrativa de la exención del impuesto sobre transmisiones patrimoniales ha pasado a apoyarse en que el interés excede del 6 por 100, que es el límite establecido por el Ministerio de Hacienda para las operaciones de la clase de la que ha originado la presente controversia, y ello, tanto por la obligación de la sociedad prestataria de satisfacer, además del interés, la comisión del 0,25 por 100 trimestral, como por quedar facultada la Caja de Ahorros prestamista para elevar los tipos de interés y comisión.

Considerando que no existe inconveniente alguno en aceptar de plano la tesis de la sociedad recurrente de que el interés y comisión son dos conceptos distintos, el primero de los cuales responde a la retribución del capital prestado, y el segundo, a la del trabajo de gestión; ahora bien, para que la anterior distinción se mantenga es preciso que la comisión quede en todo momento limitada a su función secundaria de retribución módica de unos servicios, y de ahí que los usos mercantiles, oficialmente sancionados por la Orden de 30 de octubre de 1964, fijen los tipos de comisión sobre la base de 1.000 y no sobre la de 100, que es la que normalmente se toma en cuenta para los intereses, con lo que esta heterogeneidad de bases impide ya la suma inmediata de los dos conceptos; pero si el tipo de comisión está fijado sobre la base de 100, no es sólo la facilidad que entonces se brinda para acumular directamente la comisión a los intereses, por la homogeneidad de las bases respectivas, sino que habrá motivo para pensar que la modicidad de la comisión pudiera no haberse respetado, así como tampoco su función secundaria, con lo que asumiría el cometido principal de retribución del capital, es decir, con el nombre de comisión se habría encontrado un medio para incrementar los intereses.

Considerando que las Ordenes del Ministerio de Hacienda de 14 de julio y 25 de noviembre de 1967, aplicables a los préstamos de las Cajas de Ahorros para inversiones nuevas en actividades industriales, fijaron el interés anual del 6 por 100, sin autorizar expresamente el percibo de comisión alguna, y aunque se tratara, lo que ya es conceder, en las inversiones industriales nuevas, que contempla el número 8 de la Orden de

20 de agosto de 1964, modificado por las de 14 de julio y 13 de diciembre de 1967, de operaciones activas sin regulación especial, y se acudiera por esta única vía a la Orden de 30 de octubre de 1964, relativa a los Bancos, en seguida se advierte que las operaciones bancarias activas con garantía distinta de la personal, que son los supuestos menos distantes del préstamo hipotecario, tienen señalada la comisión trimestral del 1 por 1.000; luego la comisión pactada en el préstamo con hipoteca objeto del presente recurso, que fue del 0,25 por 100 al trimestre, equivalente al 2,5 por 1.000, por la elevación del tipo, atendida la clase de operación, constituye, en parte, al menos, una retribución complementaria del capital prestado.

Considerando que como el interés propiamente dicho se hizo coincidir con el límite autorizado, cualquiera que sea el incremento que reciba como consecuencia del exceso de la comisión, permite afirmar que no se dan los supuestos exigidos por el número 67 del artículo 65, 1, del texto refundido de los impuestos sobre sucesiones, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, sin necesidad de entrar en el examen de la cláusula de la escritura de préstamo, que autoriza a la Caja de Ahorros para modificar el interés y la comisión, y que en la misma demanda se admite que tuvo una redacción no muy afortunada.

C. M. A.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL REQUISITO DEL PREVIO PAGO (SENTENCIAS DE 14 Y 27 DE JUNIO DE 1973).

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, dando muestras, una vez más, de la profunda transformación experimentada en los criterios informantes de la jurisprudencia de ella procedente, en dos sentencias recientes *ha sentado por primera vez, después de diecisiete años de vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, la interpretación correcta del precepto de la misma regulador del previo pago*. Ni más ni menos, esto es lo que suponen las sentencias de 14 de junio de 1973 (ponente: GÓMEZ ENTERRÍA) y de 27 de junio de 1973 (ponente: MARTÍN MARTÍN).

Hasta estas sentencias se había producido, ciertamente, una atenuación de la rígida jurisprudencia dictada en aplicación del viejo texto de la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Pero todavía seguía creyéndose—en contra del claro texto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—que el previo pago era un requisito procesal exigido por la ley. En 9 de noviembre de 1972, una sentencia de la propia Sala Tercera seguía conteniendo afirmaciones como ésta: «En los casos en que proceda con arreglo a las leyes, tal remisión a las leyes no implica que sea en éstas—distintas de la jurisdiccional—donde se imponga la presentación del documento acreditativo del pago para interponer el recurso contencioso, sino que la remisión a las leyes se refiere a que conforme a éstas proceda el pago del impuesto o arbitrio de que se trate.»

De aquí la importancia excepcional de las sentencias, que hoy queremos reseñar aquí con todos los honores. Pues estamos ante decisiones jurisprudenciales que determinan el nacimiento de una etapa. Las sentencias de la Sala Tercera de 14 y 27 de junio de 1973 entierran—esperemos que definitivamente—la errónea creencia de que después de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el previo pago seguía siendo un requisito procesal.

Es cierto que no se ha llegado a ellas de pronto, saltando prodigiosamente de la más rabiosa interpretación formalista a esta luminosa doctrina. No. Estas sentencias, estas ponencias, de NICOLÁS GÓMEZ ENTERRÍA y PAULINO MARTÍN, tienen detrás una laboriosa construcción jurisprudencial, que día a día, desde la vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha ido atenuando y mitigando los efectos del desafortunado requisito del previo pago. De tal modo, que este injusto obstáculo procesal prácticamente había quedado reducido al máximo. Pero son estas sentencias de 14 y 27 de junio las que dan el paso decisivo y nos dicen claramente que en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ya no existe el requisito procesal del previo pago.

Para calibrar exactamente el valor de estas decisiones jurisprudenciales parece oportuno recordar la innovación legislativa de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para después resumir en gran-

des líneas la evolución jurisprudencial, que nos ha conducido a las sentencias de 14 y 27 de junio de 1973.

II. DE LA VIEJA LEY DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO A LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1956

1. En la vieja Ley de lo Contencioso-Administrativo, texto de 1888-1894, el previo pago se regulaba como auténtico requisito previo del recurso contencioso-administrativo, en su artículo 6, que se mantuvo en el texto refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952. El artículo 6, en su redacción tradicional, decía: «No se podrá intentar la vía contencioso-administrativa en los asuntos sobre cobranza de contribuciones y demás rentas públicas o créditos definitivamente liquidados en favor de la Hacienda, en los casos en que proceda con arreglo a las leyes, mientras no se realice el pago en las Cajas del Tesoro Público.»

2. En la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 desaparece el previo pago como requisito procesal. No se regula como tal requisito. Y se hace referencia al mismo al regular el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo. El artículo 57, párrafo 2, apartado e), enumera, entre los documentos que han de acompañar a dicho escrito, el siguiente: «El documento acreditativo del pago en las Cajas del Tesoro Público o de las Corporaciones locales, en los asuntos sobre contribuciones, impuestos, arbitrios, multas y demás rentas públicas y créditos definitivamente liquidados en favor de la Hacienda, en los casos en que proceda con arreglo a las leyes, excepto en el supuesto previsto en el artículo 132, párrafo 2, y cuando el pago se hubiere hecho durante el curso del procedimiento administrativo y en él constare el documento que lo justifique, en cuyo caso se manifestará así en el escrito de interposición.»

3. Del texto de la nueva ley se desprende cuáles son las innovaciones que el mismo introdujo respecto de la normativa anterior, a saber (32):

- En la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el previo pago no es un requisito procesal (como en el Derecho anterior); se trata únicamente de un documento que ha de acompañarse al «escrito de interposición», cuya omisión puede subsanarse (art. 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), sin que haga falta que la fecha del documento sea anterior a la incoación del proceso.
- Únicamente se exige «en los casos en que proceda con arreglo a las leyes». De aquí que haya que acudir a la legislación aplicable a la materia de que se trata y ver si es preceptivo o no el pago. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se limita a señalar la necesidad de acompañar tal documento cuando «proceda con arreglo a las leyes», pero no establece como presupuesto del proceso el «previo pago», como hacía el artículo 6 de la antigua ley.

III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL «SOLVE ET REPETE»

1. Principio general

Pese a las profundas diferencias entre la regulación de la vieja Ley de lo Contencioso-Administrativo y la de la nueva Ley de la Jurisdicción

(32) Me remito a mi *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1966, II, pág. 679

Contencioso-Administrativa, lo cierto es que la jurisprudencia siguió afirmando que el previo pago era un requisito procesal, si bien a este requisito procesal, como a los demás, se le aplicó el principio antiformalista informante de la ley, dando lugar a una atenuación de sus consecuencias.

