

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

---

Año XLVIII • Septiembre - Octubre 1972 • Núm. 492

---



## 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.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 225 53 16.

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

---

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



## SUMARIO

|                                                                                                                                                                    | <i>Págs.</i> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| <b>ESTUDIOS:</b>                                                                                                                                                   |              |
| “El artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y su interpretación”, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA ... ..                                                       | 989          |
| “En torno al problema de las inscripciones antiguas en nuestro Derecho: su actualización y efectos”, por ANGEL BADÍA SALILLAS.                                     | 1035         |
| <b>VIDA JURIDICA:</b>                                                                                                                                              |              |
| “II Congreso sobre la reforma del Derecho de Familia” (Venecia, 11 y 12 de marzo de 1972), por CARLOS ROGEL VIDE ... ..                                            | 1095         |
| <b>JURISPRUDENCIA:</b>                                                                                                                                             |              |
| 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 ... .. | 1107         |
| II. Sentencias del Tribunal Supremo:                                                                                                                               |              |
| 1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ CERDÁ GIMENO, JUAN MANUEL REY PORTOLÉS y FRANCISCO CASTRO LUCINI ... ..                               | 1129         |
| 2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS . . . . .                                                                                              | 1174         |
| 3. Jurisprudencia contencioso - administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ... ..                                                                                    | 1176         |

|                                                                                                       |      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS .. .. . | 1181 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|

**LIBROS:**

|                                                                                                                                        |      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| “Hacia un nuevo Derecho Mercantil”, de JOAQUÍN GARRIGUES, por JOSÉ ANTONIO FERREÑO VILLAR .. .. .                                      | 1191 |
| “Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico”, de R. GÓMEZ-FERRER MORANT, por JOSÉ M. <sup>a</sup> CHICO Y ORTIZ .. .. . | 1197 |
| “Los hijos ilegítimos y adoptivos. Su problemática actual”, de FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZÁLEZ, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ .. .. .   | 1203 |
| “Derecho Civil de Navarra, I. Introducción”, de FRANCISCO SALINAS QUIJADA, por MARTÍN LIRIA .. .. .                                    | 1209 |
| REVISTAS .. .. .                                                                                                                       | 1219 |

E S T U D I O S



# El artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y su interpretación

SUMARIO: 1. *Advertencia preliminar*.—2. *La interpretación del artículo 57 L. A. U.*: A) Su doble contenido: prórroga y oponibilidad. B) Encuadre del artículo 57 dentro del derecho arrendaticio: líneas interpretativas. C) Sucesión y venta judicial. D) El precedente histórico. E) El fin de la norma. F) La valoración de intereses contradictorios. G) La analogía: a) Arrendamiento urbano concertado por el usufructuario. b) Arrendamiento urbano concertado por otros titulares de derechos resolubles o desmembrados. c) La acción de devastación. H) Los límites de la sucesión traslativa.

## 1. ADVERTENCIA PRELIMINAR

El trabajo que se expone a continuación forma parte de un estudio más amplio sobre *La subsistencia del arrendamiento urbano protegido posterior a la hipoteca*, con el cual obtuve el título de Doctor en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid hace años. El problema básico que allí se planteaba—aunque no el único, naturalmente—era el de determinar la suerte que corre el derecho del arrendatario de un piso, previamente hipotecado, cuando el acreedor garantizado va a la ejecución de la hipoteca para hacerse pago del crédito no satisfecho. Dicho con otras palabras, si la venta en pública subasta del piso hipotecado, y después ocupado por un arrendatario que está sometido a la ley especial, provoca—o no—la extinción arrendaticia. Problema de innegable trascendencia práctica, por la frecuencia con que puede plantearse en la vida real, y por la importancia económica que, para la fijación del precio en la subasta, puede suponer el hecho de que el piso tenga que seguir ocupado por el arrendatario o pueda quedar libre de inquilinos.

Dicho problema no está expresamente regulado en nuestra legislación positiva y, como fácilmente se aprecia, su solución no es demasiado sencilla. Confluyen aquí criterios normativos diversos difícilmente armonizables. De una parte, la legislación hipotecaria y el principio de extinción—o cancelación—de las cargas posteriores a la hipoteca que se ejecuta, en beneficio de la mayor seguridad del acreedor garantizado. De otra, la legislación especial de arrendamientos urbanos y el enérgico principio, inspirador de la misma, de defender la estabilidad de la relación arrendaticia incluso frente a terceros adquirentes del piso arrendado. En este entrecruzamiento de normas distintas y de principios heterogéneos reside quizá parte del atractivo que nos brinda el planteamiento de ese problema jurídico-social.

Lo cierto es que para estudiar con algún detenimiento las cuestiones así planteadas, se hace preciso la consideración atenta y por separado de aquellos dos cauces normativos; más concretamente, del artículo 131-17.<sup>a</sup> L. H. y del artículo 57 L. A. U. A la interpretación de esta última norma legal se dedican las páginas que siguen.

Sin embargo, la tarea interpretativa que aquí se recoge, y las reflexiones que dentro de la misma se contienen, presentan algunas limitaciones—aparte de otras—, voluntariamente aceptadas por su autor, las cuales no deben ser olvidadas, para encuadrar debidamente el propósito de esta publicación:

a) La interpretación que aquí se ofrece del artículo 57 de la ley especial está pensada en función del problema concreto de la subsistencia arrendaticia y de la ejecución hipotecaria. A ese específico caso se limita la consideración que aquí se hace del referido artículo 57. Quedan excluidos, pues, los demás problemas interpretativos que dentro de esta norma puedan suscitarse.

b) Se recoge exclusivamente el artículo 57 y su interpretación, como uno de los posibles cauces legales para la solución del problema planteado y ya aludido. Mas no se contiene aquí la fórmula propuesta para la solución de tal problema, la cual es apuntada en otras páginas del mismo trabajo. Razón por la cual no son objeto de estudio aquí, ni las opiniones doctrinales ni las decisiones jurisprudenciales que, dentro de nuestra patria, han abordado el tema propuesto. Ni, por supuesto, otras cuestiones dignas de atención (el fraude a la ley, el abuso del derecho, la respuesta socialmente más justa dentro de ese conflicto de intereses, etc.), pero que no se proyectan necesariamente sobre el contenido normativo del artículo 57. En cuanto a la jurisprudencia, no siempre se han tenido en cuenta las sentencias dictadas en los últimos años a partir de 1963.

c) Las afirmaciones que aquí se desarrollan, vinculadas a ese concreto aspecto de la interpretación de una norma legal, presuponen la determinación y esclarecimiento de una serie de temas previos: la naturaleza de la hipoteca; la eficacia de la ejecución hipotecaria respecto a las cargas posteriores; la naturaleza del derecho especial de arrendamientos urbanos y del contrato arrendaticio; si el arrendamiento urbano es un derecho oponible, si funciona como carga del piso arrendado, y si puede llegar a configurarse como un derecho real, etc. Todas estas cuestiones son antecedente necesario de las ideas aquí expuestas, y se contienen en otras partes del mismo trabajo original.

A pesar de estas limitaciones, y de las demás que advierta el buen sentido del atento lector, ha parecido conveniente o, por lo menos, oportuna la publicación de las reflexiones que aquí se contienen, antes que salga a la luz próximamente el trabajo total. Porque el problema planteado sigue teniendo una enorme importancia económica y social, dentro de nuestra realidad jurídica cotidiana. Y porque no existe ninguna obra monográfica aparecida en los últimos años—que nosotros conozcamos—, en que se estudie con la suficiente amplitud y detenimiento.

## 2. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 57 L. A. U.

### A) SU DOBLE CONTENIDO: PRÓRROGA Y OponIBILIDAD

El artículo 57 de la actual L. A. U. literalmente dice: «Cualquiera que sea la fecha de la ocupación de viviendas, con o sin mobiliario, y locales de negocio, llegado el día del vencimiento del plazo pactado, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, *aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones*. Se aplicará igual norma en los casos de extinción de usufructo, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 114 causa 12.»

El aludido precepto tiene así un triple contenido, pues comprende: 1) la declaración legal de prórroga forzosa; 2) la de subsistencia del arrendamiento incluso frente a terceros sucesores del arrendador; 3) la excepción que a este último criterio impone el artículo 114, número 12, en relación con el arrendamiento urbano concertado por el usufructuario. Reducidos a su género próximo, esos tres apartados se refieren a dos órdenes de cuestiones: la prórroga del arrendamiento y su oponibilidad o subsistencia frente a terceros, ya que la norma del usufructo alude a un caso concreto de oponibilidad.

Prórroga y oponibilidad que, aunque aquí estén recogidas y parcialmente comprendidas en una misma norma, son, sin embargo, aspectos o cualidades profundamente distintas. Aun reflejadas sobre un mismo instituto jurídico como aquí es el arrendamiento urbano, prórroga y oponibilidad discurren por cauces distintos. La prórroga alude a la eficacia temporal del arrendamiento; la oponibilidad, a su virtualidad frente a terceros. La primera mira al aspecto interno del pacto, a su duración; la segunda, a su proyección externa. La prórroga se da frente al arrendatario, primitivo contratante; la oponibilidad frente al tercer adquirente o causahabiente del dominio de la finca. La presunta resolución del contrato—cuando procediera en derecho civil común—jugaría en un caso por vencimiento del plazo y en otro por transmisión de la propiedad. La prueba de esa diversidad estructural está en que el arrendamiento puede ser oponible—mediante la publicidad registral o por simple declaración legal que conecta esa eficacia a la posesión—estando en período contractual pactado, antes de la prórroga; mientras que, a pesar de haberse iniciado el mecanismo de las prórrogas—pensemos en la tácita reconducción o en la prórroga unilateral—podrá ser desconocido por el comprador de la finca arrendada, si la ley así se lo permite. Como veremos, ambas eficacias no siempre coinciden. Originariamente la prórroga se sitúa más bien en el campo de la voluntad contractual, son las partes quienes pueden de común acuerdo prorrogar la vigencia inicial del contrato, aunque algunas veces se conceda o imponga por la ley—normalmente concesión unilateral a una parte e imposición a la otra para la mayor protección de uno de los interesados en pugna—. Mientras que la subsistencia frente a terceros arranca inmediatamente de la ley, es algo excluido por su naturaleza de la autonomía negocial, en función de intereses sociales más generales. Lo cual no impide que, para conseguir ese resultado de oponibilidad, deban las partes realizar voluntariamente alguna actividad complementaria: inscripción en el Registro, por ejemplo. También, desde el punto de vista de su origen, voluntad y ley juegan de manera distinta en ambos casos.

Así, pues, el artículo 57 confunde o involucra en una misma norma, atribuyéndoles tratamiento unitario, a dos realidades distintas; imprecisión técnica que ya ha sido puesta de relieve por los comentaristas (1). A pesar de esa deficiente formulación, el fin de la norma parece claro, pues pretende la protección del arrendatario, dotando de estabilidad a

---

(1) CASTÁN-CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1956, II, pág. 217; CESÁREO RODRÍGUEZ AGUILERA y JOSÉ PERÉ RALUY: "La prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos", *Revista General de Derecho*, núms. 202-203 (julio-agosto 1961), pág. 637.



su situación arrendaticia, y evitando que el arrendador pueda unilateralmente dar por terminado el contrato. Para ello se refuerza la posición del arrendatario frente al arrendador imponiendo a éste la prórroga forzosa, la continuación del arriendo, cuando termine el plazo pactado; y no sólo esto, sino que la protección se concede también frente a cualquier adquirente posterior de la finca, contra el cual el contrato se declara subsistente, aunque no haya sido parte en el mismo, para evitar que mediante su interposición pueda resolverse el vínculo y quede desamparado el ocupante del local. El arrendamiento subsiste indefinidamente más allá del plazo pactado e incluso, al margen de éste, frente a cualquier nuevo adquirente del inmueble, sin perjuicio de que pueda terminar cuando se invoque alguna de las causas legales de excepción a la prórroga o, particularmente, cuando entre en juego la causa extintiva del usufructo, reconocido en su inciso final. Tal parece ser la inspiración finalista del precepto que comentamos, por encima de su propia deficiente terminología.

La separación entre prórroga y oponibilidad dentro del contenido del artículo 57, no sólo obedece a una exigencia de claridad conceptual, tendente a la mejor comprensión e interpretación del mismo, sino que encierra una importante consecuencia práctica. Como la L. A. U. recoge ambas en un mismo precepto y las dota de igual eficacia, resulta que habrá que aplicar a la norma de subsistencia la misma virtualidad que la atribuida a la prórroga. Y como precisamente la prórroga legal forzosa aparece dotada de un contenido legal inderogable y es el más enérgico instrumento de protección del arrendatario, su eficacia habrá que predicarla igualmente y en parecidos términos de la norma de oponibilidad. Tanto por el fundamento proteccionista apuntado como por su inclusión formal en la sección de la ley destinada a la prórroga forzosa, la interpretación de la subsistencia arrendaticia frente a terceros adquire así un vigor inusitado.

La distinción entre prórroga y oponibilidad, que conceptualmente aparece clara, se aprecia prácticamente al estudiar tanto los requisitos como los efectos de ambas figuras, notoriamente diversos. La determinación de cuándo entra en juego una u otra incide, sin embargo, sobre el problema de la interpretación de la norma, a que nos vamos a referir a continuación.

B) ENCUADRE DEL ARTÍCULO 57 DENTRO DEL DERECHO ARRENDATICIO:  
LÍNEAS INTERPRETATIVAS

Para que entre en juego la prórroga legal es preciso: 1) Que se haya producido el vencimiento del plazo pactado y, en su caso, de la prórroga voluntaria establecida, de modo que la relación contractual expiraría de no mediar el nacimiento de la prórroga. Sólo a partir de la conclusión del término preestablecido, y precisamente para evitar sus efectos extintivos respecto a la relación jurídica básica, entra en vigor la prórroga. En definitiva, se trata de un problema de interpretación contractual para averiguar cuál es el plazo de vigencia voluntariamente pactado por las partes. 2) La voluntad del inquilino no contraria a la prórroga legal. La prórroga legal es forzosa para el arrendador y potestativa para el inquilino. En puridad, debería ser calificada como prórroga unilateralmente forzosa (2). Basta con que el arrendatario la quiera, o mejor, no se oponga, para que nazca la prórroga legal a su favor y en contra del arrendador, salvo los supuestos tasados de excepciones a la misma. La declaración de voluntad del arrendatario puede ser expresa o tácita, aunque será esta última la forma normal de producirse. Si el inquilino sigue ocupando el local y pagando la renta, el arrendamiento subsiste. Sólo para dar por terminado el contrato y extinguida la prórroga, necesita el arrendatario manifestación expresa en este sentido o, aunque sea tácita, lo suficientemente expresiva de su intención extintiva: por ejemplo, el abandono del local, la ocupación de uno nuevo, etc. La prórroga legal se produce automáticamente por el vencimiento del plazo pactado. Aunque necesita de una u otra forma su apoyo en la voluntad concorde del arrendatario, podemos afirmar que la ley presume esa voluntad mientras se siga ocupando el local objeto del arrendamiento y no se manifieste otra en contra.