En la interpretación jurisprudencial se observó una distinta concepción de las Salas Tercera y Cuarta del Tribunal Supremo. Como en tantas otras materias, se ha manifestado una distinta actitud de las mismas, que ha variado a lo largo del tiempo.

En un principio fue mucho menos generosa para el administrado la Sala Tercera. Así, mientras la Sala Tercera seguía considerando la regla general del previo pago en sentencias de 16 de marzo y 23 de mayo de 1962, y con más atenuación las de 4 de junio y 5 de octubre del mismo año —dice MENDIZÁBAL ALLENDE—, la Sala Cuarta, al conocer de recursos contra multas impuestas en materia de montes, establecía que el documento acreditativo del pago en las Cajas del Tesoro sólo es exigible cuando dicho previo ingreso proceda con arreglo a las leyes, pero no si éstas se abstienen de exigirlo para recurrir (sentencias de 9 de noviembre de 1959, 24 y 31 de octubre de 1961 y 16 de marzo de 1962) (33).

Pero más tarde, la Sala Tercera va a dar un giro copernicano y de ella procederán las sentencias que durante los últimos años más han significado en la estructura de un adecuado régimen de garantías.

2. El previo pago, requisito procesal

Pese a todas las atenuaciones a que condujo el principio antiformalista, la jurisprudencia siguió definiendo el previo pago como requisito procesal. Así, por ejemplo:

- Sentencia de 7 de octubre de 1970: «Reiterada jurisprudencia de esta Sala, por ejemplo, sentencias de 17 de febrero y 24 de abril de 1969 y 21 de febrero de 1970, entre las más recientes, han venido exigiendo, como principio general, una adecuada interpretación de los indicados artículos de la mencionada ley y, en particular, que aquí interesa, la justificación del abono del total importe de la multa impuesta, como condición habilitante para el factible acceso del recurrente a la jurisdicción, en supuestos como el de que ahora se trata.»
- Sentencia de 3 de enero de 1973: «Han configurado como verdadero requisito habilitante para ejercitar la pretensión procesal, en los

(33) "Significado actual del principio *solve et repete*". *Revista de Administración Pública*, número 43, págs. 120-121. Entre las sentencias que consideran que todavía el previo pago como requisito esencial, una de 27 de junio de 1964 dice: "Que es doctrina unánime, tanto de la científica como de la jurisprudencial, la ejecutividad del acto administrativo en general, consecuencia del derecho exorbitante de la Administración y de la presunción de legalidad, justificantes, a su vez, de que la Ley dé una particular vía jurídica al acto administrativo para que alcance pronta eficacia y efectividad como dirigido en principio a satisfacer necesidades o intereses públicos que se frustraría si pudiesen llevarse a esta jurisdicción sin previo pago, cuyos conceptos tienen su consagración legislativa en el artículo 112 de nuestra Ley, en exacta concordancia con el 57, apartado e), que aparece en la Sección segunda del título 4.º, dedicado a la interposición y admisión del recurso, exigiendo en forma insoslayable que entre los documentos que han de acompañarse a la demanda esté aquel que acredite el previo pago, o sea el ingreso en las arcas del Tesoro o de las Corporaciones locales cuando el acto recaiga sobre impuestos, tasas o arbitrios, y siendo así que como reconocen las partes este requisito no se cumplió, la Sala de lo Contencioso de Burgos debió rechazar la demanda, y sin que a ello se oponga eficazmente el que mediante una supuesta ampliación de aquélla, que implica una evidente desviación procesal, se alterasen los términos de la contienda, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, porque aparte de las serias anomalías que en el proceso se produjeron, por este motivo, de consagrarse, bastaría para eludir el requisito del previo pago de una liquidación girada, al ampliar después la pretensión y el suplico de la demanda haciendo una postulación como la que el aludido escrito contenía, todo lo que determina la nulidad de la sentencia objeto de apelación por no ser conforme a Derecho, sin que, de otro lado, sea preciso, dadas las circunstancias del proceso, hacer especial declaración de costas causadas".

casos de créditos definitivamente liquidados en favor de la Hacienda, el pago con carácter previo de la cantidad sometida a discusión.»

- Sentencia de 23 de marzo de 1973: «En todo caso y hasta ahora se configura como requisito habilitante del ejercicio de la pretensión procesal—sentencias de 21 de enero, 23 de junio y 6 de julio de 1971; 6 de junio y 27 de octubre de 1972.»

Ahora bien, como se ha señalado, este requisito procesal fue interpretado a la luz del principio antiformalista informante del ordenamiento jurídico-administrativo, reduciendo en lo posible su ámbito de aplicación y los supuestos de inadmisión del recurso contencioso-administrativo por defectuoso cumplimiento del mismo.

Este principio antiformalista ha actuado en tres direcciones principales: 1.ª) Reducción del ámbito de aplicación del requisito. 2.ª) Facilitación de la forma de cumplimiento. 3.ª) Posibilidad de subsanación.

3. La reducción del ámbito del *solve et repete*

La jurisprudencia ha intentado esta reducción del ámbito del requisito, tanto en un aspecto objetivo—materias en que no se aplica—como en un aspecto subjetivo. En este último interesa destacar la doctrina que considera que la Corporación local no está obligada al previo pago.

Entre las sentencias de la Sala Cuarta puede citarse la de 1 de julio de 1970 (ponente: BECERRIL), que dice: «Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57, e), de la Ley Jurisdiccional, que tratándose de las Corporaciones locales, el artículo 661, número 4, de la Ley de Régimen Local las exceptúa de depósitos y cauciones ante los Tribunales y ante otros órganos de la Administración.»

Entre las de la Sala Tercera, la sentencia de 12 de febrero de 1972 (ponente: MENDIZÁBAL ALLENDE): «La regla *solve et repete*, a la cual alude el apartado e) del artículo 57 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, norma en blanco, pretende asegurar la recaudación de los tributos y la presión inmediata de las sanciones administrativas, sin que por su propia naturaleza y finalidad admita una retrosión respecto de los propios entes públicos cuando litigan entre sí, incluso situados en distinto nivel, por impedirlo la rigidez de las normas contables, que harían imposible el cumplimiento de este requisito, unas veces, la inexistencia total y parcial de previa consignación presupuestaria para tales atenciones, y otras, la complejidad de la ordenación del gasto para disponer fondos dentro de un plazo preclusivo e improrrogable, como el de interposición del recurso contencioso-administrativo, ya que, además, la Hacienda Pública cuenta, como garantía del cobro, con el mecanismo de la compensación del crédito, autorizado en el número 2 del artículo 14 del Estatuto de Recaudación, por todo lo cual, el párrafo 4.º del artículo 661 de la Ley de Régimen Local exceptúa a las Corporaciones locales de la prestación de cauciones, fianzas o depósitos ante Tribunales de cualquier jurisdicción, norma genérica y suficientemente expresiva, que elimina radicalmente la exigencia del pago de la sanción como presupuesto del ejercicio de la pretensión procesal.»

4. El cumplimiento del requisito

Frente a la doctrina jurisprudencial tradicional, que, aplicando el artículo 6 de la vieja Ley de lo Contencioso-Administrativo, exigía para que se cumpliera este requisito el pago—*solve*—de la cantidad (34), la juris-

(34) Un excelente resumen de la doctrina tradicional, en SERRANO GUIRADO, "El requisito del previo pago en el recurso contencioso-administrativo", *Revista de Derecho Financiero*, 11, núm. 5, páginas 5-64.

prudencia llegó a admitir otras formas de cumplimiento, aparte del pago. Así:

a) *El depósito*

Esta doctrina jurisprudencial (35) estima que no es necesario el pago, que basta el depósito. Pero para que el depósito sea suficiente, a efectos de cumplir el requisito procesal, exige que se constituya a disposición del órgano competente, de modo que pudiera transformarlo en pago por su voluntad, sin necesidad del concurso del administrado (v.gr., sentencias de 30 de marzo y 16 de abril de 1959, 21 de noviembre de 1961 y 20 de febrero y 13 de mayo de 1963).