¿Cuáles son los requisitos de la oponibilidad del arrendamiento que sanciona el artículo 57? 1) En primer lugar, que un tercero venga a

---

(2) Cabría imaginar que la disciplina jurídica de una situación determinada de tracto sucesivo impusiera a las partes su continuación forzosa sin posible desistimiento por ninguna de ellas; prórroga bilateralmente forzosa que desemboca en una situación puramente legal, al margen de la voluntad de las partes. Por eso creemos que esa medida extrema podría jugar, si acaso, en las relaciones absolutamente forzosas o de origen legal—contratos forzosos—, pero no en las de origen contractual o voluntario. Respecto de estas últimas, lo normal es que la prórroga legal, cuando así funcione, sea forzosa sólo respecto de una de las partes y dependa en cada caso de la voluntad o conveniencia de la otra, que será así la parte a la que la Ley trata de proteger preferentemente. La prórroga legal en su beneficio será el mecanismo de protección para lograr una mayor estabilidad de su situación.

ocupar el lugar del arrendador. Esto es lo fundamental. La oponibilidad de las relaciones jurídicas se da frente a tercero, exige la interposición de un tercer adquirente sobre el que recae la carga de la subsistencia, es un fenómeno del tráfico; sin tercero no puede hablarse de oponibilidad. La oponibilidad del arrendamiento ha de jugar, no en relación con el arrendador primitivamente obligado—obligación personal de origen contractual—, sino con un adquirente posterior de la cosa arrendada—obligación legal de subsistencia—. El artículo 57 hace extensiva la obligación de prórroga «aunque un tercero suceda al arrendador en todos sus derechos y obligaciones». Cabalmente en el esclarecimiento de este término «sucesión» radica la extensión y medida de la oponibilidad arrendaticia. ¿Cuándo se puede decir que hay sucesión en sentido legal y cuándo, por tanto, entra en juego el deber de subsistencia? A esta cuestión nos referimos con más extensión en el apartado siguiente. Baste con recordar aquí que para que entre en juego la oponibilidad es preciso la interposición de un tercero, causahabiente de la titularidad pasiva arrendaticia.

2) La voluntad del inquilino. La subsistencia, como la prórroga, se da en favor del arrendatario; como ésta, resulta imperativa para el arrendador y sólo potestativa para el inquilino, de cuya voluntad depende. Aunque se trate de dos figuras distintas, su mecanismo de actuación y su finalidad proteccionista son semejantes. El arrendatario puede renunciar *ex nunc*, una vez nacido, ese beneficio de continuación. Mientras no declare lo contrario y dé por terminada su privilegiada posición, el arrendamiento continúa y el nuevo adquirente ha de soportarlo.

3) Para que entre en vigor la subsistencia frente al tercero, ¿es preciso que el arrendamiento esté en fase de prórroga o basta con que se encuentre en período de duración pactada? La cuestión es más dudosa. El artículo 57 parte de la conclusión del plazo pactado, situación que parece condicionar como supuesto de hecho todo su ulterior desarrollo normativo. Parece que mientras no haya vencimiento del plazo pactado, no entra en juego. Sólo cuando ese vencimiento se produzca, la ley impone la continuación del vínculo, no ya frente al primitivo arrendador—por vía de prórroga—, sino también frente a cualquier causahabiente o sucesor del mismo—por vía de estricta oponibilidad—. La partícula «aunque» que emplea la norma es a la vez conjuntiva—puesto que une ambas eficacias—y adversativa—reconociendo así que se trata de un supuesto distinto—. A pesar de ser realmente distintas, prórroga y oponibilidad discurren por el mismo cauce legal y arrancan de igual punto de partida. La doctrina más autorizada entiende que como el beneficio de prórroga representa el mínimo inderogable sustraído a la libertad nego-

cial, por su propia excepcionalidad su interpretación debe ser restrictiva, de modo que exclusivamente los pactos y actos jurídicos que afectan a la extinción del arriendo por el simple transcurso del tiempo se hallan sustraídos a la libertad negocial, y no los actos jurídicos que, aun afectando a la extinción del arrendamiento, la provoquen por causas distintas del mero transcurso del tiempo (3). De acuerdo con esta interpretación, sería absolutamente inderogable la prórroga motivada por el transcurso del tiempo pactado, pero no la resultante de otras causas, como sería la interposición de un tercero: oponibilidad por vía de prórroga. Y consecuentemente, para que esa oponibilidad desplegara su eficacia imperativa, sería preciso que el contrato se encontrara en fase de prórroga legal.

Dentro de la concreta disciplina del arrendamiento urbano protegido, tal solución no parece, sin embargo, muy defendible. Contemplada la norma, no desde su formulación literal, sino desde su finalidad, su razón inspiradora parece ser la enérgica protección del arrendatario y de la estabilidad de su posición. Esto puede hacerse de dos maneras: bien sea declarando automáticamente prorrogado el contrato cuando venza el plazo estipulado, de modo que la conclusión del término no implique necesariamente la resolución del vínculo, o bien haciendo que el contrato subsista aún frente a un tercero que no ha sido parte en él y que se coloca en la situación jurídica del arrendador por haber adquirido la finca arrendada. La interposición de un tercero no puede tampoco provocar la resolución del arriendo. Este subsiste frente a terceros en todo caso o, al menos, mientras el arrendatario quiera seguir disfrutando del local. Por eso entendemos que la virtualidad de la oponibilidad no puede subordinarse a que el contrato se encuentre en período de prórroga. De no ser esto así, el arrendatario quedaría deficientemente protegido. Bastaría con enajenar el piso o local a un tercero, estando aún vigente el plazo estipulado, para que el adquirente pudiera desalojar al arrendatario, lo que no parece congruente con el ordenamiento actual. Si el arrendamiento subsiste frente a terceros incluso cuando, vencido el plazo pactado, se encuentra en período de prórroga legal, por igual razón y con

---

(3) CASTÁN-CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, I, página 94.

Únicamente llegado el día del vencimiento estipulado en el contrato puede producirse la prórroga legal (*ibid.*, II, pág. 218). Esto es rigurosamente exacto en relación con la prórroga en sentido estricto. Pero como prórroga y oponibilidad se confunden en la misma norma, sigue en pie la cuestión arriba apuntada de si la subsistencia frente a terceros exige o no estar en período de prórroga.

doble motivo deberá seguir vigente en caso de venta antes de la prórroga. Lo contrario ampararía posibles fraudes a la norma protectora. Instaurado por el artículo 57 el criterio de la subsistencia, éste rige con carácter general para el arrendamiento urbano, cuya regulación resulta hoy incompatible con la norma extintiva del artículo 1.571 C. C. O el arrendamiento urbano subsiste frente a terceros o se extingue, pero en caso de subsistencia, ésta habrá de producirse en cualquier momento de su duración cronológica. Ya la Sentencia de 9 de enero de 1948 declaró la subsistencia del arrendamiento, a pesar del cambio de dueño de la finca durante el plazo contractual, y en igual sentido se pronuncia la generalidad de la doctrina (4). El error podría surgir por la deficiente formulación de la Ley, que ha llevado artificiosamente a un mismo cauce dos instituciones distintas.

El efecto que producen, tanto la prórroga como la subsistencia, es la continuación de la relación arrendaticia en forma cronológicamente indefinida. Sólo que en el primer caso esa continuación se da frente al arrendador originario interviniente en el contrato. Mientras que en el segundo se proyecta sobre una persona nueva, adquirente de la finca arrendada y causahabiente del arrendador. La distinta incidencia subjetiva y el distinto mecanismo de su actuación justifican la diversa naturaleza de ambas instituciones. La continuación o subsistencia se producen de la misma relación arrendaticia primitiva, con sus mismos pactos principales y accesorios. Sólo en la medida en que el contrato venga afectado en su eficacia por las prestaciones de terceros quedarán éstas sin efecto a pesar de la prórroga, mientras ellos no presten su adhesión expresa. Pensemos, por ejemplo, en las garantías de cualquier tipo otorgadas por un tercero. La continuación tiene por objeto la misma relación originaria, y enlaza a los primitivos contratantes (5), o al arrendatario y al tercer adquirente. Por lo demás, el hecho de que la prórroga forzosa sea indefinida no implica perpetuidad en el arrendamiento (6); pero éste podrá extinguirse sólo en virtud de una de las causas legalmente tasadas de resolución o de excepción a la prórroga. La prórroga

---

(4) COSSÍO-RUBIO: *Tratado de arrendamientos urbanos*, Edit. Rialp, Madrid, 1949, I, pág. 397; ROCA: *Derecho Hipotecario*, 5.<sup>a</sup> edición, Bosch, Barcelona, 1954, III, págs. 67-74; CASTÁN-CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, pág. 454; RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY, *loc. cit.*, pág. 637.

(5) *Vid.* Sentencias de 18 de febrero de 1955, 24 de octubre de 1955 y 17 de mayo de 1954, recogidas por CASTÁN-CALVILLO, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, págs. 220-221.

(6) CASTÁN-CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, página 222; RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY, *loc. cit.*, pág. 638.

legal es esencialmente distinta de la tácita reconducción (7) y resulta además incompatible con ella (8).

El juego de la oponibilidad arrendaticia, consagrado en el artículo 57, produce la subsistencia de la relación frente al tercer adquirente o comprador de la finca. De acuerdo con la doctrina dominante, pensamos que esa subsistencia opera mediante la subrogación legal, automática, del adquirente en los derechos y obligaciones del arrendador (9). Con mayor o menor precisión técnica, así lo ha puesto de manifiesto el T. S. reiteradas veces (10). Es el mecanismo de subsistencia *ad extra* que se atribuye a la obligación *propter rem*—el titular pasivo de la obligación es el adquirente del dominio o derecho real—, y que ha llevado a algunos autores a ver una obligación de este tipo, aunque para nosotros deba encuadrarse más bien en el ámbito de los derechos oponibles.

---

(7) Según COSSÍO y RUBIO, así como la tácita reconducción significa el nacimiento de un nuevo contrato, en cuanto la Ley presume un consentimiento de las partes, deducido de una serie de hechos y abstenciones externos, que si bien no implican siempre una verdadera voluntad contractual, constituyen, sin embargo, una manifestación suficiente para producir efectos jurídicos... la prórroga legal implica una continuación del contrato originario que no sólo no se extingue, sino que se mantiene sin alteración de sus cláusulas y que se impone incluso a la voluntad contraria del arrendador, apoyándose tan sólo en la del inquilino... Su fundamento es exclusivamente la ley y la voluntad del arrendatario, viniendo a suponer una verdadera derogación del principio de que el arrendamiento exige un tiempo determinado; la tácita reconducción, por el contrario, respeta el principio y se basa en la voluntad presunta de las partes... Finalmente, la prórroga legal es una institución de orden público que no puede ser derogada ni renunciada por las partes, a diferencia de lo que con la tácita reconducción ocurre. Por lo demás, los efectos de ambas instituciones son sustancialmente los mismos (*Tratado de arrendamientos urbanos*, I, págs. 386-387).

(8) CASTÁN-CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, página 221.

Según la Sentencia de 8 de marzo de 1938, la prórroga del plazo pactado para el arrendamiento no puede producirse a la vez por dos causas incompatibles entre sí, como son la tácita reconducción, que supone la prórroga por tiempo indeterminado o el concurso de las voluntades, no expresas, del arrendador y del arrendatario, y la prórroga legal o voluntad exclusiva de éste y forzosa para aquél, por tiempo indefinido; pues de admitirse la coexistencia de ambas causas, se llegaría a conclusiones contrarias a la justicia.

(9) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, III, págs. 67-68; CASTÁN-CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, págs. 456-458; RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY, *loc. cit.*, pág. 630.

(10) Además de las Sentencias recogidas por CASTÁN-CALVILLO (*loc. cit.*, páginas 457-58), recordemos que, según la Sentencia de 13 de octubre de 1959, el adquirente de una finca se halla obligado a respetar los arriendos regidos por la L. A. U. otorgados por su transmitente, con las cláusulas en él establecidas, incluso las de autorización del subarriendo. En igual fecha, aunque con evidente imprecisión conceptual, nuestro más alto Tribunal ha establecido la misma consecuencia al afirmar que el adquirente de una finca no es tercero respecto al contrato de arrendamiento otorgado por el transmitente, sino por subrogación de parte del mismo, por eso se halla vinculado en la misma medida que el primitivo arrendador.

En fin, la norma de subsistencia en que cristaliza la oponibilidad del arrendamiento, *prima facie* considerada, juega en todos los casos en que un tercero adquiere la propiedad del local arrendado (11). En seguida veremos hasta qué punto es cierta esta generalización. Al menos en la letra de la ley, su aplicación es general (12). Sólo en un caso, expresamente previsto en la propia ley, es inaplicable ese criterio subrogatorio; cuando el arrendamiento ha sido concertado por el usufructuario de la finca en determinadas condiciones gravosas, y el usufructo del concedente se extingue. Pero como a este supuesto nos referiremos luego con más detalle, remitimos a lo allí dicho, y lo recordamos aquí sólo como excepción al criterio general.

El tratamiento conjunto de ambas instituciones—prórroga y oponibilidad—en un mismo artículo, y el hecho de llevar la oponibilidad al mismo capítulo que la prórroga, produce la consecuencia práctica de que el beneficio de la oponibilidad deberá ser interpretado y aplicado en la misma forma que el beneficio de prórroga. Concretamente, que la enérgica virtualidad o inderogabilidad de la prórroga forzosa en beneficio del arrendatario, su irrenunciabilidad, su aguda protección, deberán estar vigentes en igual medida respecto a la subsistencia frente a terceros. Prórrroga y subsistencia son fenómenos distintos pero unificados en su regulación legal. Hablando en un sentido impropio, pero gráfico, podemos decir que la llamada por la ley prórroga forzosa abarca en su entraña tanto la prórroga en sentido estricto como la oponibilidad. Salvada su respectiva distancia y su distinto ámbito de aplicación, ambas deberán ser interpretadas con arreglo al molde que para la prórroga en sentido amplio dibuja la Ley. Esto es muy importante, tanto más cuanto que de todos los beneficios legales, es el de prórroga forzosa el más enérgica y excepcionalmente sancionado por la Ley; en la medida en que su na-

---

(11) El derecho que tradicionalmente tenía el comprador de finca arrendada a que termine el arriendo vigente—según el artículo 1.571 del Código Civil—, ha sido modificado sustancialmente por el artículo 70 L. A. U. de 1946, al determinar que, aunque cambie el dueño o titular arrendador, llegado el día del vencimiento pactado en el contrato, el arrendamiento se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, sin alteración de ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes; de donde se desprende que ante el cambio de dueño, el nuevo adquirente tiene que respetar el contrato llegado el día del vencimiento, quedando vigentes todas las cláusulas del contrato (Sentencia de 13 de diciembre de 1958).