b) *El aval bancario*

Ha sido otra de las modalidades de cumplimiento del requisito admitidas. Ya una sentencia de 30 de abril de 1965 (ponente: DOCAVO) dice, frente a la alegación de inadmisibilidad, que «como se siguió al mismo tiempo que el expediente un sumario, y en él... se le había exigido una fianza de 140.000 pesetas, en la sentencia de la Audiencia se expresa que en la pieza de responsabilidad subsidiaria la citada empresa había constituido un aval bancario por la expresada cantidad, por lo que la alegación de inadmisibilidad es inaceptable, porque no sería justo exigir una doble garantía para asegurar una responsabilidad civil subsidiaria». Y la jurisprudencia posterior lo viene admitiendo con generalidad. Siempre que, de forma análoga al depósito, «la Administración pueda proceder al cobro sin el concurso del interesado, de modo irreversible y en cualquier momento». Así, una sentencia de 10 de mayo de 1972 (ponente: GÓMEZ ENTERRÍA). En el mismo sentido, por ejemplo, las siguientes decisiones:

- Sentencia de 2 de octubre de 1970 (ponente: VACAS MEDINA): «Aunque las sentencias de esta Sala de 3 y 5 de febrero de 1968, 6 de febrero y 2 de octubre de 1969 y 13 de abril de 1970, entre otras, propugnan una interpretación amplia del apartado e) del artículo 57 de la Ley Jurisdiccional, antes citado, en los supuestos de prestación de aval tal interpretación procede, naturalmente, cuando dicho aval puede hacerse efectivo por la Administración sin el concurso del interesado, de modo irreversible y en cualquier momento.»
- Sentencia de 6 de abril de 1972 (ponente: ESPÍN): «En el presente caso debe entenderse cumplido, en términos equivalentes, el requi-

(35) TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA. *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1965, II, pág. 49. CERVERA. "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de *solve et repete*", *Crónica tributaria*, núm. 5, págs. 49-59.

(36) MENDIZABAL ALLENDE. "Significado actual del principio *solve et repete*", *Revista de Administración Pública*, núm. 43, págs. 140-144. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, citado, II, pág. 682. Hay que destacar, sin embargo que, en un principio, únicamente se admitió el depósito cuando la disposición reguladora preveía esta forma de cumplimiento. Así, una sentencia de 25 de noviembre de 1963, al decir "La exigencia legal de la justificación del previo pago en las Cajas del Tesoro Público, entre otras cantidades, del importe de las multas cuya imposición sea objeto de la acción contenciosa, no es obligada en todo caso, puesto que según el artículo 57 de la Ley de la jurisdicción aparece condicionada a que "proceda con arreglo a las Leyes", y es de tener en cuenta que la normativa aplicada para la sustanciación del expediente en que fue decretada la sanción aludida y el devengo de aquellos honorarios ha sido el Reglamento de policía de aguas y sus cauces de 14 de noviembre de 1958, que no exige su previo pago y sólo obliga al depósito del importe total de las sanciones impuestas en la Caja General de Depósitos a disposición de la Jefatura, a resultas del recurso, por lo que, y conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial, la entrega de las reclamadas cantidades en dicha Caja a disposición del organismo sancionador—el que puede decretar su efectividad sin intervención del depositante, al que le impuso la obligación de consignarlas como ineludible para su defensa—debe reputarse como cumplimiento del requisito cuya falta es denunciada y, por consiguiente, no se ha producido a causa analizada de inadmisibilidad del recurso."

sito del previo pago, ya que desde la interposición del recurso por la alegación del aval bancario, y dentro del plazo que se le concedió para el efectivo pago, siempre ha estado la Administración garantizada de la ejecución del acto administrativo.»

- Sentencia de 17 de mayo de 1973: «La tesis mantenida por la sentencia apelada debe ser aceptada en base de los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica, dado que en realidad no hace más que seguir la línea argumental marcada por constante y reiterada doctrina de la Sala, en cuanto sostiene que el previo pago es exigible en materia de exacciones municipales—sentencias, entre otras, de 23 de diciembre de 1968, 15 de marzo de 1969, 5 y 12 de enero de 1971, 14 de junio de 1972 y 7 de febrero y 28 de marzo de 1973, etc.—, sólo atenuado, en cuanto al cumplimiento, mediante una interpretación amplia en el supuesto de prestación de aval bancario—sentencias de 6 de febrero y 20 de octubre de 1969, 13 de abril y 20 de octubre de 1970, 14 de junio de 1972—, o de la insinuada posibilidad de subsanación, al amparo del artículo 129 de la ley—sentencias de 4 de febrero y 29 de mayo de 1972, 3 de enero de 1973, etc.—; no deja, sin embargo, de precisarse—sentencias de 25 de junio de 1970 y 24 de junio de 1972—que la eficacia enervadora de la garantía ofrecida arranca del hecho de resultar el aval suficiente, además de prestado precedentemente a la interposición del recurso, al configurarse como requisito habilitante del ejercicio de la pretensión procesal.»

5. Posibilidad de subsanación

a) El principio antiformalista, inspirador de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se concretó en la posibilidad de subsanar todo defecto procesal que, naturalmente, fuese subsanable. El artículo 129 de la ley establece el régimen general de la subsanación. Ahora bien, al aplicarse al defecto del requisito del previo pago, la jurisprudencia ha seguido criterios dispares.

b) Una dirección, que ha perdurado hasta fecha reciente, consideraba posible la subsanación, con arreglo al artículo 129, de la falta de presentación del documento acreditativo del cumplimiento del requisito, pero no del hecho del pago. Esta doctrina no era sino una continuación de la que tradicionalmente había considerado el previo pago como un requisito *previo*. Si era requisito previo, el pago debería verificarse antes de incoarse el procedimiento—o, al menos, dentro del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo—, pero nunca después. La subsanación que se admitía, por tanto, era la del defecto de presentación del documento, pero no de la falta de pago. Esta doctrina persiste todavía en fallos como la sentencia de la Sala Cuarta de 29 de mayo de 1972 (ponente: SUÁREZ MANTEROLA), en que se dice: «Que es doctrina constante de este Alto Tribunal, recogida, entre otras, en sentencias de 25 de julio de 1956; 16 de marzo y 9 de noviembre de 1962; 1 de julio de 1963; 27 de junio y 24 de octubre de 1964; 5 de mayo de 1966; 8 de marzo, 30 de mayo y 20 de diciembre de 1967; 28 de marzo; 1 y 20 de junio de 1968; 15 de junio de 1970, y 31 de marzo, 30 de junio, 29 de septiembre y 26 de octubre de 1971, la de que el ingreso requerido por el aludido apartado e), del número 2, del artículo 57, y a justificar aprovechando la concesión del plazo autorizado por su número 3, ha de ser sólo uno 'preconstituido', es decir, anterior en fecha—o, por lo menos, no de fecha posterior—a la de presentación del escrito de interposición del recurso.»

c) Pues bien, va a ser la Sala Tercera la que, también en esta ocasión, rectificando viejas actitudes erróneas, va a dar un paso decisivo en la línea del antiformalismo. Y va a proclamar la posibilidad de que pueda subsanarse no sólo el defecto de la presentación del documento acreditativo del pago, sino del pago mismo. Así, una sentencia de 6 de abril de 1972, por nosotros comentada desde las páginas de esta Revista (37). Y más recientemente, una sentencia de la propia Sala Tercera de 2 de febrero de 1973 dice: «Sin desconocer la configuración que como requisito habilitante del ejercicio de la pretensión procesal le atribuye la jurisprudencia de este Tribunal—sentencias de 21 de enero, 23 de junio y 6 de julio de 1971; 6 de junio y 27 de octubre de 1972, etc.—, la falta u omisión denunciada fue subsanada por la parte actora dentro del plazo de diez días que el Tribunal de Instancia le otorgó por la primera providencia dictada en el proceso y precisamente, además, dentro del plazo de los dos meses que para interponer el recurso contencioso otorga el artículo 58, 1, de la ley.»

IV. LAS SENTENCIAS DE 14 Y 27 DE JUNIO DE 1973

Ya en alguna decisión anterior se había señalado que el artículo 57, párrafo 2, apartado e), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, era una norma en blanco referida a la exigencia que de tal requisito se hiciera en la Ley Reguladora de los impuestos, en virtud y aplicación de los cuales se produjo el acto administrativo de contenido económico objeto de impugnación (v.gr., sentencia de la Sala Tercera de 11 de febrero de 1971). Pero no se había llegado, partiendo de esta declaración, a todas las consecuencias que lógicamente se derivaban de ella. Pues, en definitiva, se trata de establecer que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no exige como requisito procesal el previo pago. La ley se limita a remitirse a la Ley Reguladora de la Actividad Administrativa, que condujo al acto impugnado. De tal modo que sólo cuando la ley respectiva lo exige podrá hablarse del previo pago como requisito procesal.

Y estas dos sentencias de 14 y 27 de junio de 1973 llegan justamente a las últimas consecuencias que podrían obtenerse: la primera, referida a los actos dictados en ejecución de la potestad tributaria estatal; la segunda, a los dictados en materia de exacciones locales.