(12) En la materia de arrendamientos urbanos, la prórroga de los contratos, obligatoria para los propietarios, constituye la regla general, y la no prórroga la excepción, y por eso las causas de resolución de los contratos, como determinantes de la extinción del vínculo arrendaticio y opuestas a aquella regla general deben, como toda excepción, ser interpretadas restrictivamente si se quiere lograr la finalidad protectora de la situación del arrendatario, que la legislación de arrendamientos urbanos persigue (Sentencia de 20 de enero de 1951).

turalidad lo permita, la misma virtualidad habrá que predicar de la aplicación social del beneficio de subsistencia oponible.

Pues bien, una vez delimitado así el campo, el problema concreto que aquí nos ocupa se sitúa dentro de la órbita de actuación de la aludida norma de oponibilidad. El principio general de subsistencia arrendaticia frente a terceros, que informa la legislación de A. U., ¿deberá ser igualmente aplicable al caso de ejecución judicial en virtud de una hipoteca anterior, a pesar de las anomalías de todo tipo que esa solución entrañaría? He ahí la cuestión. CASTÁN y CALVILLO expresamente afirman que la subrogación legal en que la oponibilidad consiste se produce en la transmisión del dominio del edificio arrendado—o, como es natural, con la constitución de un gravamen mediante cuyo ejercicio pudiera privarse al inquilino del uso de la cosa—, y que la subrogación opera cualquiera que sea la naturaleza del título traslativo, gratuita u onerosa, siempre que *se produzca una adquisición derivativa* (13). ¿Constituye la venta judicial una forma de adquisición derivativa? ¿Debe considerarse incluido el supuesto especialísimo de la ejecución forzosa en la norma general del artículo 57? Como la solución del problema no es clara ni uniforme, y la doctrina se encuentra dividida a este respecto, se hace preciso reconsiderar esa norma oponible poniéndola en relación con la ejecución forzosa. Para ello trataremos de ir desentrañando la interpretación de aquel artículo a la luz de diversos criterios, para ver con más claridad cuál debe ser su último sentido interpretativo.

### C) SUCESIÓN Y VENTA JUDICIAL

El tantas veces repetido artículo 57 impone la subsistencia del vínculo arrendaticio «aunque un tercero suceda al arrendador en todos sus derechos y obligaciones», excepción hecha de la consolidación del usufructo que a continuación se salva. La oponibilidad del arrendamiento se hace depender así de la sucesión de un tercero en la posición jurídica del arrendador. Importa considerar aquí el contenido de este fenómeno sucesorio, de que la ley parte, para delimitar los posibles casos en que juega esa oponibilidad, y concretamente si dentro de la sucesión debe incluirse la adjudicación con que termina la ejecución hipotecaria, que es lo que más nos interesa ahora (14).

---

(13) *Loc. cit.*, pág. 458.

(14) Como introducción de carácter general a estas cuestiones puede verse nuestro trabajo "Arrendamiento de local de negocio posterior a la hipoteca", A. D. C., XIV-IV, págs. 1024-1027.



En un sentido primario, genérico, la idea de sucesión implica un cambio meramente subjetivo en una relación de derecho. Identidad objetiva coetánea con la alteración subjetiva serían sus caracteres típicos. Lo cual supone admitir que subsista una misma relación con distinto titular, la posibilidad de que la relación básica siga siendo la misma a pesar de la interposición de un nuevo término subjetivo (novación modificativa por cambio de sujeto sin efectos extintivos); cuestión que, en vista de los artículos de nuestro Código (1.203 y 1.204), de la jurisprudencia de nuestro T. S., y de la propia realidad jurídica que contempla en diversas ocasiones fenómenos sucesorios sin extinción intermedia, se da aquí por resuelta en sentido afirmativo (15). Partimos de que esa forma de sucesión subjetiva es posible y frecuente. Por virtud de ella, una persona entra en el puesto que otra tenía en una relación jurídica, sin que ésta se extinga.

Al lado de esto, algunos autores perfilan un concepto de sucesión más estricto o restringido, caracterizado además porque la posición jurídica del sucesor está ligada a la del predecesor por un nexo derivativo (16). Desde esta particular perspectiva, no todo cambio de titular de un derecho implica sucesión (GINOT LLOBATERAS). Para que ésta exista exige BARASSI, además del cambio de sujeto y de la identidad de la relación jurídica, un nexo que ligue a los dos sujetos que se sustituyen. La salida del primer sujeto (autor) debe estar ligada por un nexo al subingreso del segundo (sucesor). Y COVIELLO afirma que cuando falta el nexo de causalidad, la adquisición no puede llamarse derivativa, aun cuando coincida la adquisición del derecho por una parte y la pérdida por otra (17).

De modo que, o se estima que la sucesión se produce en todo caso de sustitución personal no extintiva o se subordina la apreciación del fenómeno sucesorio a la existencia de un vínculo inmediato y directo entre los dos titulares. ¿A cuál de ambos criterios se refiere el artículo 57? Creemos que al primero, sucesión en sentido amplio o mero cambio personal. No sólo porque la ley no distingue, y no resulta lícito limitar su eficacia con esa distinción en materia tan imperativa, sino también por

---

(15) Como ejemplo de opinión en contra, CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 240-42. Puede verse la refutación de esta negación en LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Sucesiones*, parte general, Bosch, Barcelona, 1961, págs. 8-9.

(16) Así lo hace notar BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 29.

(17) Citados por GINOT LLOBATERAS: "La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución", A. D. C., VIII-IV, págs. 1169-1170, de quien he tomado estas referencias. *Vid.* también allí la opinión del propio GINOT en este sentido restringido.

la propia finalidad del precepto, que parece apuntar a cualquier caso de modificación subjetiva, simplemente para evitar que por el hecho de que venga otra persona a ocupar el lugar del arrendador quede sin efecto el arrendamiento. Se pretende la subsistencia arrendaticia a pesar de que entre un tercero. La ley, bastante deficiente en su formulación, no utiliza en general—y no parece haberlo hecho aquí—conceptos técnicos rigurosos o matices de la dogmática jurídica, sólo perceptibles para especialistas o profesionales. Más lisa y llanamente pretende tan sólo imponer la continuación del contrato, de la relación arrendaticia, incluso en los casos de sucesión o cambio subjetivo. A pesar de que venga un tercero a ocupar el puesto del arrendador. Se alude al fenómeno de cambio de arrendador sin entrar a matizar más estrictamente el título adquisitivo de sucesión derivativa. Ello es tanto más cierto cuanto que la referida acepción estricta del fenómeno sucesorio no es aceptada por la generalidad de la doctrina. Así, por ejemplo, en nuestra patria LACRUZ BERDEJO estima que, «lo importante para que haya sucesión no es un acto de disposición del precedente titular (que no existe en la sucesión abintestato), ni menos el ejercicio del derecho mismo, mediante transferencia voluntaria, sino la identidad del derecho, sea cual sea la forma de derivación» (18). En este sentido, y como hemos apuntado ya en otra ocasión, quizá pudiera pensarse, para aclarar la terminología, que la idea de transmisión contempla el fenómeno jurídico más bien desde su causa, desde el transmitente, mediante el ejercicio de las facultades dispositivas, mientras que la sucesión alude más bien a los efectos, al adquirente, con independencia de la titularidad anterior (19). Lo cierto es que no hay base en la letra ni en el criterio inspirador del artículo 57 para subordinar su aplicación a los casos de sucesión traslativa con nexo derivativo o sucesión en sentido estricto; y que, en principio al menos, de acuerdo con su propia finalidad, deberá jugar la subsistencia siempre que venga un nuevo sujeto a colocarse en el lugar del anterior dueño de la finca arrendada: propietario o titular de un derecho limitado que faculte para arrendar.

Cuando el que sucede al arrendador es un comprador que adquiere la finca mediante una venta voluntaria y privada, la aplicación de la subsistencia arrendaticia parece indudable (20). El problema surge cuan-

---

(18) *Derecho de Sucesiones*, citado, pág. 11.

(19) "Arrendamiento de local de negocio posterior a la hipoteca", A. D. C., XIX-IV, pág. 1024.

(20) En los casos de transmisión normal, *inter vivos* o *mortis-causa*, de la plena propiedad de un inmueble arrendado, no aparece dificultad alguna: el nuevo titular dominical se halla vinculado, respecto al arrendatario, en los términos determinados por el contrato otorgado por el anterior titular y por las

do el adquirente del local es un rematante en la subasta con que termina la ejecución judicial. ¿Puede estimarse comprendido dentro del artículo 57 el supuesto de venta judicial forzosa en que desemboca la ejecución de la hipoteca? Cuestión nada sencilla, de singular importancia para resolver el caso que nos ocupa, y que nos lleva de la mano a aquella otra de precisar cuál sea la naturaleza de la venta judicial.

Sobre la naturaleza del auto judicial de adjudicación con que termina la ejecución hipotecaria—al menos en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 L. H.—se han mantenido diversas teorías (21). Algunos autores sostienen que nos encontramos ante un negocio jurídico de tipo contractual, una auténtica venta. Para otros se trata del ejercicio de un derecho de prenda que tiene el acreedor sobre el patrimonio del deudor (KÖHLER, ROCCO); o de la expropiación que aquí es actuada en nombre del Poder público por la intervención del Juez (CHIOVENDA, CALAMANDREI); o de un acto estatal o transmisión forzosa, distinto de la venta por la falta de consentimiento del titular (OERTMANN, POLLAK, SATTA, PUGLIATTI); o se quiere construir como un acto realizado por el órgano ejecutivo en representación del deudor, sin consentimiento de éste e incluso contra su voluntad, a través de una amplísima concepción del fenómeno representativo (CARNELUTTI).

Sea cualquiera la tesis que se sustente para explicar el mecanismo de la adjudicación final de los bienes hipotecados, lo cierto es que—como apunta DÍEZ PICAZO—la naturaleza de este acto puede considerarse desde dos posiciones extremas: *a*) como un acto de naturaleza contractual, semejante a la venta ordinaria; *b*) como un acto judicial, no contractual, por la falta de consentimiento del ejecutado. Dentro de nuestra doctrina defienden la primera posición MARTÍNEZ MORA (22), FLÓREZ DE QUIÑONES (23), DE LA PLAZA (24), PRIETO CASTRO (25), FE-

---

normas imperativas de la L. A. U. En cambio, son numerosos los supuestos que ofrecen dificultad de conjugación con el precepto legal (RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY, *loc. cit.*, pág. 630).

(21) Ver una exposición más detallada en GUASP: *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 1951, págs. 163-167; y en el trabajo de GINOT: *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, páginas 1212-1216.

Según GUASP, que cita a CARNELUTTI en igual sentido, la determinación de la naturaleza jurídica del acto de adjudicación o entrega de los bienes al adquirente constituye uno de los problemas más interesantes de la doctrina procesal e incluso de la doctrina jurídica en general.

(22) "El sistema de liquidación de cargas y la Ley Hipotecaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, abril 1929, pág. 138.

(23) "Comentario a la Sentencia de 5 de febrero de 1945", en *R. D. P.*, septiembre 1945, pág. 532.

(24) *Derecho Procesal Civil español*, 1943, vol. II, pág. 552.

(25) *Manual de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1961, tomo II, págs. 274-75.

NECH (26) y Díez PíCAZO (27), entre otros. Y se muestran partidarios de la segunda, GUASP (28), GINOT LLOBATERAS (29) y GUTIÉRREZ DE CABIEDES (30).

A nuestro juicio, la diferencia última entre venta voluntaria y adjudicación judicial radica no en la forma del acto—escritura pública o auto judicial de adjudicación—, sino en la ausencia de consentimiento del propietario en el acto judicial (vid. las opiniones referidas de GUASP y GINOT). El dueño de la finca—deudor hipotecante o tercero que adquiere con la carga de la hipoteca—podrá estar de acuerdo con que se realice la transmisión a favor del rematante; pero no es necesario que preste su consentimiento, pues basta el auto judicial en que se aprueba el remate y la adjudicación. Esto ocurre por la propia eficacia de la garantía, en función de la cual vive la hipoteca, que logra así su realización en forma automática por el mero mandato del Juez sin quedar subordinada a ulterior conducta del ejecutado. Ausencia de consentimiento que se traduce *causalmente* en que el Juez actúa movido por una pretensión o instancia procesal de ejecución; *subjetivamente*, en que no interviene el dueño sino el órgano judicial; y *formalmente*, en que la adjudicación se exterioriza no en un contrato privado—aunque se formalice en escritura pública—, sino a través de un auto judicial.

A pesar de ello, y de radicar la diferencia más característica de la venta judicial en esa ausencia de consentimiento actual, conviene recordar que tampoco en este caso la voluntad del ejecutado es absolutamente inoperante. El sujeto pasivo hipotecario, que no presta su consentimiento para la enajenación, lo prestó, sin embargo, con anterioridad—al constituir la hipoteca o al asumir la carga con la compra de la finca—y potencialmente para la futura realización del valor. Sin esa previa voluntad del deudor para la constitución del gravamen, que entraña la conformidad con la posible venta forzosa para el cobro, la ejecución hipotecaria no hubiera sido posible. No se expropia al deudor de su facultad dispositiva, imponiéndole el resultado forzoso de una enajenación heterónoma, sino que se actúa judicialmente una concesión voluntaria originaria del propio deudor.

En cuanto a la forma como criterio de distinción, tampoco parece esencial que en un caso la venta se haga en escritura pública notarial y en

---

(26) *Recepción de la hipoteca en el Derecho procesal*, Madrid, 1952, pág. 17.

(27) "Contratos forzosos". *A. D. D.*, IX-I, pág. 95, nota 38.

(28) *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, págs. 166-67.

(29) *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, páginas 1215-1218.

(30) *La enajenación forzosa*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1966, páginas 112-115 especialmente.

Otro caso se apruebe por auto del Juez. Sin perjuicio de reconocer la peculiar naturaleza procesal de las resoluciones judiciales y su especial régimen jurídico, lo que importa es precisar la naturaleza sustancial o de fondo del acto mismo, determinar si es o no una compraventa, cualquiera que sea la forma en que el acto plasme, y siempre que ésta no modifique sustancialmente aquélla. Piénsese que si esta atenuación diferencial en relación con la compraventa puede predicarse del procedimiento judicial sumario, será doblemente válida en el procedimiento extrajudicial (235-10.<sup>a</sup> R. H.) y en el ejecutivo ordinario, que desembocan en el otorgamiento de una escritura de venta (1.514 L. E. C.).