El texto de estas trascendentales sentencias es el siguiente:

Sentencia de 14 de junio de 1973 (ponente: GÓMEZ ENTERRÍA): «Que el requisito del previo pago, establecido directamente en el artículo 6 de la antigua Ley de lo Contencioso-Administrativo de 22 de junio de 1894, y mantenido sin alteración en el texto refundido de 8 de febrero de 1952, pasó al inciso e) del artículo 57, 2, de la vigente Ley de 27 de diciembre de 1956, con la atenuación consiguiente a su formulación indirecta, lo que ha permitido a la jurisprudencia, fiel al sentido espiritualista de la actual Ley de la Jurisdicción, ir reduciendo el número de inadmisiones con fundamento en la falta del requisito procesal de que se trata, bien porque el crédito estuviera pendiente de liquidación definitiva, bien por concederse al aval efectos sustitutorios del pago, bien por promoverse la impugnación contenciosa por una entidad local, habiendo llegado la sentencia de 12 de febrero de 1972 a calificar como norma en blanco el apartado e) del artículo 57, 2, de la ley, y la de 2 de marzo de 1973, en igual sentido, le atribuye el carácter de norma de reenvío, y en este momento, cuando ha sido el mismo legislador quien se ha hecho eco de los avances de la doctrina jurisprudencial, al insistir en la técnica del reenvío, en el artículo 132, apartado 4, según la redacción efectuada por la Ley de 17 de marzo

(37) Cfr. núm. 489, 1972, págs. 453-457

de 1973, y concretar, a la vez, que el requisito del previo pago ha de venir impuesto precisamente por una norma con categoría de ley, como hacen, por vía de ejemplo, la de Montes de 8 de junio de 1957, en el artículo 57, 2; la de Orden Público de 30 de julio de 1959, modificada en 21 de junio de 1971, en el artículo 21, 4; la de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 20 de julio de 1963, en su artículo 32, y el texto refundido de la Ley de Viviendas de Protección Oficial de 24 de junio de 1963, en el último párrafo del artículo 37; pero no sucede lo mismo con la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, ni con la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964, por lo que en esta materia la reciente Ley de Modificación de la Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa refuerza el principio de que el requisito del previo pago sólo será obstáculo para la admisión del recurso jurisdiccional cuando expresamente se exija por alguna otra ley, lo que no impedirá a la Administración fiscal el cobro por la vía de apremio de los impuestos discutidos, a menos de haberse obtenido la suspensión de los efectos del acto administrativo que se combate, y como en el presente recurso se discute una liquidación por impuesto sobre las rentas del capital y el texto refundido de la Ley de 23 de diciembre de 1967 no impone el previo pago para acudir a la vía contencioso-administrativa, ha de llegarse a la consecuencia de no acoger la causa de inadmisión aducida en el escrito de contestación a la demanda.»

Sentencia de 27 de junio de 1973 (ponente: MARTÍN MARTÍN): «En relación al requisito del previo pago es de ratificar en su integridad la doctrina sentada en la sentencia de la Sala de 14 de junio de 1973, como ultimación del proceso argumental iniciado por las sentencias de 12 de febrero de 1972 (al calificar de norma en blanco el apartado e) del artículo 57, 2, de la ley) y 12 de marzo de 1973 (norma de reenvío), y que de nuevo ratifica con rango legal el apartado 4 del artículo 132 de la Ley de 17 de marzo del corriente año, al concretar que el requisito dicho ha de venir impuesto precisamente por una norma con categoría de ley (v.gr., artículo 87, 2, Ley de Montes de 8 de junio de 1957; art. 21, 4, Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, modificada en 21 de julio de 1971; art. 32, Ley de 20 de julio de 1963; art. 37 del texto refundido de la Ley de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1963); exigencia que, por el contrario, no impone tanto la Ley General Tributaria como el artículo 727, apartado 4, de la Ley de Régimen Local, por lo que en materia de exacciones locales, la reciente modificación de la Ley Jurisdiccional refuerza el principio de que el requisito del previo pago sólo será obstáculo para la admisión del recurso contencioso cuando expresamente se exija por alguna otra ley que regule materialmente las haciendas locales, y ante el hecho jurídico de su no existencia conduce a la no admisión de la excepción de inadmisibilidad, que la sentencia apelada acoge al amparo del apartado f) del artículo 82, en conexión con el apartado 2, e), del artículo 57 de la Ley Jurisdiccional.»

V. CONCLUSIÓN

Ultimamente me he referido repetidamente al fracaso de la doctrina para estructurar un adecuado sistema que garantice la sumisión de la Administración pública al Derecho. En un excelente trabajo sobre el tema, aparecido recientemente en Francia, se denuncian con crudeza los defectos del sistema. Y el profesor DRAGO, al prologar la obra, nos dice que la justicia administrativa francesa, como toda institución humana, presenta cierto número de defectos. En realidad, el problema es más grave. No es que la justicia administrativa francesa y no francesa presente ciertos

defectos. Es que la justicia administrativa ha sido impotente para lograr la sumisión de la Administración pública al Derecho y, en consecuencia, no puede hablarse de justicia administrativa, no existe justicia en la Administración. La experiencia nos ha demostrado que «justicia» y «administración» son dos palabras que se repelen, no cabe la más leve conexión entre ellas.

Sin embargo, cuando nos enfrentamos con sentencias como las que hoy comentamos, pensamos que todavía es posible hacerse algo. Y nos queda la esperanza de que, aunque tímida, lentamente, nos vamos acercando a ese ideal inaccesible de que el Derecho llegue a informar las relaciones jurídico-administrativas.

Ø

J. G. P.

LIBROS

ALVAREZ VIGARAY, RAFAEL: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Universidad de Granada, 1972.

Llega a mis manos por una vía casi directa un libro de cerca de 250 páginas, que el autor, RAFAEL ALVAREZ VIGARAY, doctor en Derecho y perteneciente a la Universidad de Granada, me envía para su recensión. En la andadura de este camino de recensiones solamente la esencial mira objetiva de la Revista es la que selecciona materias y decide inclusiones. El libro presente, con su actualísimo tema, no podía por menos de ser acogido en estas páginas.

ALBERTO MORAVIA, no hace mucho hacía una serie de reflexiones sobre el libro en general y decía, con un acierto sensacional, que existían, por así decirlo, dos clases de libros: los que hacen de la lectura un mero ejercicio físico, que están escritos para el consumo, con una largueza y con un contenido convencionales, y que no se leen en realidad, sino que se recorren con la mirada, y otros libros, los que podrían llamarse «escritos» (y no sólo impresos), que son los que han sido «pensados y creados». Traigo aquí esta cita, tomada de ese magistral resumen sobre la «consideración del libro», que publica DÍAZ-PLAJA, para ofrecer al lector una primera impresión genérica de en qué consiste la publicación que tenemos delante. El libro, especie de trabajo monográfico, se estructura sobre el problemático artículo 1.124 del Código civil y ha sido realizado con la ayuda de una beca de la Fundación Juan March, pero lo fundamental de él es que ha sido «pensado y creado» por su autor después de la inevitable vigilia que todo trabajo monográfico lleva consigo.

La actualidad del tema viene impuesta por una civilización más avanzada, más complicada, más exigente... No es que el hombre actual carezca de lo que tradicionalmente se ha denominado «palabra», sino que los acontecimientos «mandan» en sus decisiones, y donde ayer dijo sí, con plena convicción de sus posibilidades, diez días después exige un «no» impuesto por unas circunstancias distintas, que no suponen causas de excepción a la teoría general del incumplimiento. Corrientemente se ha «popularizado» la singularidad de ciertas regiones por su forma inveterada de cumplir lo prometido, pero hoy día se ha generalizado esa «resistencia pasiva» de otras regiones a lo que podríamos llamar cumplimiento pundonoroso de sus obligaciones. Y es que los tiempos actuales unifican criterios, como uniforman las gabardinas, los pantalones de las mujeres y hacen semovientes a muchos que conducen automóviles de fabricación nacional o extranjera.

La publicación, presentada en holandesa recortada, nos ofrece siete capítulos, de los cuales los dos primeros suponen un contraste histórico y otro de Derecho comparado, el tercero está destinado a la naturaleza y fundamento de la resolución y viene complementado por el cuarto, en donde se estudia lo que el autor denomina carácter dispositivo de la resolución. El resto de los capítulos están marcados en los inevitables requisitos y formas, así como de las especialidades que el artículo 1.124 del

Código civil ofrece. Al final de cada capítulo lleva unas notas bibliográficas de los trabajos consultados y antes del índice sumarial ofrece también—como debe ser—un índice bibliográfico de autores y obras tenidas en cuenta en el trabajo paciente y minucioso de la investigación.