Pero si la diferencia entre ambos actos es apreciable en su estructura, no obstante las atenuaciones apuntadas, resulta menor en el plano de sus efectos. El rematante sucede al anterior propietario en su titularidad dominical de la finca arrendada. La transmisión se opera desde el ejecutado hasta el adjudicatario. Se ha esgrimido como argumento por la doctrina disconforme con la idea de sucesión, que el rematante no adquiere el dominio de la finca en igual situación en que se encontraba respecto al anterior propietario, ya que, por virtud de la ejecución judicial, se produce la extinción de las cargas posteriores y, por tanto, ellas no afectan al adjudicatario judicial. El objeto jurídico de la situación del rematante no sería así el mismo que el de la del dueño anterior (31). Si el cambio de titulares no implica identidad objetiva, desaparece—se dice—la idea de sucesión. Creemos que esta postura resulta exagerada. Cierto que el adjudicatario en la subasta no adquiere la finca del anterior dueño tal como se encontraba en el momento de la ejecución, porque respecto a aquél quedan borradas o extinguidas las cargas posteriores. Esto es natural y deriva de la propia naturaleza de la hipoteca como garantía, que entraña una posible causa de resolución de los actos dispositivos posteriores si la hipoteca llega a realizarse. Pero la finca se transmite en la subasta en la misma situación jurídica (32) en que se encontraba en el momento de la constitución de la hipoteca. La sucesión jurídica se produce en la situación entonces existente, aunque la transmisión se opere en un momento cronológico posterior. Desde el

---

(31) GINOT: *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, pág. 1217.

(32) La situación física del inmueble puede haber cambiado por el transcurso del tiempo, y este cambio sí afectará al rematante que adquiere la finca en el momento de la subasta, no antes. Pero eso no interesa ahora. Lo que importa es contemplar la sucesión en sentido jurídico, sucesión en la titularidad jurídica anterior. Sin olvidar que como la hipoteca despliega su eficacia de seguridad desde el momento de su constitución, la posible alteración física perjudicial para el acreedor podrá ser reprimida a través del mecanismo de la acción de devas-tación.

punto de vista de la identidad objetiva, no es inexacto afirmar un desplazamiento sucesorio vinculado a aquel tiempo anterior.

Cierto también que la venta voluntaria y la forzosa judicial difieren en algunos otros rasgos. Así, por ejemplo, vicios del consentimiento, que en la judicial, al no ser voluntaria para el ejecutado, no entran en juego; ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, dimanantes de la venta voluntaria, pero que no creemos tengan fácil aplicación en la venta judicial, al menos por lo que se refiere al retracto arrendaticio; posibilidad de impugnación por evicción o saneamiento, porque aquí expresamente se da por suficiente la titulación por el comprador, etc. Sin embargo, todo ello no desvirtúa, a nuestro juicio, la idea antes apuntada. El adjudicatario sucede económicamente al propietario anterior en la titularidad y disfrute de la finca subastada. Se produce una auténtica sucesión en el dominio del ejecutado, tal como se encontraba al constituirse la hipoteca. El rematante trae causa, en cuanto a su adquisición, del propietario anterior.

Venta voluntaria y venta judicial son figuras evidentemente distintas. Su mayor diferencia arranca de la ausencia de consentimiento del disponente, si bien esta involuntariedad no es tan absoluta originariamente como pudiera parecer, según lo dicho. Al lado de esto difieren también en su estructura, en su forma de exteriorización, y mínimamente en alguno de sus efectos complementarios. Pero la separación entre ambas no es tan radical como pudiera pensarse. En este sentido, estimamos acertada la opinión de DÍEZ PICAZO, que cree que la ausencia de negocio jurídico no puede servir para deducir la ausencia de venta. Y que no hay dificultad teórica insuperable para admitir que la compraventa pueda nacer, tanto de un acto de las partes (contrato) como de un acto de las partes con el Juez (proceso) (33). Habría así, al lado de la venta contractual, una venta judicial o procesal.

Pero, sobre todo, desde el punto de vista de su eficacia, que es el que aquí más importa, no hay diferencia esencial entre los efectos de ambos actos traslativos—salvo la extinción de las cargas posteriores justificada en la forma dicha—. Creemos que el rematante es un causahabiente del propietario ejecutado, que su titularidad deriva de aquél, que no hay en suma adquisición originaria sino sucesión derivativa. Y que, sea cualquiera el nexo jurídico de unión entre ejecutado y rematante, si admitimos el fenómeno sucesorio en su sentido amplio como mero cambio subjetivo, la adquisición derivada de la subasta ejecutiva entraña una auténtica sucesión jurídica, y puede por esto ser incluida—origina-

---

(33) *Contratos forzosos*, pág. 95, nota 38.

riamente al menos—en la norma del artículo 57. Con doble motivo cuando, de no hacerse así, quedaría abierta una ancha puerta al fraude legal, y fácilmente burlada la enérgica protección del arrendatario sólo porque el deudor se abstuviera de pagar a su tiempo.

Si esto es cierto en cuanto al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, mayormente lo será en el procedimiento ejecutivo ordinario y en el extrajudicial, en que el auto judicial es sustituido por la escritura de venta otorgada, bien por el deudor, bien por otra persona en su representación (Juez vendedor en rebeldía del ejecutado—1514 L. E. C.—o mandatario fijado a este efecto—235-10.<sup>a</sup> R. H.—).

Por no estimarlo así, un sector de nuestra doctrina entiende que la venta judicial con que termina la ejecución no implica auténtica sucesión, ni puede ser incluida en la letra del artículo 57, partiendo de un concepto estricto de sucesión y de que la adjudicación judicial es irreducible con la venta voluntaria (34). Para admitir el fenómeno sucesorio se exige, además de la identidad objetiva y novación subjetiva, un nexo que ligue a los dos sujetos. Como en la venta forzosa ni se da una absoluta identidad objetiva en la titularidad del adjudicatario ni, sobre todo, existe ese nexo vinculante entre ejecutado y adjudicatario, que aquí se sustituye por la intervención del Juez, el rematante—se concluye—no es sucesor del arrendador a efectos del artículo 57 L. A. U. A pesar del buen propósito que inspira esta opinión, tendente a no extender más los privilegios excepcionales de la ley arrendaticia, y a reconducir la solución del problema a los moldes clásicos del puro derecho civil, en beneficio de la unidad del ordenamiento y de la protección de la seguridad de tráfico, creemos que esta tesis no puede válidamente defenderse al ponerla en relación con el fin inspirador de la L. A. U., y por eso no se comparte aquí. En contra recuérdese todo lo dicho inmediatamente antes sobre la conveniencia de tomar la idea de sucesión en un sentido amplio, lato, de acuerdo con el propio fin legal, y la no exacta heterogeneidad entre ambas formas de adjudicación. Unase a ello la necesidad de reprimir *a priori* el fraude legal dentro de los cauces imperativos que la propia ley establece; así como el hecho de que la norma impone la subsistencia, aunque se suceda al arrendador en todos los derechos y obligaciones, expresión expansiva, no limitativa. Lógico parece suponer que si la sucesión se produce, no en todos los derechos y obligaciones del arrendador, sino al menos en uno solo de esos derechos cual es el dominio—sucesión en la relación jurídica dominical—, con doble motivo habrá de jugar la solución legal. De modo que la inclusión de la venta

---

(34) GINOT LLOBATERAS: *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, págs. 1217-1218.

judicial dentro de la sucesión del artículo 57 podrá resultar inconveniente desde el punto de vista de la justicia estricta, o perturbadora para la seguridad del tráfico o para el crédito territorial, pero parece necesaria para la congruente aplicación de la L. A. U.

#### D) EL PRECEDENTE HISTÓRICO

Al hablar de antecedentes históricos, como medio para una más perfecta interpretación legal del problema que nos ocupa, nos referimos aquí a los precedentes inmediatos de la ley actual, concretamente en relación con la subsistencia del arrendamiento u oponibilidad frente a un tercer adquirente (35). Coincidente con el criterio del artículo 1.571 Código Civil, la regla general en la regulación del siglo XIX español era que la venta de la cosa arrendada podía causar la resolución del contrato de arrendamiento.

El actual movimiento de evolución legislativa para la protección de los arrendatarios y de la estabilidad del arriendo arranca de 1920. Es significativo a este respecto que, ya desde el principio, se alude a la subsistencia del contrato, a pesar de los cambios de propiedad. El artículo 9.º del R. D. de 21 de junio de 1920 disponía que la prórroga forzosa establecida en el mismo sería aplicable aun en el caso de que los inmuebles variasen de dueño por cualquier título traslativo de dominio. Igual que hoy ocurre, se confundía técnicamente el aspecto de la prórroga con el de la oponibilidad, como términos ambos de la subsistencia legal del contrato. Y se hacía entrar en juego la oponibilidad cuando la traslación de dominio se verificase por cualquier título. Fórmula amplia que revela cómo se pretendía la continuación del arrendatario y la subsistencia del vínculo en todo caso de cambio de dueño, sin matizar, excluyéndolos, uno u otro supuestos. No se hacía depender la subsistencia de un concreto título sucesorio, sino que se pretendía sancionar el resultado de la enajenación como inoperante para el arrendatario. En igual sentido se pronunció el artículo 11 R. D. 17 diciembre 1924.

El Decreto de 29 de diciembre de 1931 ampliaba todavía la protección, al afirmar en su artículo doce que lo dispuesto en aquel Decreto

---

(35) Para una exposición más detenida del Derecho histórico sobre esta materia, véase el trabajo de PEDRO ARAGONESES ALONSO y GREGORIO PASCUAL NIETO: "La vigente Ley de Arrendamientos y nuestro Derecho histórico", *A. D. C.*, IX-I, págs. 33-84, singularmente págs. 61-63. Ver también BREMÓN y LLANOS: "Aspectos jurídico, social y económico de la relación arrendaticia urbana", *R. G. L. J.*, julio-agosto 1961, págs. 101-142, especialmente 102-105; RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY: *La prórroga forzosa...*, pág. 629, nota 7.



sería aplicable aun en el caso de que los inmuebles variasen de dueño por cualquier título (igual que en el Decreto anterior). Y añadía en el artículo 19: Para los efectos de este Decreto se entiende por propietario, no sólo al dueño del inmueble, sino al titular de cualquier derecho real a quien corresponda la facultad de dar en arrendamiento. Por virtud de esta remisión se extendía la oponibilidad a todo caso de cambio de titular arrendador, fuera o no dueño, y por cualquier título. De lo cual resulta que en la legislación fragmentaria de arrendamientos anterior a 1936, la protección del arrendatario mediante la subsistencia del arrendamiento se hacía frente a cualquier nuevo adquirente—del dominio o de otro derecho desmembrado susceptible de dar en arrendamiento—, y cualquiera que fuese el título de la adquisición, sin matizar entre venta voluntaria y venta forzosa.

La legislación especial de A. U. recogida en un cuerpo legal orgánico arranca de la Ley de 31 de diciembre de 1946, anterior en su vigencia y antecedente inmediato de la actual de 1956. La referencia a la Ley de 1946, tan próxima en su aplicación, resulta punto de partida necesario para la interpretación de la ley actual. Pues bien, el artículo 70 de la ley anterior, precedente del artículo 57 hoy vigente, decía textualmente: «sea cual fuere la fecha de su edificación u ocupación, y tanto en las viviendas como en los locales de negocio, *aunque cambie el dueño o titular arrendador*, llegado el día del vencimiento pactado en el contrato de arrendamiento, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, sin alteración de ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes». Para que la oponibilidad entre en juego basta con que cambie el dueño o titular arrendador. Se recogen los dos supuestos del Decreto de 1931—dueño, arrendador—y se impone la continuación del arriendo, a pesar de ese cambio, sin mayor limitación y sin entrar a distinguir unos u otros casos de traslación. Desde la perspectiva del remate judicial por enajenación hipotecaria que aquí nos interesa, y puestos en contacto con dicho artículo 70, parece procedente concluir, dada la amplitud de sus términos, que aquella adjudicación judicial estaba también incluida en esta norma. En suma, que el arrendamiento debía continuar, a pesar de la venta judicial.

La vigente L. A. U., tanto en el artículo 57 del texto articulado de 1956 como en la Base 7.<sup>a</sup> apartado 1 de la Ley de 22 de diciembre de 1955, ha venido a sustituir la idea de cambio en la cualidad de arrendador por la de sucesión de un tercero en los derechos y obligaciones del arrendador. En definitiva, el fenómeno contemplado y la finalidad inspiradora de ambas redacciones parecen ser los mismos. Se pretende la

continuación del contrato aunque aparezca un nuevo titular. La palabra sucesión quizá se emplee aquí como expresión más técnica de ese fenómeno traslativo. Pero sustancialmente tiene el mismo contenido e igual extensión, ya que tampoco aquí se restringe su eficacia en algunos casos concretos. Ciertamente que ahora ha aparecido la norma relativa a la extinción de usufructo como posible—muy pequeña—excepción a ese criterio; pensemos, sin embargo, que la jurisprudencia del T. S. no aplicó el mandato de la subsistencia a la extinción del usufructo por considerar a ésta sometida a la legislación común, de modo que la nueva ley, si algo ha innovado en este punto, ha sido venir a subrayar la mayor energía de la oponibilidad, no lo contrario. Ciertamente también que la nueva ley ha venido a modificar en parte la normativa anterior, ampliando el área de la libertad negocial. Pero, según los más autorizados comentaristas, al lado de esa mayor amplitud de la voluntad contractual, la orientación de la reforma tiende a un robustecimiento de la estabilidad en la relación arrendaticia (36).

En fin, conviene recordar que la última reforma hecha en la legislación de arrendamientos urbanos por la Ley 40/1964, de 11 de junio, no ha introducido modificación alguna en el texto del artículo 57 contenido en el Decreto de 13 de abril de 1956. Conservación de la fórmula anterior en el actual texto legal que significa el mantenimiento de su valor normativo en los mismos términos recogidos en 1956. De modo que, tanto por su propia inspiración innovadora, como por la letra de sus normas, como sobre todo por el precedente anterior de la regulación de este punto concreto, creemos que el supuesto de venta judicial en trámites de ejecución hipotecaria debe ser reconducido al cauce de subsistencia del artículo 57.

#### E) EL FIN DE LA NORMA

Puestos en el trance de interpretar el mandato legal contenido en el tantas veces repetido artículo 57, de precisar su contenido y averiguar su significado, podemos utilizar varios criterios de interpretación: desde la mera expresión literal o gramatical hasta su integración analógica o su comparación con los principios generales de nuestro ordenamiento. De todos ellos, sin embargo, el que más nos interesa es el descubrimiento de su propia finalidad, del fin jurídico que justifica su eficacia organizadora. La interpretación jurídica se centra fundamentalmente en averi-

---

(36) CASTÁN-CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, I, página 41.

guar el sentido normativo, la búsqueda del fin jurídico de la norma, tanto en sí mismo—fin inmediato—como en relación con y al servicio de los fines generales del ordenamiento. Por eso se afirma por la doctrina más autorizada que el procedimiento interpretativo adecuado a la naturaleza de las normas jurídicas es precisamente el finalista o teleológico (37). Lo que importa destacar es la *ratio legis* específica de la norma de que se trata. Partiendo de esta primaria posición mental, ¿cuál será el fin jurídico de la norma de subsistencia arrendaticia? ¿En función de qué finalidades sociales se establece ese mandato? ¿Cuál es la *ratio* legal del artículo 57?