Sería difícil ofrecer al lector una versión que no se ajustase a los límites y divisiones que el autor nos presenta, pues aparte de la lógica que le ha guiado debo destacar su gran acierto. De ahí que nos ciñamos a su esquema y que distingamos:

A) *Antecedentes históricos*.—La publicación afirma inicialmente la idea de que la resolución de las obligaciones bilaterales por incumplimiento de una de las partes es una institución relativamente reciente: es casi en el siglo XVII cuando termina por ser admitida sin discusión.

Recorre, al efecto, el autor el Derecho romano, en el que en su primera época ofrecía sólo la posibilidad al acreedor de exigir el cumplimiento o ejecución del contrato, pero no el de su resolución. Afirmación de tipo genérico, que el autor deslinda posteriormente, distinguiendo el contrato de compraventa, en el que se seguía la norma general; los contratos inominados (en los que en su última época coexisten la acción de cumplimiento, la de resolución por culpa y la resolución independiente de la culpa), y los contratos de arrendamiento y enfiteusis (en los que existía, más que resolución, caducidad de la relación).

En el Derecho histórico castellano cita el Código de Euriciano, el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real, las Siete Partidas y la doctrina jurídica que comenta dichos textos, concluyendo que en el siglo XIX comienza a abrirse paso la doctrina de la condición resolutoria o tácita en las obligaciones bilaterales por incumplimiento de una de las partes. Cita también la influencia que el Derecho canónico tiene en el origen de la condición resolutoria tácita, apareciendo como una especie de castigo a la mala fe y como conforme a la voluntad probable o presunta de las partes. Termina esta especie de exposición histórica con el examen de la condición resolutoria tácita en el Derecho francés anterior al Código civil y señala cómo es ya en la segunda mitad del siglo XVI cuando, por influencia de la obra de DUMOULIN, el Derecho consuetudinario francés abandona el sistema resolutorio de la compraventa romana para adoptar un principio general de resolución en caso de inejecución por una de las partes.

B) *Derecho comparado*.—En la selección de legislaciones que pueden servir de muestrario a un estudio definido del principio resolutorio ofrece la del Código civil francés, la del italiano, la del alemán, la del austriaco, la del federal suizo y la del portugués de 1966. La exposición, con ser minuciosa en su parte dispositiva, carece, a mi entender, de una sistemática que el autor parece abandonar en este capítulo y que resplandece en los demás.

Esta parte, sin embargo, da paso, inevitablemente, a la siguiente, pues sólo viendo la regulación legal en sus matices diferenciales cabe admitir la serie de posturas doctrinales en torno a la configuración de la naturaleza jurídica del sistema resolutorio.

C) *Naturaleza y fundamento*.—El autor sigue en este punto dos cauces expositivos. Primero utiliza el sistema de una serie de definiciones para deslindar la figura de la resolución por incumplimiento de otras, y luego expone una serie de teorías sistematizadas sobre el fundamento teórico de la misma. Parte de la definición de MANRESA, que dice que la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código civil es «aquella facultad o remedio que, con carácter principal y genérico, otorga la ley en las

obligaciones recíprocas para resolverlas y a favor de la parte perjudicada por el incumplimiento del deber a la otra asignad». También ofrece las definiciones de ENNECERUS y MESSINEO, para luego llegar a la suya propia, en la que considera que «es el derecho de impugnación del contrato bilateral, ejercitable por la parte cumplidora, mediante demanda judicial o por declaración dirigida a la otra parte y encaminadas a producir la extinción (generalmente retroactiva) del contrato, por haber desaparecido la composición del interés inicial en el contrato, en virtud del incumplimiento culpable de la otra parte».

Partiendo de esto, concluye que se trata de una especie de derecho de impugnación o de configuración extintivo, que presenta diferencias con la condición resolutoria expresa u ordinaria, con el pacto comisorio, con la impugnación por anulabilidad, con la *multa penitentialis*, con el derecho de retención, con la *exceptio non adimpleti contractus*, con la compensación, etc.

En materia de fundamento expone las siguientes teorías: a) La de la condición resolutoria tácita, que presupone un fundamento en la voluntad de las partes y una condición resolutoria sobreentendida. Fue defendida por los autores de la exégesis, apoyada en el texto del Código francés, y hoy abandonada. b) Teoría de la causa recíproca que mediatiza el cumplimiento de las obligaciones. DEMOLOMBE y CAPITANT son sus defensores, y WINDSCHIED, su principal contradictor, al esgrimir la idea de la subsistencia de la causa. c) Teoría del sinalagma genético y del funcional o de la dependencia recíproca. d) Teoría de la sanción, defendida por GASCA, AULETTA y JOSERAND. e) Teoría de la reparación del perjuicio que se causa al acreedor por la inexecución del contrato, defendida por MAZEAUD. f) Teoría de la ley, que se limita a señalar el origen de la resolución. g) Teoría de la equidad, que supone contrario a la misma la ejecución de un contrato cuando se produce un incumplimiento de la otra parte. h) Teoría de la equivalencia de las prestaciones. Es defendida por MAURY.

La posición del autor es la de considerar la interdependencia de las prestaciones como fundamento y causa de la resolución, por ser, a su vez, causa de las obligaciones recíprocas.

D) *Carácter dispositivo y pactos*.—Para acabar de perfilar—antes de entrar en el examen concreto de elementos y requisitos de la resolución—el perfil de la institución, el autor presenta el problema de si el sistema de resolución por incumplimiento en los contratos bilaterales es una norma de carácter imperativo o, por el contrario, de tipo meramente dispositivo, que cede ante un acuerdo de las partes, las cuales pueden derogar, modificar o alterar el precepto en cuestión.

El autor, después de un examen de opiniones de POTHIER, PLANIOL, RIPERT, MOSCO y otros, concluye con el últimamente citado diciendo que no se puede negar o reconocer en todo caso e indistintamente validez a la renuncia preventiva de resolución por incumplimiento, siempre que en la cláusula no se incluyan las hipótesis de incumplimiento causado con dolo. Partiendo de estas ideas llega al examen de dos cláusulas o tipos de ellas más frecuentes, con las que los contratantes, más que suprimir o amortiguar el sistema de resolución, refuerzan el mismo: el sistema de la «*lex comisoría*» o pacto comisorio expreso y el pacto de término esencial en el que no se cumple la obligación. Noto en el primero la ausencia de un trabajo, que no figura en notas ni en obras consultadas. Me estoy refiriendo al de RODRÍGUEZ ABRADOS, de todos conocido.

E) *Ámbito y requisitos*.—El primero de los temas tratados hace referencia al campo de actuación del principio resolutorio de los contratos, que el autor, siguiendo directrices doctrinales y legales, centra en los lla-

mados contratos bilaterales o sinalagmáticos, quedando excluidos los unilaterales y los aleatorios por su propia esencia y lo dispuesto en el artículo 1.805 del Código civil.

En materia de requisitos, el autor se ciñe en su sistemática a la conocida sentencia de 8 de julio de 1952, que señala con precisión los siguientes: a) Reciprocidad de las obligaciones. b) Exigibilidad de las mismas. c) Cumplimiento de la obligación por parte del reclamante. d) Voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor.

Ni que decir tiene que en cada uno de estos estrados o etapas el autor va desmenuzando posiciones doctrinales y alegando sentencias del Tribunal Supremo en apoyo de una u otra postura. Especial estudio merece el de la gravedad y prueba del incumplimiento y el requisito dudoso en torno a la constitución en mora del deudor.

F) *Forma y efectos de la resolución.*—Así como la mayor parte de las monografías, después de haber expuesto las bases históricas de la institución, un somero estudio del Derecho comparado, una referencia histórica del Derecho español, una enunciación de ámbitos, requisitos, etc., se limitan luego a «despachar» el problema con conclusiones más o menos meditadas sobre los efectos y particularidades, aquí ocurre todo lo contrario, y donde el autor va profundizando y exponiendo los problemas cruciales de la institución es en este y el siguiente capítulo.

En lo que se refiere a la forma, va recorriendo el estudio de las tres que la doctrina y la jurisprudencia ofrecen en sus diversas variantes. La que podría llamarse «acción de resolución por incumplimiento», a la que parece aludir nuestro Código civil en el artículo 1.124 del mismo. La «resolución convencional», que evita el que las partes acudan a los Tribunales resolviendo de mutuo acuerdo el contrato. La tercera y última es la «resolución por declaración del acreedor», en la que, en virtud de una notificación del acreedor al deudor, el contrato queda resuelto si este último no cumple en el plazo que discrecionalmente se le fija.

Especialmente estudia los efectos de la resolución, supeditándolos a la triple clasificación, antes apuntada, de las formas en que se produce la misma. El principal problema que se estudia es el del momento en que debe entenderse producida la resolución o, lo que es lo mismo, el criterio de reciprocidad o no. El estudio es amplio y en él se ven las diversas posiciones doctrinales, el principio de retroactividad real u obligacional y sus posibles excepciones. En algunos momentos se toca con cierta prudencia el problema frente a la situación registral.

G) *Aplicación a determinados tipos de contratos.*—Prácticamente son tres los supuestos que el autor elige para ofrecer la problemática que plantea. De una parte, aborda la aplicación del sistema resolutorio a ciertos contratos bilaterales, como los aleatorios. Posteriormente se refiere a la cuestión de si el sistema puede ser aplicado a ciertos contratos unilaterales (préstamo mutuo, comodato, mandato y donaciones onerosas) y, por último, la repercusión del incumplimiento en los contratos bilaterales de tracto sucesivo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MARIANI DE VIDAL, MARINA: *Derecho hipotecario*. Víctor P. de Zavalia, editor. Buenos Aires, Año Internacional del Libro, 1972.

Antes de iniciar la singladura hacia Buenos Aires para la celebración del Congreso de Derecho Registral, que ellos consideraron como primero, pero que ya había sido precedido por el celebrado en España con este carácter internacional al conmemorar el Primer Centenario de la Ley Hipotecaria de 1861, hubo que leerse con cierto apresuramiento algunas de las obras y trabajos procedentes de aquel país. Es curioso que lo que en las discusiones de las diversas comisiones formadas se dijo, no existía correlación entre lo escrito y lo que allí se sostenía, quizá más con ánimo polémico que con respaldo de convicción.

Digo todo esto porque la convocatoria se titulaba con cierta amplitud como la del «Primer Congreso Internacional de Derecho Registral», y luego, en las bases o reglamento, se limitaba su actuación a la que se denominaba «derechos sobre la tierra», lo cual suponía una primera limitación a este intento de universalizar lo que la doctrina ha llamado «derecho registral». Aun y a pesar de tesis tan abiertas como la sostenida en un trabajo por MOLINARIO, triunfó el carácter restringido y estrecho, apegado más a la letra del cuestionario que a la universalidad de la presencia masiva y «registral» de las diversas delegaciones asistentes.

Por ello, nada me extrañó que esta obra, leída en urgencias inevitables, llevase una denominación tan tradicional y que, sin embargo, ha comenzado a ser abandonada por la doctrina. Más que el título, que me pareció correcto, conforme a mi especial punto de vista, lo que luego me defraudó es el contenido, que se reduce a un examen ligero de los derechos de garantía y al estudio especial del Derecho de hipoteca. Quizá la autora—doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales y profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de la de Belgrano, de la Nacional de La Plata y del Museo Social Argentino—ha estimado que dentro del Derecho registral debe existir una especie de Derecho hipotecario destinado única y exclusivamente—como así se justifica históricamente—al estudio del Derecho de hipotecas.

Enmarcada la obra en su contenido, quiere decirse que el título no corresponde a lo que luego se ofrece. Más que de un tratado de Derecho hipotecario, de lo que esta obrita, que no supera las 105 páginas, trata es de la hipoteca. Es un trabajo sobre el Derecho de hipotecas. Para tan poca materia no hacía falta tan «tradicional» denominación.

De la dimensión del trabajo se deduce prácticamente su importancia. Puede ser considerada como un trabajo monográfico, pero nunca como un «tratado» sobre la materia. La autora divide en dos partes el estudio. El primer capítulo se refiere a las nociones generales acerca de las garantías, y el segundo, sobre la hipoteca. Lleva un índice sumarial y carece en absoluto de una lista de autores utilizados, aunque al pie de página se citen trabajos, y de un índice de materias manejadas en el texto.

Supeditándome a la división que hace la autora de las materias, vamos a distinguir las dos partes de la obra en una breve síntesis de su contenido, que intente reflejar la tesis manejada por la misma.

A) *Nociones generales acerca de las garantías*.—Por garantías, la autora considera aquellos instrumentos jurídicos que, en cierto modo, representan o constituyen una seguridad de cobro y que admiten una posible clasificación según su origen: legales (dentro de las cuales se sitúan las judiciales) y las convencionales. Desde otro punto de vista se distinguen

las reales y las personales, según se agregue una afección de bienes o se afecte otro u otros deudores.

Después de esta exposición genérica, seguida de un cuadro sinóptico, se destina un apartado al desenvolvimiento histórico, aunque el mismo, prometedora y con un apeadero especial, queda reducido a la letra *d*) y a Roma.

B) *La hipoteca*.—La hipoteca es la figura del trabajo. De las ciento y pico de páginas, cien pueden ser para ella. Se destaca su evolución histórica, con incursiones leves en el Derecho griego y un poco más extensas en el Derecho romano, para seguir con el Derecho español y la legislación propia. A todas luces creo insuficiente esta exposición, que al tener serias lagunas no da una panorámica real de la evolución del derecho de garantía.

La evolución se corta con la exposición concreta de la legislación vigente y de la definición que el artículo 3.108 del Código civil da, diciendo: «La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor.» El autor no se conforma con esta definición legal, y después de exponer otras pertenecientes a diversos proyectos y anteproyectos de reforma, formula la suya, que le sirve para, al ir desglosándose, perfilar sus caracteres:

- *Es un derecho real*.—Siguiendo la tesis de FORNIELES, mantiene la idea del derecho real de hipoteca y critica la tesis de los que opinan que la hipoteca no es más que un derecho subjetivo procesal.
- *Es un derecho accesorio*.—Parte de textos legales que demuestran este carácter. Enlaza el problema con el del «rango convencional» y «la reserva de rango», establecidos a través de la reforma del artículo 3.135 del Código civil, y, asimismo, puntualiza el problema de la competencia del Juez en el caso de ejercicio de acciones personales y reales.

Una de las principales materias que también se exponen es la Ley de Concursos 19.551, que viene a reformar situaciones anteriores. A este respecto estudia el juicio universal de juicio civil, quiebra, convocatoria de acreedores y sucesiones, en su relación con la acción del acreedor hipotecario y fundamentalmente mediatizados por el principio de atracción de competencias y de acciones que se intenten o vayan a recaer sobre los bienes que en dichos juicios se liquidan.

- *Publicidad registral*.—La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los Registros tenidos a ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción, y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública se considera registrada. Así lo dispone el artículo 3.135 del Código civil.

Sobre este punto y sus relaciones con diversos artículos de la legislación argentina va planteando los diversos problemas que surgen y especialmente el momento en que nace el privilegio del acreedor hipotecario, el procedimiento de renovación de la inscripción de hipoteca y la influencia de la Ley 17.711, al dejar subsistente solamente el plazo de veinte años de duración.

- *Convencionalidad*.—Hace un examen somero del artículo 3.115 del Código civil, en su afirmación genérica y absoluta de que no hay otra hipoteca que la convencional.
- *Especialidad*.—Es el último carácter que estudia respecto de la institución tratada. Divide la materia en dos partes: una, referida

al inmueble, y otra, al crédito. Curioso, por demás, es el caso de la «Estancia Victoria», que fue fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 17 de julio de 1884, en la ejecución de una hipoteca con interposición de tercería de mejor derecho.

Dos puntos resaltan en la materia del crédito. Uno de ellos es el de la hipoteca en oro o en moneda extranjera y las cláusulas de estabilización, problema éste que acuciaba en nuestra visita a Buenos Aires y sobre el que particularmente estuvimos discutiendo con uno de los asesores del Banco Hipotecario de la Nación. Termina la publicación con el problema de las excepciones en la ejecución hipotecaria.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

RODRÍGUEZ MOLINERO, MARCELINO: *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1973.

Como dice el autor, profesor agregado de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca, en la nota preliminar de la obra: «Escribir hoy en España un libro serio sobre un tema fundamental de teoría del Derecho o de Filosofía del Derecho no es demasiado frecuente.» Ya por ello, el libro que comentamos, derivado de un estudio que mereció por unanimidad el Premio Extraordinario de Doctorado, cursos 1970-71 y 1971-72, de la Facultad de Derecho de Salamanca, resulta interesante.

Consta el libro de más de 450 páginas, comprendiendo una introducción, cuatro capítulos, conclusión e índice de autores.