La razón última de la norma de subsistencia arrendaticia frente a terceros es la misma que la subyacente en toda la legislación de arrendamientos, respecto de la cual aquélla no es más que una de sus más importantes manifestaciones; a saber, la protección del arrendatario. Toda la legislación especial de A. U., desde su origen, se ha promulgado con la finalidad principal de proteger al arrendatario frente a la decisión unilateral del arrendador, dotando a su situación de estabilidad y de un contenido legal inderogable. Finalidad proteccionista que se ha justificado por el legislador, tanto por la necesidad de evitar la especulación en esta zona de intereses vitales como por la conveniencia de conseguir la ocupación permanente de una vivienda o local. El problema de la vivienda, ya lo hemos dicho, es de naturaleza social, humana, afecta a la persona misma, y no puede estar sujeto a consideraciones de tipo económico o de libre cambio. Para lograr esa finalidad protectora se conceden al arrendatario una serie de beneficios legales, sustraídos a la libre voluntad de las partes, e impuestos forzosamente al arrendador. Pues bien, los medios típicos a través de los cuales se logra esa protección legal inderogable son principalmente dos: la tasa de la renta y la duración del arrendamiento. La renta legal y la prórroga arrendaticia son las mayores peculiaridades, y las más irreducibles, del derecho especial arrendaticio. Podríamos decir que la excepcionalidad de estas normas se proyecta sustancialmente sobre ambos aspectos, de forma que todo lo demás, aun dentro de las soluciones del derecho común, es en el fondo accesorio y puede llegar a ser modificado por éste. En el arrendamiento de viviendas, ambos beneficios—renta legal y prórroga—están sustraídos a la voluntad contractual. En el de locales de negocio, sólo la prórroga. Pero lo cierto es que ambos, y con doble motivo la prórroga, por su indiferenciada energía, representan lo más característico de las

---

(37) *Vid.* sobre toda esta materia DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, 2.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, tomo I, págs. 458-465, singularmente pág. 462.

nuevas normas. Y esta especialidad institucional habrá de ser especialmente tenida en cuenta a la hora de valorar su respectiva aplicación.

Además, la estabilidad de la relación arrendaticia, que la ley pretende para favorecer la ocupación permanente del inquilino, por encima de la posible voluntad extintiva unilateral del arrendador, se desenvuelve a través de un doble mecanismo protector, según se proyecte sobre el arrendador primitivo—prórroga forzosa después del plazo pactado—o sobre cualquier adquirente posterior del local arrendado—oponibilidad arrendaticia—. Antes hemos insistido sobre esa distinción. Y hemos visto cómo ambos recursos, aunque conceptualmente diversos, tienen en la ley un tratamiento jurídico unitario. Por eso las causas legales de excepción a la prórroga—duración cronológica—serán asimismo los medios para dejar sin efecto la eficacia del contrato frente a un tercer adquirente. Y la misma protección imperativa, absoluta, inderogable de la prórroga en sentido estricto, es predicable de la otra vertiente de la prórroga legal, es decir, de la oponibilidad.

En función de esa protección *ex lege*, excepcional y automática del arrendatario, tenemos teleológicamente justificado el mecanismo de la subsistencia frente a terceros. El arrendamiento subsiste en caso de enajenación para impedir que por este fenómeno traslativo quede burlada la permanencia de la ocupación. Sobre esta base ha de construirse la interpretación del beneficio de la oponibilidad. Ahora bien, ¿cuáles serán los límites de aplicación de esta norma beneficiosa? He ahí el problema. Como en toda medida de tutela jurídica, la cuestión surge, más que al tratar de justificarla, al querer precisar su alcance. Concretamente: la subsistencia arrendaticia que establece el artículo 57, ¿entrará en juego igualmente ante el supuesto de venta judicial forzosa? Dada la importancia práctica del problema, y la perturbación que su respuesta afirmativa puede comportar, la duda interpretativa es, por lo menos, prudente.

Si se pretende la continuación de la relación arrendaticia, a pesar de la interposición de un nuevo titular, sucesor en el dominio o en cualquier derecho susceptible de ceder en arriendo, no se ve razón para que aquella subsistencia no se produzca también cuando el nuevo titular provenga de una venta judicial, o adquiera en virtud de la subasta con que termina el procedimiento ejecutivo. Al menos mientras la letra de la ley no excluya expresamente este último caso de adjudicación. La presunta distinta naturaleza jurídica de la venta voluntaria y la judicial—bien discutible, por lo demás, como antes apuntamos—no autoriza a atribuir distintas consecuencias a ambas formas de enajenación; sobre todo cuando, como en el caso que nos ocupa y desde el punto de

vista de su fundamento legal, la subsistencia se da en relación con cualquier adquirente, precisamente para evitar que la especialidad de un concreto título adquisitivo llegue a desvirtuar la permanencia del arrendatario. Piénsese además que el adjudicatario deviene propietario y, aunque venga obligado a soportar el arrendamiento, puede también declararlo resuelto y desalojar al inquilino si demuestra la necesidad de ocupar el local, en la forma regulada en la causa primera de excepción a la prórroga; con lo que su posible interés de ocupación queda salvaguardado.

Pero, como ha dicho acertadamente el profesor DE CASTRO, la *interpretatio legis* supone siempre una *interpretatio iuris* (38). No se puede interpretar una norma sin ponerla en relación con todo el ordenamiento, sin valorar su mandato como excepcional o congruente con los principios generales de la comunidad; de donde resultará tanto la apreciación de su carácter como la delimitación de su eficacia. El orden jurídico es un todo, respecto del cual cada disposición cumple un cometido instrumental y parcial. Partiendo de aquí, resulta que la norma de subsistencia arrendaticia frente a la ejecución judicial de una hipoteca anterior choca, de una parte, con el principio general de la adquisición derivativa, según el cual nadie puede transmitir a otro más de lo que tiene; el hipotecante es titular de un dominio resoluble y, según esto, los actos de disposición que con posterioridad realice deberán quedar afectados o resueltos por la ejecución hipotecaria. De otra parte, constituye una excepción al principio vigente en la ejecución inmobiliaria que impone la extinción de las cargas posteriores. La norma de subsistencia sería así doblemente excepcional y anómala en nuestro sistema. Precisamente por esa desarmonía o falta de encaje con los principios generales de nuestro ordenamiento, se plantea el problema de si estará o no en vigor aquella peculiar solución. A pesar de lo cual, creemos que la subsistencia arrendaticia en la venta judicial debe ser aceptada, después de publicarse la vigente L. A. U. La excepción que representa respecto al mecanismo de la sucesión traslativa, es común a todo el derecho de arrendamientos urbanos. Luego volveremos sobre este punto. Y en cuanto a la derogación de la eficacia normal de la ejecución hipotecaria, cierto que entraña un grave riesgo para la seguridad de la contratación y para el crédito territorial todo; ahí radica la importancia social de esta colisión de leyes. Pero el criterio de la subsistencia parece venir amparado en la propia finalidad de la legislación arrendaticia: la defensa de la estabilidad del arrendatario, a pesar de los cambios de propiedad. Enfocado

---

(38) *Loc. cit.*, I, pág. 463.

el beneficio del inquilino desde el punto de vista de su *ratio legal*, parece que debe igualmente aplicarse en la venta judicial.

Otra cosa es que no resultara más aconsejable o deseable la solución contraria, y que la ley restringiera la oponibilidad al solo caso de sucesión por herencia o por venta voluntaria. Esto entra ya dentro de las motivaciones del legislador y de las finalidades sociales que pretende conseguir. Personalmente creemos que un precepto legal restrictivo en la forma indicada hubiera facilitado no poco la contratación inmobiliaria y el crédito hipotecario. Pero no parece ser ése el fin perseguido. Partiendo del precepto legal escueto, que no distingue entre unos y otros casos para su aplicación (39), y del fin tuitivo que inspira esta disposición, parece que no debe excluirse la venta judicial de su eficacia normativa. Sin embargo, como en seguida veremos, el mantenimiento del arrendamiento en la venta judicial no debe ser absoluto.

#### F) LA VALORACIÓN DE INTERESES CONTRADICTORIOS

Como en todo problema jurídico, en el que ahora estamos contemplando se plantea la colisión de diversos intereses, que es preciso valorar según su naturaleza y el criterio de protección legal, para delimitar su respectiva eficacia concurrente. Veamos de separar esos posibles intereses en pugna.

De un lado tenemos el interés del arrendatario a seguir siéndolo indefinidamente, a no ser desalojado del local y a continuar ocupándolo en las mismas condiciones, aunque cambie de dueño o se venda o transmita el inmueble. Por el otro lado pueden coincidir una triple gama de intereses defendibles: a) El del dueño hipotecante, o tercer poseedor de finca hipotecada, para obtener el mayor valor en cambio del inmueble; b) el del acreedor hipotecario a lograr el pago de su crédito con el precio obtenido en la subasta; c) el del rematante a adquirir la finca libre de ocupantes.

Estos tres últimos intereses coinciden en su tendencia a dar por resuelto el arrendamiento con motivo de la ejecución, en contra de la pretensión del arrendatario. Pero todavía hay que matizar sus particulares finalidades. Tanto el dueño de la finca como el acreedor pretenden, en principio, la extinción del arriendo para obtener la seguridad

---

(39) La única excepción recogida es la del arrendamiento otorgado por el usufructuario. Pero en seguida veremos que, tanto por su falta de identidad de hecho como por venir a confirmar más allá de lo previsto la norma de subsistencia, la regulación de la extinción del usufructo no llega a desvirtuar del todo la aplicación que aquí se propone.

de la hipoteca; mientras que el adjudicatario quiere dar por terminada la locación para obtener una mayor y mejor disponibilidad del local que adquiere. Efectivamente, el arrendamiento pesa como una carga de no pequeña entidad sobre el inmueble arrendado, y éste puede obtener un menor valor en cambio por la subsistencia de aquél; claro que al rematar en la subasta también lo adquirirá, en su caso, por un precio inferior al del piso libre, pero si el arrendamiento continúa, las facultades del nuevo propietario pueden verse importantemente mermaidas. Sin embargo, el rematante podrá desalojar al arrendatario si tiene necesidad de ocupar el local comprado por sí o por sus parientes más próximos, al amparo de la causa primera de excepción a la prórroga (art. 63 y sigs. L. A. U.). En este caso, la disponibilidad del inmueble arrendado en cuanto a su nuevo dueño parece asegurada, y su interés suficientemente salvaguardado. De modo que su posible pretensión a adquirir el local libre de arrendamientos carece de fundamento bastante.

A su vez, el propietario de la finca hipotecada quiere obtener el mayor valor de ésta, no tanto o no sólo para la lícita satisfacción de posibles acreedores posteriores garantizados con el mismo inmueble, cuanto para su mayor beneficio económico. Pero si voluntariamente arrendó mediante una renta discreta, que de alguna manera suponga un interés del capital del inmueble—aunque éste quede pronto insuficiente por su congelación—, parece injusto pretender la extinción del vínculo arrendaticio, con la doble ventaja para el arrendador, a costa del arrendatario, de lograr la renta y el precio libre de venta. Si la renta pactada en el contrato fue ínfima, por no encontrar en el mercado mayor demanda de arrendamiento, la posibilidad injustificada es entonces mayor. Pero tal supuesto no parece fácil en la actualidad, al menos en el marco de las grandes ciudades, donde son muchas las solicitudes de ocupación de locales—singularmente, pisos para vivienda—, muchos los pisos en venta y muy pocos los que se quieren ceder en arrendamiento (40). A pesar de ello, *prima facie* considerado, parece que

---

(40) No hace falta insistir sobre la causa de tan frecuente fenómeno. Como el capital invertido en la construcción no queda suficientemente atendido con la renta arrendaticia parcialmente inalterable, a no ser que se pacte una renta desproporcionadamente elevada; como el arrendamiento implica una ocupación permanente y no es fácil desalojar al arrendatario, los propietarios o constructores deciden vender sus locales. Y aunque sea más difícil desde el punto de vista del ocupante el desembolso del capital que el pago periódico de la renta, se ve obligado a aquella solución por la imposibilidad de encontrar adecuados pisos en alquiler, con lo cual la L. A. U., que nació para resolver el problema de la vivienda mediante una fuerte protección al inquilino, ha producido parcialmente el efecto reflejo contrario de restringir en determinadas zonas el

debe prevalecer el interés social de la vivienda sobre el puramente económico de la venta en condiciones óptimas. Buen ejemplo de esto lo tenemos en la actual legislación especial que impone la subsistencia del arrendamiento en caso de venta voluntaria, e incluso—parece—en la venta forzosa judicial. Lo más que puede ocurrir es que por este camino se reduzca el ámbito del arrendamiento urbano, para evitar esa disminución del valor en cambio, y sólo se pretenda la enajenación de los locales libres de ocupantes; consecuencia social previsible a largo plazo, pero aún no vigente ni suficientemente extendida, ya que el arrendamiento de inmuebles urbanos es aún el medio normal de su ocupación. En definitiva, se trata de otra cuestión en que ahora no vamos a entrar. Porque depende de la conveniencia económica del propietario según el mercado de inmuebles, y porque con la venta también se soluciona, aunque por otra vía, aquella permanente necesidad de ocupación.

De modo que, al final, la contradicción de intereses más defendibles se produce entre el acreedor y el arrendatario. Prescindiendo de su estricta significación personal, ambas posiciones encarnan el interés de la garantía hipotecaria y el de la ocupación arrendaticia. El problema que ocupa ahora nuestra atención, motivado por el hecho de si debe continuar después de la ejecución hipotecaria el arrendamiento posterior a la hipoteca, nos pone así de manifiesto otra importante cuestión conexa, la de la lucha de dos privilegios legales de gran entidad: la hipoteca y el arrendamiento urbano. La hipoteca que nace y se desarrolla como un privilegio exorbitante en favor de los prestamistas; éstos se nos aparecen a veces como personas que imponen sus condiciones al necesitado de dinero, y logran con la afección de la finca la garantía de su crédito—crédito especialmente privilegiado—en forma eficacísima, sobre todo cuando, como es habitual, el valor de la finca hipotecada excede con mucho y aun duplica el importe del crédito. Por otra parte, el arrendamiento como privilegio anómalo, excepcional, en favor de los acreedores al uso del edificio, cuya estructura se organiza con una finalidad marcadamente proteccionista y con un destino indiscriminado, a favor de las personas sin casa, genéricamente consideradas, sin matizar su diversa situación económica o perfil personal. El primero predominantemente patrimonial, económico, pretende la seguridad de cobro por el acreedor (41), pero tiene una importante repercusión so-

---

arrendamiento inicial e impulsar la propiedad de la vivienda, que es, en definitiva, el mejor medio de resolver permanentemente la escasez de habitaciones.