No resulta fácil dar en una reseña un resumen, siquiera sea breve, del contenido del mismo, pues son muchas las cuestiones tratadas, las doctrinas expuestas y las opiniones o matizaciones de autores que se recogen para dar una visión muy completa del pensamiento europeo contemporáneo sobre Derecho natural e historia. No obstante, intentamos exponer una referencia algo detallada del contenido de esta publicación.

En la *introducción* se plantea claramente el tema que es objeto del minucioso estudio: partiendo de que tanto la idea del Derecho natural, como la de historia, son dos ideas típicas del pensamiento europeo, y que estos términos, tanto en el campo puramente filosófico como en el moral y en el jurídico, despiertan cada vez más preocupación, se presenta el problema de que mientras la concepción «*ius naturalista*» considera el mundo ético jurídico regido por normas de validez absoluta, independientes de todo condicionamiento histórico, el historicismo afirma la evolución y condicionalidad de ese mundo ético jurídico. Entre ambas tendencias hay un choque irreparable, y el tema del libro consiste en averiguar si el pensamiento europeo actual ha sido capaz de armonizar estas dos ideas antagónicas, que le han sido transmitidas por el pensamiento pretérito, o se renuncia a ello por considerarlas recíprocamente excluyentes.

Expone el autor la importancia teórica y práctica de la cuestión, que se acentúa en la época actual—dice—por reflejar los caracteres de la misma, enraizada en el positivismo legal al servicio del Estado totalitario, así como las dificultades del tema, que centra en la misma gravedad del problema; en la presencia constante del mismo a través de toda la idea polémica del concepto de Derecho natural y del historicismo filosófico y jurídico; en la razón metódica de que haya sido tratado en forma

dispersa por los autores; en los diversos sentidos en los que se emplean los términos capitales del dilema y sus derivados, lo que da lugar a diversas formas de planteamiento, y, finalmente, en la diversidad de materias que en él se interfieren.

Termina la introducción con un planteamiento definitivo e indicación del método expositivo, precisando que se trata de exponer con la mayor fidelidad el pensamiento europeo actual—desde 1930 a 1970—sobre el asunto planteado.

El capítulo I se refiere a «Las etapas fundamentales de la visión del problema en el pensamiento europeo occidental», y se subdivide en: I) Los orígenes del problema en el pensamiento antiguo. II) Derecho natural e historia en el cristianismo. III) El problema en la concepción moderna del Derecho natural. IV) La aparición del historicismo. La escuela histórica del Derecho y el historicismo jurídico subsiguiente. V) El historicismo filosófico.

En este capítulo se estudia el pensamiento europeo occidental desde la sofística griega hasta finales del siglo XIX. Se cifran los orígenes de la cuestión en la sofística griega, que comienza a plantearse la contraposición entre lo inmutable y lo histórico, para continuar, fuera de esa escuela, con la *Antígona*, de SÓFOCLES, que consagra definitivamente la doctrina de las leyes no escritas, siguiendo el estudio del planteamiento o del atisbo del problema (o su tangencial del conocimiento de lo justo y lo justo natural y legal) en SÓCRATES, PLATÓN, ARISTÓTELES y la doctrina de la ley eterna, que aparece primeramente formulada en el estoicismo, en función de una concepción fisiconatural del orden cósmico. Se hace una referencia al Derecho romano, que en la época clásica concebía el Derecho natural como lo justo concreto, lo que es siempre bueno y equitativo, siendo la medida de lo justo una forma histórica: la equidad, apareciendo ya en el Derecho justinianeo la idea de un derecho inmutable, en el que, a la vez, la ley imperial es la fuente positiva determinadora de lo justo.

Con el cristianismo, los conceptos recibidos de la tradición grecorromana hubieron de ser modificados sustancialmente en base a la concepción cristiana del mundo y del hombre, como obras contingentes y temporales creadas por Dios, personal y único. Hace referencia el autor a este distinto enfoque, así como a las dificultades para armonizar las antiguas ideas con la forma cristiana, citando a SAN AGUSTÍN como primero que redujo los diversos elementos a unidad sistemática exponiendo su pensamiento, así como el de la primera escolástica, con su distinción entre Derecho natural primario y secundario, indicando que se logró la formulación sistemática con SANTO TOMÁS y ESCOTO, no diciendo el autor nada de esa formulación por estimar que es fácil consultarlo en otros libros. Creemos que hubiera sido conveniente recoger, al menos, una síntesis de la doctrina en estos dos grandes autores. Hace también alusión a la disputa sobre el valor de los conceptos universales y al intelectualismo y voluntarismo, para terminar el capítulo con la indicación del impacto de la Reforma protestante en esa concepción del Derecho natural tradicional, indicando cómo LUTERO, en la primera etapa, acepta la idea del Derecho natural de la escolástica y luego establece una dualidad entre el orden inmutable de la justicia divina y el mudable de la humana; señalando también la concepción del Derecho natural en ZUINGLIO y en CALVINO, para concluir con una referencia—excesivamente somera—al renacimiento de la escolástica medieval y a los maestros españoles del Siglo de Oro.

En la época moderna, tanto la existencia y fundamento como la misma razón de ser del contenido y validez del Derecho natural, se sitúan en el hombre no en una idea o ente trascendente a él, como consecuencia del individualismo promovido por el humanismo renacentista y la Reforma

protestante, concluyendo así el proceso iniciado al final de la Edad Media con la radicalización de las tendencias opuestas racionalista y voluntarista. La razón humana, considerada por la escolástica como fundamento próximo del Derecho natural, se convierte en única fuente determinante del mismo, se subjetiviza el contenido de ese Derecho y la antigua idea teológica de dos estados históricos sucesivos del hombre, el de la naturaleza íntegra y el de la degradada, se transforma, con HOBBS y ROUSSEAU, en el de naturaleza presocial y la regida por un orden social de Derecho positivo, y se racionaliza el Derecho natural, comenzando por GROCIO, examinando también la doctrina de los deberes de PUFENDORF.

Se estudia con detalle la escuela histórica, así como las ideas, que ya se le habían anticipado en el siglo XVIII, de VICO y, con especial hincapié, de MONTESQUIEU y su obra *El espíritu de las leyes*; fundada la escuela histórica por SAVIGNY, configurando a la historia como único medio de conocer la realidad jurídica, examinándose con detalle esta corriente y la sistematización que de sus ideas hiciera PUCHTA, hasta su decaimiento ante ataques del positivismo jurídico historicista.

Se hace, por último, en este capítulo, una referencia al historicismo filosófico, que se desarrolló paralelamente a la escuela histórica, pero más radical, representado por el sistema monista de HEGEL y la concepción marxista de la historia, terminando con indicaciones sobre el historicismo vitalista, que se inicia con DILTHEY; el historicismo absoluto de CROCE, etc.

En el *capítulo II* se estudia «La actitud del iusnaturalismo tradicional frente al historicismo», y comprende los siguientes apartados: I) Fundamentación metafísica del Derecho natural: sus consecuencias para el problema Derecho natural e historia: 1. Enfoque del problema a la luz de esta perspectiva. 2. Análisis de los presupuestos filosóficos de este Derecho natural. 3. Posibilidad de conjugar inmutabilidad metafísica y adaptabilidad histórica del Derecho natural siguiendo la doctrina clásica. II) La dimensión trascendente del problema: 1. Cómo se accede al problema del Derecho natural e historia por esta vía. 2. La naturaleza del hombre como fundamento próximo del Derecho natural. 3. Sobre la posibilidad de conocer el Derecho natural o las verdades esenciales en las que sus normas se fundan. III) Desde un punto de vista primordialmente ético-sociológico: 1. Los datos iniciales del problema desde el punto de vista ético-sociológico. 2. Diversas maneras de combinar lo inmutable y lo mutable con las variaciones del *ethos* histórico. 3. La conexión normativa entre Derecho natural y Derecho positivo. IV) Posibilidad de combinar Derecho natural e historia en un plano estrictamente jurídico.

En el *capítulo III* se estudia «Derecho natural e historia en el pensamiento protestante contemporáneo», y se subdivide en las siguientes partes: I) La identificación del Derecho natural con la legalidad «natural» del propio pueblo. La doctrina de «los órdenes naturales». Su doble interpretación: 1. La identificación de la ley natural con la legalidad «natural» del propio pueblo constituido en Estado. 2. La doctrina de los «órdenes naturales»: su interpretación en el neuluteranismo germano. 3. La doctrina del «orden» u «órdenes naturales» fuera del neuluteranismo germano. II) Dualismo ético jurídico como explicación de lo permanente y lo variable en el Derecho. Significación normativa meramente negativa de la idea del Derecho natural: 1. Dualismo ético jurídico con fundamento trascendente. 2. Dualismo iusnaturalista y condicionalidad histórica del Derecho. 3. Significación puramente negativa del Derecho natural como medio delimitador de contenidos jurídicos estables. III) Afirmación explícita del Derecho natural intentando salvar su compatibilidad con la historia: 1. La justicia como doctrina de las leyes fundamentales del

orden social y el Derecho natural. 2. La ley natural o el Derecho natural como medida conformadora y crítica del orden legal positivo. IV) En busca de nuevas pautas jurídicas con contenido normativo material permanente: 1. Las consignas bíblicas con respecto al Derecho como principios o pautas directivas de la conducta jurídica. 2. El Derecho natural como puro fenómeno histórico y la necesidad de encontrar por otro camino los elementos permanentes de todo Derecho. 3. La *institutio* y la *traditio* como estructuras estables del Derecho.