(41) No se contemplan aquí, naturalmente, los casos en que la garantía hipotecaria se pone al servicio de otras finalidades personales, familiares o públicas: restitución de bienes dotales, de bienes de menores o incapacitados, de bienes reservables, de gestión de funcionarios públicos, etc. Aun en estos casos,



cial: siendo el crédito necesario para el desarrollo social y para la construcción de viviendas, y la hipoteca la forma más perfecta de garantía, la más habitual y—dentro de estos términos—la menos gravosa para el deudor, el crédito hipotecario se nos aparece como el remedio instrumental más eficaz para lograr la construcción de nuevas habitaciones y fomentar las inversiones inmobiliarias, al menos en la esfera de la iniciativa privada, cuya importancia insustituible al margen de la actividad pública no puede desconocerse. El segundo—interés arrendaticio—de tipo esencialmente personal, social y humano (42), para lograr incluso en forma coactiva la ocupación permanente de una vivienda donde albergarse o un local donde desarrollar su actividad por parte de la inmensa mayoría de gente que no puede por sí misma comprar un piso, protección radical que se extiende objetivamente a todos los ocupantes, por el mero hecho de serlo, aun prescindiendo de su nivel económico. Lucha o pugna de privilegios que se descubre en el caso propuesto y que presta a éste un acusado perfil.

Pues bien, de esos dos intereses privilegiados en colisión, el del arrendatario y el del acreedor hipotecario, ¿cuál debe ser preferente desde el punto de vista de su protección legal? ¿Cuál lo es efectivamente? No cabe decir que la hipoteca, por su valor puramente económico, sea inferior al arrendamiento, ya que, como hemos advertido, a la larga puede con ella resolverse más satisfactoriamente el problema de las viviendas, que es el que en definitiva interesa. A nuestro juicio, puede en principio estimarse la primacía del arrendamiento por su mayor urgencia social y por la necesidad actual de defender el mantenimiento del local ocupado.

Esta afirmación no deja, sin embargo, de ser discutible y debe ser matizada adecuadamente. Porque si parece cierto que la protección arrendaticia va más allá de la voluntad en contra de las partes, y que el problema social que inspira esa drástica protección—la escasez de habitaciones—se encuentra aún plenamente vigente en nuestra patria, también lo es que no pueden desconocerse en la vida social las exigencias de la justicia y de la seguridad del tráfico. Proteger a ultranza al arrendatario perturbando derechos legítimos de tercero, no sólo es—o puede ser—intrínsecamente injusto, sino que podría conducir a conse-

---

y por su propia naturaleza, la garantía discurre por el cauce de la restitución de una suma de dinero.

(42) La naturaleza no patrimonial del derecho de prórroga arrendaticia ha sido destacada por la jurisprudencia de nuestro T. S. al decir que "el derecho que otorga el artículo 73 L. A. U. (de 1946, antecedente inmediato del actual 57) no puede encuadrarse como haber patrimonial de la herencia, sino que ha de estimarse como una concesión legal" (Sentencia de 30 de junio de 1958).

cuencias sociales contradictorias con la misma finalidad perseguida, porque las leyes no pueden estar de espaldas a la realidad. Si se impone en todo caso la preferencia del arrendatario, aun posterior, frente al acreedor hipotecario, podremos llegar a formas peligrosas y abusivas de superposición de garantía, o a retraer el crédito territorial de este importante sector urbano, con evidente perjuicio para todos. Por otra parte, la L. A. U. permite poco margen para condicionar la protección de la estabilidad arrendaticia, protección que ha ido en su formulación literal expresa quizá más lejos de donde debiera. Por eso decíamos que la idea de prevalencia del arrendamiento sobre cualquier otro interés patrimonial es válida como punto de arranque interpretativo, como consideración general para que la posición legal del arrendatario no quede desvirtuada. Pero a renglón seguido estimamos que cuando ambos intereses, el del inquilino y el del acreedor garantizado, sean absolutamente incompatibles, si la protección del arrendamiento implica necesariamente quiebra de la garantía, y cuando la hipoteca sea de fecha anterior que entrañe prioridad cronológica, la preferencia arrendaticia no debe prosperar. Por su propia naturaleza, éste sería el límite máximo interpretativo: el arrendamiento subsiste hasta que esa subsistencia haga imposible la virtualidad de la hipoteca anterior; pero no más.

¿Cuándo se produce esa incompatibilidad necesaria entre ambos tipos de titularidades? Sustancialmente en un caso: cuando el mantenimiento del arrendatario suponga un precio de adquisición en la subasta que no cubra el crédito asegurado, con el consiguiente perjuicio del acreedor. Criterio que deberá ser matizado en el sentido de estimar una devaluación objetiva, causada efectivamente por la continuación del arriendo, ya que el precio obtenido en la subasta puede depender de otras circunstancias especiales o maniobreras. Este deberá ser el tope final de la norma de subsistencia contenida en el artículo 57 que ahora estamos interpretando. De no estimarse así, o volvemos a formas más o menos indirectas de usura, o no se podrá construir con la ayuda del crédito privado, porque el acreedor que presta su dinero para la construcción o el mejoramiento de un inmueble urbano no va a ser tan ingenuo que quede inerte frente a la posible quiebra posterior de su garantía. Desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses, tratando de valorar adecuadamente los que aquí se entrecruzan, creemos que ésta debe ser la solución defendible (43). Para hacer posible la de-

---

(43) La doctrina de esta Sala viene declarando reiteradamente que la armonía entre los intereses contrapuestos, que procura el contrato de arrendamientos urbanos, la mantiene la Ley, la cual si concede al arrendatario la permanencia en el uso mediante la facultad de próroga y la limitación e inmutabilidad de las rentas le prohíbe, como a todos los obligados a respetar el do-

fensa del crédito territorial urbano, a cuyo favor militan razones tan poderosas como las que justifican la continuación *ex lege* del arrendamiento. De no estimarse así, se pueden producir funestas consecuencias.

### G) LA ANALOGÍA

La L. A. U. expresamente recoge el uso de la analogía para la aplicación de sus normas (art. 8.º) y, de acuerdo con la buena doctrina, impone esa forma de interpretación analógica cuando la cuestión contemplada, no obstante referirse a materia arrendaticia urbana, esté ayuna de regulación en la ley especial. La razón de ser de esta fuerza expansiva de las normas arrendaticias, no obstante su marcado carácter excepcional y privilegiado, deriva de ser el derecho de A. U. un derecho también especial por la materia, dotado de principios propios que juegan con preferencia a los criterios generales del derecho común, aunque sin eliminarlos. En efecto, la analogía supone la existencia de una laguna legal, la ausencia de regulación expresa de un caso concreto, respecto del cual adquiere eficacia organizadora la solución legal de otro caso con idéntico fundamento. Por eso se afirma acertadamente que la analogía, más que un método de interpretación, encaja en la fase previa de la búsqueda de la norma aplicable (44).

De acuerdo con esto, si se estima que el problema de la subsistencia arrendaticia en la ejecución hipotecaria, que ahora nos ocupa, se encuentra directamente regulado por la L. A. U. y que le es aplicable la norma contenida en su artículo 57-1.º, resulta que no cabe plantear la cuestión de analogía, que entonces sería innecesaria y carecería de

---

minio de otro, limitar la facultad de disposición excluyente y exclusiva del propietario que no la ha cedido y la retiene y, por tanto, la de exigir se conserve lo que es objeto común del dominio..., toda vez que la Ley impone con todo rigor el tradicional respeto al derecho dominical, en cuanto resulte cumplida la función social de la propiedad al servicio del interés general de procurar sedes estables y tasadas para hogar o para negocio (Sentencia de 22 de octubre de 1956).

Aunque la Sentencia parcialmente transcrita se refería a un problema distinto, relativo a la posibilidad legal de variar la forma del piso por el arrendatario, su razonamiento resulta sintomático porque: a) Interpreta la L. A. U. siguiendo la línea realista de la jurisprudencia de intereses y valorando los que en el caso concurren; b) consagra expresamente el respeto y la tutela efectiva del derecho de propiedad, no obstante la protección del arrendamiento como gravamen de aquél; c) establece como límite del respeto a la propiedad el cumplimiento por ella de su función social, concretada a este respecto en procurar la estable ocupación del local.

(44) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, tomo I, págs. 480 y sigs.

fundamento. Por dos caminos, sin embargo, se puede llegar a apreciar la existencia de una laguna legal en este punto. Bien suponiendo que la solución del artículo 57 L. A. U. es contradictoria con la del artículo 131-17.<sup>a</sup> L. H., por lo que ambas normas opuestas anulan su respectiva eficacia por ser de igual rango formal, y nos encontramos entonces como si ninguna de las dos existiera (45). O bien admitiendo, como quiere algún autor, que el artículo 57 es una norma de carácter general que contempla el supuesto de la venta o enajenación voluntaria, pero no el de la venta judicial en trámites de ejecución hipotecaria, caso especial que quedaría fuera de las previsiones de este artículo por lo que, partiendo de esa falta de regulación expresa, habría que encontrar la solución legal aplicable por vía de analogía. De ambas posibilidades, esta última nos parece la más verosímil.

A pesar de lo cual, de lo dicho hasta aquí parece desprenderse la idea de que no hay razón de peso suficiente para considerar *a priori* excluido el caso de la venta judicial de la letra del artículo 57. Sin embargo, creemos que la confrontación aquí de algunos casos semejantes por su fundamento al problema que nos interesa, y de su especial regulación, puede arrojar nueva luz sobre la tarea interpretativa de aquel precepto. En primer lugar, porque el artículo 57 contiene tanto la norma general de subsistencia como la excepción relativa a la extinción de usufructo, y no es lícito considerar aplicable la primera sin precisar la extensión de la segunda. Ambas completan un criterio general aplicativo. Y es preciso apreciar si la regulación de la venta judicial debe ser llevada a una u otra. Con doble motivo cuando no es del todo seguro que el legislador estuviera contemplando este caso al disciplinar la norma general de subsistencia, y porque todo el cuidado que en esta tarea se lleve es poco, en relación con la gravedad de sus consecuencias reales. En segundo lugar porque, como hemos reiterado más arriba, la *interpretatio legis* es una *interpretatio iuris*. No se puede aplicar rectamente una norma, aunque corresponda a la legislación especial, sin tener presente las otras normas relativas a casos similares dentro del mismo derecho especial, y los principios generales del ordenamiento; lo cual comporta nada menos que la determinación de la eficacia de los principios informadores del derecho especial frente a la virtualidad última de los principios generales de nuestro ordenamiento. Si no por el camino de la analogía—búsqueda de la norma, complemen-

---

(45) Postura no muy convincente que tendría que orillar, entre otros, el problema de la posible eficacia derogatoria de la L. A. U. dentro de su ámbito respecto a la L. H., por ser aquella especial por la materia y cronológicamente posterior.

to de laguna legal (46)—, la consideración de los supuestos semejantes viene impuesta por el propio método interpretativo. Veamos, pues, alguno de esos casos:

a) Arrendamiento urbano concertado por el usufructuario.

No es nada reciente el problema de si, concedido el uso de una finca urbana en arrendamiento por su actual usufructuario, puesto que la titularidad del usufructo autoriza para arrendar, debe extinguirse el arrendamiento al concluir el usufructo del concedente o, por el contrario, seguirá vigente frente al nudo propietario que consolida su plena propiedad. Antes de publicarse la L. A. U. de 1955-56, nuestro T. S. aplicó en múltiples resoluciones el criterio extintivo por entender que el artículo 480 C. C. no había quedado derogado por el artículo 70 L. A. U., a pesar de que este último—como se recordará—equiparaba el cambio del dueño al del titular arrendador (47). Esta posición fue

(46) Al estudiar la aplicación analógica de la L. A. U., los comentaristas entienden que se trata de analogía *legis* de un precepto concreto, no de analogía *iuris* en general (CASTÁN-CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, I, págs. 58-59). El carácter especial y fragmentario de esta Ley parece justificar ese criterio para evitar una amplitud excesiva de sus disposiciones a costa del derecho común. Sin embargo, lo que aquí se propugna es más bien una *interpretatio iuris*, no exclusivamente analógica, que abarque en una sola unidad los diversos criterios informadores.

Por el mismo camino restrictivo, el Tribunal Supremo entiende que la analogía que manda y permite la L. A. U. es con referencia a otros preceptos de la propia Ley arrendaticia, pero nunca con leyes extrañas a ella (Sentencia de 8 de abril de 1967).

(47) *Vid.* Sentencias de 14 de mayo de 1952, 24 de junio de 1952, 8 de junio de 1953, 6 de octubre de 1953, 23 de noviembre de 1954, 12 de enero de 1955, 20 de enero de 1955, 9 de julio de 1955, 27 de abril de 1957, 27 de junio de 1958, 14 de noviembre de 1958, 5 de febrero de 1959, 28 de octubre de 1959, 9 de abril de 1960. Estas últimas, aunque posteriores a 1956, recogen de alguna manera supuestos en que se aplica la Ley anterior.

Es curioso recordar que la Sentencia de 5 de febrero de 1959 alude al problema de la repercusión sobre el arrendatario de la cualidad de usufructuario que tenía su arrendador, por estar ese usufructo inscrito en el Registro, de forma que el arrendatario no podía verse beneficiado por el hecho de conocer la titularidad usufructuaria ni por creer que quien le arrendó era dueño. Solución plenamente correcta en el plano de la publicidad registral. La cuestión surgiría más espinosa si el usufructo del arrendador no estuviera inscrito y pretendiera el arrendatario su desconocimiento de ese derecho desmembrado, por entender de buena fe que quien le arrendó era dueño, lo que implicaría la posible continuación del arriendo con perjuicio del propietario. Habría que distinguir igualmente según que el verdadero dueño estuviera o no inscrito. Porque si no lo estaba, no tenía contacto posesorio con la finca ni de ninguna otra forma exteriorizaba su dominio, y el usufructuario se comportaba externamente como tal, no sería difícil predicar la subsistencia arrendaticia. Cuestión que hoy ha quedado allanada con el párrafo final del artículo 57.

Sin embargo, como recuerdan CASTÁN y CALVILLO, la doctrina jurisprudencial extintiva no fue absolutamente unánime, según se aprecia en las Sentencias de 9 de julio de 1953 y 7 de diciembre de 1954 (*Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, pág. 461).

parcialmente criticada por VALLET de GOYTISOLO (48), y contradicha por buena parte de la doctrina patria (49).

El texto refundido legal de 1956 ha venido a dar nueva solución a este concreto problema, a través del párrafo último del artículo 57 y párrafo 12, artículo 114. Según estos preceptos, el arrendamiento celebrado por el usufructuario subsiste frente al dueño de la finca al extinguirse el usufructo, de la misma manera que en los demás casos de sucesión en general; pero, a pesar de ello, el propietario puede dar por resuelto el arriendo nacido en esas circunstancias cuando pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario anterior fueron notoriamente gravosas para la propiedad. Parece claro que la nueva norma es más bien de carácter restrictivo, que limita todavía más la libertad individual y el juego de las causas extintivas, imponiendo la prórroga arrendaticia más allá de su duración normal. Aun sin sucesión, es decir, aunque el dueño actual no suceda al arrendador anterior en todos sus derechos y obligaciones, se establece la continuación del arrendamiento. El ámbito de la subsistencia arrendaticia rebasa, como no podía menos dada la propia vaguedad terminológica del mandato legal, el campo de la sucesión. Se predica la permanencia de la ocupación sin nexo derivativo. Pero no siempre. El arrendamiento notoriamente gravoso para el nudo propietario puede ser resuelto a su instancia.

Al comentar este nuevo precepto, GINOT LLOBATERAS parte de la idea, ya apuntada por ROCA, de que la subsistencia del arrendamiento al extinguirse el usufructo no puede tener el mismo fundamento que la subrogación del adquirente de la finca en los derechos y obligaciones del arrendador; se trata de una concesión legal al usufructuario de un poder de disposición sobre cosa ajena, y estima que la solución legal es la de conceder al usufructuario un poder de disposición que excede de su esfera propia y que produce vinculación para una esfera jurídica ajena (50). Y LÓPEZ JACOISTE cree que se trata de un contrato en daño de tercero: el propietario, que no ha sido parte en el contrato arrendaticio y, sin embargo, ve desmerecer su propiedad por la

---

(48) "Repercusión de la extinción del usufructo en los arrendamientos concertados por el usufructuario" (Comentario a la Sentencia de 12 de enero de 1955), A. D. C., VIII-III, págs. 984 y sigs.

(49) Ver referencia bibliográfica en CASTÁN-CALVILLO, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, págs. 460-61, nota 1. En igual sentido, RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY, *loc. cit.*, págs. 630-31. A favor del criterio extintivo estaban COSSÍO y RUBIO, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, pág. 399, y GINOT LLOBATERAS, *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución*, págs. 1193 y sigs.

(50) *El arrendamiento otorgado por el usufructuario*, A. D. C., IX-IV, páginas 1219-20.

imposición de esa carga; de donde concluye que la posible resolución por onerosidad se encuentra próxima a las acciones dirigidas a obtener la declaración de irrelevancia de los contratos otorgados en daño de tercero (51).

La nueva regulación del usufructo plantea, entre otros, un importante problema práctico, cual es el de determinar qué debe entenderse por «condiciones notoriamente gravosas», a efectos de la posible resolución arrendaticia. GINOT LLOBATERAS entiende que el concepto de condición—o pacto—gravosa puede entenderse en sentido subjetivo, en relación con cada nudo propietario en concreto cuya posición trata de defenderse (52). LÓPEZ JACOISTE apunta como posibles causas de esa gravosidad el uso arrendaticio gravoso, la merma de la rentabilidad del

---

(51) "El arrendamiento notoriamente gravoso concertado por el usufructuario". A. D. C., IX-IV, págs. 1254-57.

(52) *Loc cit.*, págs. 1225 y sigs. El propio GINOT plantea la cuestión de si no cabrá estimar notoriamente gravoso el mismo contrato de arrendamiento, por encima de sus cláusulas especialmente consideradas. Y aunque se muestra partidario de la solución afirmativa, reflejando el hecho evidente de que en muchas ocasiones la onerosidad o gravamen para el nudo propietario deriva del mismo contrato, de su permanencia aún con cláusulas normales, sin embargo, no parece ser éste el sentido legal. La Ley contempla al contrato de arrendamiento concertado por el usufructuario como posible, normal, digno de protección y prorrogable. Sólo cuando sea excepcionalmente gravoso podrá resolverse, pero no cuando su celebración, a pesar de la carga que entraña, se concierte en forma normal. La cuestión es interesante y no deja de ser discutible, incluso de *lege ferenda*, porque, como en seguida diremos, la dificultad estriba en arbitrar medios para la represión del mero arrendamiento urbano—no del anormalmente gravoso—, cuya subsistencia plantea tan difíciles problemas.

(53) *Loc. cit.*, págs. 1244-1251. Como este autor señala, la cuestión de la condición gravosa se liga con aquella otra de la necesidad de conservar la sustancia de la cosa en el usufructo (*salva rerum substantia*), y hasta qué punto el mero hecho de celebrar un contrato arrendaticio en condiciones normales puede entrañar una modificación de la sustancia (valor) o de la forma (destino) de la cosa usufructuada (ALFONSO GARCÍA VALDECASAS: "La idea de sustancia en el Código Civil", A. A. M. N., tomo VIII, págs. 401-421). Cuestión de hondas repercusiones en el derecho civil, en que ahora no podemos entrar. Si a pesar de esa posible alteración sustancial (que aquí no se afirma, pero que tampoco parece imposible), el arrendamiento subsiste y el nudo propietario no puede pedir su extinción, quedaría alterada la disciplina tradicional del usufructo. Lo cierto es que hoy sólo se estima resoluble el arrendamiento notoriamente gravoso, quizá por entender que sólo éste produce alteración en la sustancia del inmueble (carga). La posible prueba judicial de que un arrendamiento normal venía realmente a menoscabar esa sustancia tropezaría con la dificultad de las causas tasadas no ampliables de resolución del arrendamiento. Quede esta apreciación para un estudio más detallado del usufructo en relación con el moderno arrendamiento urbano.

Enjuiciando el sistema legal, se muestra LÓPEZ JACOISTE partidario de haber adoptado un criterio más amplio en orden a la estimación del carácter notoriamente gravoso del arrendamiento (pág. 1263). Opinión que compartimos, ya que la falta de concreción legal, si no va acompañada de una activa colaboración judicial, puede convertir en poco práctico un precepto redactado con buena intención.

inmueble, pero no la mayor duración pactada (53). Que nosotros sepamos, aún no se ha pronunciado el T. S. sobre un caso semejante, para establecer *de facto* qué se entiende por condición notoriamente gravosa (54). Parece prudente en este sentido el criterio apuntado por CASTÁN y CALVILLO, al transcribir la enmienda del Procurador don Luis Burgos Boezo que originó este precepto. Dice así: «Quedará también prorrogado el contrato en los casos de terminación de usufructo y transmisión fideicomisaria, siempre que se trate de contratos de arrendamientos *normales en cuanto a precios, plazos y demás cláusulas funda-*

---

(54) Después de la Ley de 1956, la doctrina jurisprudencial más reciente se inclina a afirmar la continuación del arrendamiento con posterioridad a la extinción del usufructo, y esto incluso frente a los contratos de arrendamiento celebrados antes de la reforma legal, por estimar ésta aplicable a los contratos entonces en vigor.

Así, la Sentencia de 15 de febrero de 1963 establece que la legislación especial sobre arrendamientos urbanos anterior a la vigente no contenía disposición expresa relativa a los efectos de la extinción del usufructo en relación con la subsistencia del contrato de arrendamiento otorgado por el usufructuario, razón por la cual la jurisprudencia declaró aplicable el artículo 480 del Código Civil; pero esta doctrina no puede invocarse desde el momento en que la legislación especial ha introducido un precepto específico sobre la materia, el artículo 57, que extiende el principio básico de la prórroga obligatoria a los casos de extinción del usufructo.

Según la Sentencia de 2 de marzo de 1963, el artículo 57 de la L. A. U. dispone que el plazo pactado se prorrogará obligatoriamente para el arrendador en los casos de extinción del usufructo, precepto que, según su propio texto y lo prevenido en la Disposición transitoria primera, es de aplicación no sólo a los contratos que se celebren a partir de su vigencia, sino también a los que en dicho momento se hallaren en vigor, de suerte que en casos de extinción del usufructo con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley especial, el fin del usufructo no determina la extinción del arrendamiento, siendo solamente presupuesto del ejercicio de la acción resolutoria, fundada en que las condiciones pactadas para el mismo por el usufructuario anterior fueron notoriamente gravosas para la propiedad.

En la Sentencia de 25 de abril de 1964 se afirma que, pedida la resolución del contrato de arrendamiento por el fallecimiento de la usufructuaria que arrendó, el problema se concreta en resolver si es el nacimiento del contrato o el fallecimiento de la arrendadora el que determina la legislación aplicable; problema que debe resolverse en virtud de la Disposición transitoria primera de la L. A. U. de 13 de abril de 1956, que establece que sus preceptos regulan, no sólo los contratos nacidos después de su vigencia, sino también los anteriores que se hallaran en vigor, y de la quince que dice que las modificaciones efectuadas en el capítulo II sólo serán aplicables a los hechos cuya producción se haya iniciado después de la vigencia de la Ley, en el sentido de que lo que determina la aplicación de la misma es el hecho productor de la causa resolutoria, es decir, la muerte de la usufructuaria.

Y la Sentencia de 16 de diciembre de 1967 puntualiza que el segundo usufructuario puede ejercitar la resolución del arrendamiento al amparo de la causa 12 del artículo 114 de la L. A. U., aunque la Ley no contenga referencia específica a esta clase de titularidad, a quien no puede dejarse inerte ante los excesos y desafueros del anterior extinguido.



mentales, en relación con el inmueble concreto de que se trate y los usos y costumbres de la población donde esté emplazado» (55).

La solución dada por la ley a la extinción de usufructo, ¿es igualmente aplicable a la resolución del dominio del hipotecante causada por la ejecución judicial? En contra de la equiparación podría argüirse que:

a) El supuesto del usufructo es excepcionalísimo, y como tal ha de ser interpretado restrictivamente dentro de las normas vigentes en el ámbito especial de arrendamientos urbanos; b) Viene a imponer la continuación del arriendo en esas condiciones cuando no existe sucesión. El nudo propietario ni es sucesor ni causahabiente del usufructuario, a pesar de lo cual el arrendamiento subsiste. Cuando entre el anterior dueño y el actual se produce un traspaso posesorio, y éste parece ser el caso que nos ocupa, según hemos tratado de demostrar antes, no cabe duda: el arrendamiento continúa en su forma normal sin otros temperamentos restrictivos; c) Sobre todo, porque el caso del usufructuario no puede ser equiparado al del propietario hipotecante que arrienda. La diferencia de naturaleza de ambas instituciones es clara: El primero es titular de un derecho de disfrute sometido a plazo extintivo, normalmente la duración de la vida del usufructuario; el segundo, propietario resoluble, cuyo dominio viene inciertamente condicionado por el evento resolutorio del incumplimiento posterior. Titularidad temporalmente limitada y situación jurídica de dependencia, respectivamente, con diversa estructura y efectos (56). Así, por ejemplo, la retroacción que normalmente juega en las transmisiones condicionales (y que aquí tendría una especial importancia para dejar sin efecto civil los actos celebrados con posterioridad, concretamente el arrendamiento) no tiene cabida en los derechos temporalmente aplazados. No hace falta recordar ahora la abundante jurisprudencia del T. S. que niega la equiparación del fiduciario en la sustitución fideicomisaria al puro usufructuario.

A favor de la tesis que aplica igual solución legal en ambos supuestos, podría pensarse: a) La semejanza real de los dos casos, a pesar de esa diferencia estructural que acabamos de señalar al final del párrafo anterior.

b) La ley está contemplando el supuesto del que arrienda sin ser el dueño pleno. Desde el punto de vista económico y real, la distancia entre el propietario resoluble y el disfrute del usufructuario no es tan grande como una consideración puramente conceptual pudiera hacer pensar. Sobre todo, cuando el usufructuario tiene cierta facultad

(55) *Loc. cit.*, II, pág. 465.

(56) Cfr. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, tomo I, págs. 608-615.

de disposición que rebasa su cualidad de tal (recordemos la opinión de GINOT, antes transcrita, para tratar de justificar este precepto). Además, la analogía no entraña igualdad en el supuesto de hecho de los casos que se comparan—si así fuera, les sería aplicable la misma norma directamente, sin necesidad de buscar su semejanza analógica—, sino identidad de fundamento. El fundamento de la solución legal aquí recogida es la pretensión de que el arrendamiento continúe aún sin sucesión, en todo caso, pero no cuando un tercero (usufructuario respecto al nudo propietario arrendador; hipotecante frente al acreedor hipotecario) cause con el arrendamiento un notorio perjuicio al titular de un derecho preexistente.

c) La interpretación finalista de la norma que nos ocupa. Como acertadamente dicen CASTÁN y CALVILLO, «teniendo en cuenta que los diversos supuestos semejantes (se refieren a los arrendamientos celebrados por fiduciario, reservista, comprador con pacto de retro, poseedor vencido de evicción, etc.; casos que nosotros englobamos en el siguiente apartado expositivo dentro de esta misma materia. Parece cierto que el ejemplo del dominio del hipotecante no debe ser excluido de esta asimilación) obedecen al mismo fundamento y guardan gran semejanza en su funcionamiento con el de la extinción del usufructo, *sería contrario a la equidad aplicar a casos idénticos distinta norma jurídica*, por lo que puede pensarse que no dejaría de ser justa la extensión a ellos de la proposición segunda del artículo 57, mediante la aplicación de lo prevenido en el artículo 8» (57). A nuestro juicio, tal afirmación puede ser plenamente aplicable al caso que nos ocupa. Partiendo de la idea general de subsistencia arrendaticia que consagra el artículo 57, creemos más acomodada a nuestro caso la solución dada por la ley a la extinción del usufructo que la general contenida en el primer párrafo de aquel precepto, tanto desde el punto de vista de la justicia como de la propia finalidad de la Ley. Esta pretende la continuación arrendaticia en todo caso de cambio de persona, pero dejando a salvo los intereses de terceros perjudicados por una extralimitación grave de la conducta del arrendador o de sus consecuencias. Ese nos parece el sentido último de la norma tantas veces aludida. De no estimarse así se llegaría al injusto resultado, igualmente referido, de que el acreedor garantizado se quedaría sin cobrar—al menos parte de su crédito—por la depreciación que el arrendamiento puede suponer. No es que la dis-

---

(57) *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, pág. 463. Vid. los argumentos allí apuntados, que serán aquí sintéticamente expuestos a continuación.

posición relativa al usufructo sea una excepción a la norma general de continuación del arrendamiento, sino más bien otra forma más limitada de manifestarse aquel criterio de subsistencia. El primer párrafo no implica una consagración técnica de la oponibilidad. Afirma sólo que el arrendamiento subsiste... aunque un tercero suceda al arrendador. Lo cual no quiere decir que no subsista también, pero con distinto alcance, en otros casos especiales, igual que ocurre en el ejemplo del usufructo que la ley contempla.

d) Arrendamiento urbano concertado por otros titulares de derechos resolubles o desmembrados.

Concretada en estos términos la regulación legal, se suscita la duda de cuál será la norma aplicable a diversos supuestos semejantes o parcialmente coincidentes con el del usufructo: ya hemos aludido a los arrendamientos otorgados por el fiduciario, reservista, comprador a retro, poseedor vencido de evicción, igualmente ocurriría en el arrendamiento celebrado por el administrador judicial, etc.; si la general del párrafo primero del artículo 57 o la particular del usufructo. Dejando aparte la dificultad de atribuir igual solución a casos heterogéneos (pensemos, por ejemplo, en los arrendamientos concertados por los administradores de responsabilidades políticas conforme a la Ley de 9 de febrero de 1939), y ciñéndonos a los casos más normales de dominio resoluble o condicionado, la cuestión es discutible. Depende de la fuerza expansiva que se conceda a la norma del usufructo, y de la extensión con que se entienda el párrafo primero del artículo 57.