En el *capítulo IV* se examina «Derecho natural e historia en otras direcciones recientes del pensamiento jurídico», y dentro de él se estudian las siguientes cuestiones: I) La superación del método positivista y el dilema Derecho natural e historia: 1. El Derecho natural como Derecho ideal. 2. El relativismo de valores como sistema. 3. Lo «dado» en el Derecho y el Derecho natural. II) La aplicación del método fenomenológico y de la ética material de los valores del Derecho: 1. La estructura temporal de los órdenes jurídicos históricos y los presupuestos lógicos o «sentido nuclear» de todo orden jurídico posible. 2. La estructura lógica de las cosas, límite objetivo permanente del contenido material del Derecho. 3. Los valores ideales y su realización histórica. 4. El Derecho natural como sistema de principios o de proposiciones jurídicas supremas, que sirve de enlace normativo entre la idea del Derecho y el Derecho positivo. III) El Derecho natural histórico concreto: 1. Un Derecho natural histórico y elástico, conceptuable como Derecho de futuro. 2. El Derecho natural con contenido creciente o deveniente orientado hacia el futuro. 3. El Derecho natural como Derecho existencial. 4. Un Derecho natural fundado en el ser del hombre como persona. IV) Los argumentos historicistas del positivismo jurídico. Entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo: 1. Los argumentos relativistas contra el Derecho natural según el normativismo positivista. 2. La crítica historicista contra el Derecho natural en otras formas recientes de positivismo jurídico. 3. Hacia el logro de un equilibrio estable entre positivismo e iusnaturalismo. 4. La historicidad como estructura ontológica del Derecho.

La sola lectura de los títulos de los capítulos II, III y IV, y de los apartados y epígrafes que comprenden cada uno de ellos, muestra una idea aproximada del contenido del libro y de lo minucioso y completo que es en el examen de las tendencias, posturas y doctrinas al respecto.

La creencia de que esta reseña resultara excesivamente larga nos ha hecho desistir del propósito de expresar en ella, en forma análoga a lo recogido en la introducción y en el capítulo I, una somera referencia a las corrientes o doctrinas a que aluden cada uno de los epígrafes del sumario, con expresión también de alguno de sus más representativos mantenedores.

Termina el libro con una conclusión, en la que se indican, en apretada síntesis, las corrientes estudiadas con su respectiva valoración crítica y, por último, se expresa una valoración de conjunto de la aportación del pensamiento europeo de nuestro tiempo a la solución del problema, reconociéndose que nuestra época no aporta una solución clara al debate de Derecho natural e historia.

El libro es una exposición muy completa de las corrientes existentes sobre el problema a que se dedica, expresándolas con la suficiente amplitud y claridad para conocerlas, con indicación, además, de sus principales autores y recogiendo incluso matices entre unos y otros de los representantes de cada una de ellas. En particular, y con más detalle, se comprenden las de la época que constituye el tema central de la obra —de 1930 a 1970—, aun cuando, como hemos visto, esboce también el

pensamiento en la época antigua, Edad Media y Edad Moderna hasta finales del siglo XIX, con la salvedad, ya hecha, de no referirse prácticamente a SANTO TOMÁS, ESCOTO ni a los maestros españoles del Siglo de Oro, si bien se encuentren algunas alusiones a ellos al referirse a la época actual y comparar o contrastar sus ideas con las de aquéllos.

En definitiva, una obra que hemos leído con agrado, y cuya lectura recomendamos no sólo al especialista o interesado en estas materias, para el que creemos será un buen instrumento de trabajo, sino a todo estudioso del Derecho.

CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Enero-marzo

El complemento de la legítima, por Juan Vallet de Goytisolo, páginas 3 a 214.

La revisión periódica del Código y de las compilaciones civiles, por Amadeo de Fuenmayor, págs. 215 a 240.

La sucesión de los impúberes en la compilación de Derecho civil de Cataluña, por José Manuel González Porras, págs. 241 a 282.

Abril-junio

Titularidad y patrimonio hereditario, por José Antonio Dorral, págs. 893 a 482.

El usufructo universal de viudedad, su configuración especial en Galicia, por Víctor Manuel Garrido de Palma, págs. 483 a 506.

Las obligaciones divisibles e indivisibles, por Rodrigo Bercovitz y Rodríguez Cano, págs. 507 a 584.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Mayo-junio

Impuesto sobre las rentas del capital. Exención de intereses de ventas a plazos, por Jaime Basanta de la Peña, págs. 589 a 592.

Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal. Tipo aplicable a trabajadores manuales por cuenta ajena, suboficiales y clases de tropa y resolución de 11 de enero de 1973 de la Dirección General de Impuestos sobre la misma cuestión, por Jaime Basanta de la Peña, págs. 593 a 596.

Impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales.

Modifica plazos de la Instrucción Provisional para la Cuota de Beneficios, por Jaime Basanta de la Peña, págs. 597 a 598.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Enero-marzo

Las inversiones y los resultados económicos en las explotaciones comunitarias, por Ciriaco Vázquez Hombrados, págs. 31 a 55.

Un modelo para determinar la dimensión óptima de una central lechera en la provincia de Zaragoza, por Juan Dueñas y Carlos Romero, págs. 55 a 68.

Una Reforma Agraria eficaz y oportuna, por Emilio Gómez Ayau, páginas 69 a 75.

Abril-junio

La ordenación del espacio rural para la protección de la naturaleza y el medio ambiente, en su aspecto jurídico, por María Luisa Leal Pérez-Olague, págs. 7 a 44.

Algunos aspectos estructurales de las Agrupaciones para el cultivo en común de la tierra en España, por Ciriaco Vázquez Hombrados, páginas 117 a 136.

Comercialización agraria, por Manuel García Nieto, págs. 137 a 145.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Septiembre 1973

El principio de la plenitud del ordenamiento jurídico estatal, por José M.^a Rodríguez Paniagua, páginas 249 a 256.

- La propiedad comunitaria*, por Lino Rodríguez-Arias Bustamante, páginas 257 a 294.
- La condena en costas en los procesos civiles y su posible censura en casación*, por el Conde de Borrajeiros, págs. 295 a 364.

Octubre 1973

- La certeza del Derecho en relación con la misión de los Juristas*, por Valentín Silva Melero, págs. 403 a 420.
- Efectos civiles de la condena penal por violación, estupro o rapto*, por Manuel Batlle Vázquez, págs. 421 a 430.
- Interpretación y aplicación de la Ley*, por José M.^a Rodríguez Paniagua, págs. 431 a 443.

Noviembre 1973

- La navegación de los ríos internacionales con especial referencia a Venezuela*, por Angel Cristóbal-Montes, págs. 491 a 552.
- En torno al Principio Dispositivo en el Proceso Civil*, por F. Gómez de Liaño, págs. 553 a 581.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Septiembre 1973

- Los contratos usurarios en nuestro ordenamiento civil*, por Pedro Navarro Vitarrocha, págs. 826 a 836.

Octubre-noviembre

- Los contratos usurarios en nuestro ordenamiento civil (continuación)*, por Pedro Navarro Vitarrocha, páginas 932 a 946.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Octubre 1973

- Cuentas corrientes a favor de residentes en el extranjero*, por Francisco Lucas Fernández, págs. 807 a 829.
- Sanciones disciplinarias derivadas del contrato de trabajo, plazo de impugnación*, por José Julián Tovillas Zorzano, págs. 829 a 849.

Noviembre 1973

- Relevancia jurídica de la condición de católico en el sistema matrimonial español*, por Lucas Arechederra, págs. 913 a 925.
- Incidencias del enriquecimiento injusto en el derecho tributario*, por Angel Novoa Rivas, págs. 925 a 930.

Diciembre 1973

- Urbanismo y Derecho*, por José Luis de los Mozos, págs. 989 a 1001.
- El valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas*, por Alberto Montón Redondo, págs. 1001 a 1018.