GINOT se muestra contrario a la aplicación analógica de la norma usufructuaria, por entender que todos estos casos están comprendidos en la norma general del párrafo primero (58). Pero la generalidad de la doctrina considera aplicable la prescripción del usufructo a estos supuestos de dominio limitado, resoluble y condicionado. Así, CASTÁN y CALVILLO (59), COSSÍO (60), ROCA SASTRE (61), RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY (62), etc. A pesar de la terminante dicción del artículo 8.º, la jurisprudencia ha aplicado restrictivamente el criterio de la analogía en materia arrendaticia, quizá con la prudente preocupación

---

(58) *Loc. cit.*, págs. 1231-33.

(59) *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, pág. 463.

(60) "La nuda propiedad", *A. D. C.*, IX-III, pág. 767, citado por CASTÁN-CALVILLO (véase nota anterior).

(61) *Suplemento al Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, pág. 159, bien que limitándose al concreto caso de arrendamiento posterior a la hipoteca, como en seguida veremos.

(62) *Loc. cit.*, pág. 632.

de evitar una excesiva extensión a sus principios excepcionales (63). La Sentencia de 19 de mayo de 1952 declaró extinguido el arrendamiento concertado por el fiduciario a la muerte del mismo, haciendo uso del argumento a *pari ratione*. Con la nueva norma del artículo 57, no parece infundado suponer su aplicación a estos casos en virtud de igual criterio asimilativo (64).

Después de todo lo dicho en el apartado anterior, no es difícil adivinar nuestra opinión a este respecto. Partidarios de la analogía, creemos que la norma hoy dictada para el usufructo debe igualmente disciplinar estas situaciones semejantes. Por estimarla más cercana a estos casos en su planteamiento de hecho que la norma indiferenciada de subsistencia contenida en el párrafo primero, la cual no matiza estos aspectos de titularidad condicionada del arrendador, sino que se limita a imponer aquella eficacia, a pesar del cambio de arrendador, sin precisar exactamente cuándo entrará en juego. Y, sobre todo, porque su aplicación parece más adecuada en vista de la mayor justicia de solución que consagra, que permite más ampliamente la adecuada armonización de los intereses concurrentes sin mengua del principio general de protección al arrendatario. Creemos que en la formulación de este precepto no hay obstáculo serio a su interpretación analógica en la forma dicha, la cual viene abonada por el artículo 8.º y por la propia naturaleza de los casos propuestos. La cuestión es importante para el ejemplo que estamos estudiando. Aunque nosotros hayamos anticipado la equiparación del hipotecante al usufructuario en el apartado anterior, en puridad el supuesto debía ser traído aquí, al lado de estos otros casos de posible semejanza con el usufructo. En definitiva, la solución es la misma por ser idéntico el fundamento. Estimamos procedente la aplicación de la norma usufructuaria a los casos de dominio resoluble, válida su extensión analógica y conveniente, por tanto, al ejemplo de la hipoteca que ahora nos preocupa.

e) La acción de devastación.

También es importante recordar aquí, al tratar de la analogía, la regulación que a la acción de devastación se ha dado en el nuevo artículo 219 R. H., reformado por Decreto 17 marzo 1959. La reforma

---

(63) *Vid.*, entre otras, las Sentencias del T. S. de 4, 8 y 13 de febrero, y 10 de octubre de 1960, así como la Sentencia de la Audiencia de Barcelona de 17 de octubre del mismo año.

(64) Buen argumento a favor de la interpretación extensiva sería el texto de la enmienda presentada en las Cortes por el señor Burgos Boezo, que sirvió de origen a este precepto (véase en págs. 1024-1025). En ella se equiparan la extinción del usufructo y de la titularidad fiduciaria en la sustitución fideicomisaria, a efectos de la repercusión del arrendamiento.

del artículo 219-1.º ha venido a ser la primera consagración legal expresa de la posible incompatibilidad entre la hipoteca y el arrendamiento posterior. Pero al recoger esta realidad indudable, la norma del Reglamento—ya sea por su carácter reglamentario, ya por la dificultad de regular esta materia al margen de la enérgica L. A. U.—se ha quedado corta. Por sus supuestos de aplicación, ya que sólo contempla el arrendamiento intencionalmente fraudulento o el presunto a través de la renta ínfima. Y, sobre todo, por su eficacia, limitada a desatar la acción de devastación, garantía complementaria y desusada. Sólo se está aludiendo aquí al arrendamiento notoriamente fraudulento, al concertado precisamente para perjudicar al acreedor anterior—en forma directa o presunta—. No se ha recogido en cambio el arrendamiento normal, celebrado sin concreto *animus fraudandi*, pero que puede plantear la disminución del precio de la finca y la insatisfacción del acreedor. Que es, por cierto, el más frecuente.

Al menos, el artículo 219 es muestra de que nuestro derecho positivo no permanece insensible a la injusticia derivada de esa colisión arrendaticia. Respecto del celebrado con renta ínfima—presuntamente fraudulento—, podrá servir de base para pedir judicialmente su resolución al mismo tiempo que se ejecuta la hipoteca: pretensión cuyo éxito ante un Juez no parece, por lo demás, nada seguro. Pero el fundamento de la impugnación se apoyaría más que en la incompatibilidad arrendaticia, en la concurrencia de fraude, que en ningún caso puede ser amparado. Si acaso, el módulo reglamentario de capitalización de renta servirá como criterio indicador del fraude legal. Pero aunque no quepa deducir la extinción del arrendamiento de esa norma reglamentaria, ni hacerla extensiva a los contratos de locación concertados de buena fe, su tímido texto puede apoyar la valoración de su peligro y la interpretación más progresiva que aquí se defiende, en vista conjunta del derecho aplicable tanto a los arrendamientos urbanos como a la garantía hipotecaria.

## H) LOS LÍMITES DE LA SUCESIÓN TRASLATIVA

A lo largo de las consideraciones precedentes se ha ido perfilando la idea de que el arrendamiento urbano posterior a la hipoteca debe subsistir cuando la finca es enajenada judicialmente en pública subasta, subsistencia que se afirma con carácter general e indiferenciado—por estimar aplicable el párrafo primero del artículo 57—, o limitada a los casos en que no haya incompatibilidad absoluta con el crédito hi-

potecario—si se aplica por analogía al último párrafo de ese artículo, relativo a la extinción del usufructo—. En definitiva, con mayor o menor extensión, el arrendamiento subsiste y no puede ser desconocido por el rematante. Pero este criterio de subsistencia, que descansa en las normas de la L. A. U., tiene en contra un argumento de no pequeño valor: el principio general de toda sucesión traslativa de que nadie puede disponer de más de lo que tiene (*nemo dat quod non habet*), que la enajenación viene condicionada por la extensión del derecho del disponente, y que resuelto el derecho del concedente debe asimismo resolverse el derecho del adquirente (65). De acuerdo con lo dicho más arriba, para nosotros la venta judicial constituye un caso de sucesión traslativa o adquisición derivativa. Pero aunque así no se estimara, y se limitara la apreciación del fenómeno sucesorio al solo caso de venta voluntaria, también en ésta se produce la continuación del arriendo más allá del derecho del arrendador. Ya dentro de nuestro caso, el dominio del arrendador está sometido a la condición resolutoria del impago de la deuda, que—en cuanto oponible—debiera arrastrar la resolución del arrendamiento posterior. ¿Cómo armonizar ambos criterios contradictorios? ¿Queda efectivamente sin virtualidad la norma general de la sucesión al ponerse en contacto con el arrendamiento urbano?

En primer lugar, recordemos que el aludido principio derivativo no es absoluto, y sufre también excepciones en la enajenación de bienes muebles hecha por su poseedor no propietario—464 C. c.—, o en la enajenación de un inmueble por quien no es dueño, pero aparece como tal en el Registro, cuando el adquirente de buena fe inscribe—34 L. H.—. Son casos de adquisiciones a *non domino* en que la ley atribuye virtualidad traslativa al acto de enajenación realizado en determinadas circunstancias por quien no es propietario; pero aquí la adquisición a *non domino*, que como tal es una adquisición *ex lege*, viene justificada por la necesidad de proteger el tráfico jurídico y de tutelar la apariencia legitimadora. En cambio, en el caso arrendaticio que nos ocupa, el problema es mucho más grave.

---

(65) No se puede dar en arrendamiento aquello que no pertenece, en virtud de la regla contenida en el Digesto *nemo dat quod non habet*, significativa de que nadie puede dar a otro más derecho del que tiene, regla hoy sancionada como principio de derecho por la jurisprudencia (Sentencia de 7 de enero de 1960).

A pesar de que sienta la buena doctrina, la Sentencia no es aplicable a nuestro caso. No se refiere a la cesión de un derecho resoluble—cuestión de limitación de efectos de la cesión según la naturaleza del objeto cedido—, sino de parte de una huerta que declara no se pudo arrendar por no haber sido adquirida en aquella fecha por el presunto arrendador—cuestión de la cesión de cosa ajena y su ineficacia—.

La L. A. U. protege al arrendatario hasta el punto de imponer la continuación del arriendo frente a un tercer adquirente. De momento estamos en presencia de una oponibilidad *ex lege* o posesoria en forma normal. El arrendamiento es oponible, aunque su subsistencia tenga aquí otro cauce de publicidad. Pero el problema se complica cuando la ley declara vigente el contrato, aunque se extinga el derecho del arrendador concedente; es el caso de la extinción de usufructo y, similarmente, el de la hipoteca anterior ejecutada. No se ve razón jurídica para que el nudo propietario tenga que soportar el arrendamiento concertado por un extraño—usufructuario—con posterioridad a la adquisición de su nuda propiedad, cuando la titularidad del concedente ya se ha extinguido y además perjudica al ajeno propietario (66). Lo mismo ocurre con la subsistencia del arrendamiento posterior a la hipoteca. Se quiere proteger la continuación del arrendamiento en todo caso. Pero, a diferencia de lo que antes hemos dicho, aquí esa continuación *ex lege* implica justamente lo contrario: la quiebra de los principios de la seguridad jurídica y del tráfico. Según éstos, como la hipoteca es esencialmente oponible, sus consecuencias habrán de afectar en todo caso a los adquirentes posteriores, y también a los arrendatarios. Según la L. A. U., el arrendatario posterior no debe verse afectado por esa resolución oponible del derecho de que su titularidad arranca. La adquisición a *non domino*, derivada de la atribución al usufructuario—o al hipotecante—de una facultad dispositiva excepcional en perjuicio de tercero, nace de la Ley, y perturba los principios generales de seguridad del tráfico respecto de los cuales la protección arrendaticia se estima preferente. He aquí una de las peculiaridades más acusadas del régimen de la ley especial.

La subsistencia arrendaticia en estos casos que la ley pretende, se logra formalmente por no haberse incluido el supuesto de resolución del derecho del arrendador dentro de las causas legales de extinción del

---

(66) La E. de M. de la Ley justificó la subsistencia arrendaticia, después de la extinción del usufructo, por un criterio de ponderada equidad e interés social. Y el Ministro de Justicia la defendió ante las Cortes diciendo que "esta paladina derogación, en materia de arrendamientos urbanos protegidos, de la concordante norma civil, ha sido adoptada en el seno de la Comisión de las Cortes después de madura reflexión, y si con ella se pondrá fin al desasosiego de inquilinos y arrendatarios, con su hogar o su negocio pendiente del hilo de la vida del arrendador usufructuario, no dejará de producir alguna inquietud entre los juristas formados en los principios puros del derecho civil tradicional" (citado por CASTÁN-CALVILLO, *loc. cit.*, II, pág. 462).

De donde resulta: a) La excepcionalidad de la continuación impuesta más allá del derecho del concedente; b) Por igual razón, la necesidad de que el arrendamiento continúe también en caso de ejecución judicial, de acuerdo con el criterio aquí mantenido. Partiendo de esa necesaria subsistencia, basada en la protección del arrendatario, lo que ya no está tan claro es si será aplicable a la ejecución hipotecaria el párrafo primero o el último del artículo 57.

arriendo recogidas en el artículo 114 de la ley. En él sólo se alude a la expropiación forzosa, la declaración de ruina y la extinción de usufructo si el arrendamiento fue notoriamente gravoso, como posibles causas de resolución del derecho del arrendador con efectos extintivos, pero no a esa resolución con carácter general. Sabido es cómo la jurisprudencia ha venido aplicando taxativamente dichas causas legales de resolución, impidiendo la extinción arrendaticia en otros casos (67). Fuera de aquellos supuestos tasados del artículo 114, el arrendamiento subsiste siempre, al menos para el arrendador. Para explicar esta anormal continuación, CASAS MARTÍNEZ distingue entre transmisión del derecho del arrendador y extinción en sentido estricto. La primera supone la pérdida por el primitivo arrendador de su derecho y la consiguiente adquisición derivativa por un tercero. La segunda, en cambio, comprende aquellos casos en los que el derecho en virtud del cual el arrendador otorgó el contrato, se extingue sin pasar a un nuevo titular. Modificación subjetiva a través de un fenómeno traslativo o extinción objetiva por desaparición. De cuyo esquema deduce su autor que el arrendamiento regulado por la ley especial subsiste en caso de transmisión y concluye sólo en caso de extinción (68).

La clasificación aludida resulta útil para la comprensión de la distinta eficacia arrendaticia. Pero las nítidas conclusiones a que llegaba su autor no son hoy aceptables, después de la actual ley de 1956. Antes, el T. S. entendió no comprendido en el artículo 70 el supuesto de extinción del arrendamiento. Pero hoy, el artículo 57 ha venido a sentar la solución contraria con una mínima excepción. Por eso creemos que el esquema de CASAS MARTÍNEZ debe ser completado y rectificado en el sentido de estimar que el arrendamiento subsiste en caso de transmisión; y, a veces, también en caso de extinción del derecho del arrendador, cuando la ley expresamente lo impone: usufructo y, por analogía, supuestos asimilados. Si bien, en estos últimos, la norma de subsistencia tiene el límite de la notoria gravosidad—o incompatibilidad—. Debiendo predicarse la resolución del vínculo sólo en los otros casos de extinción.

Claro que esta clasificación, puramente teórica o esquemática, no tiene como tal un valor intrínseco, y sólo sirve en la medida en que refleje adecuadamente y nos ayude a comprender mejor la normación le-

(67) *Vid.*, entre otras, las Sentencias de 16 de febrero de 1954, 21 de enero de 1955, 8 de febrero de 1955, 2 de diciembre de 1956, 17 de marzo de 1956, 28 de diciembre de 1956, 28 de enero de 1957, 14 de mayo de 1957, 25 de junio de 1957, 30 de septiembre de 1958, 30 de octubre de 1958, 13 de febrero de 1959, 13 de noviembre de 1960, 5 de diciembre de 1960, 17 de diciembre de 1960, 2 de mayo de 1963 ..

(68) "La extinción del derecho del arrendador", *R. D. P.*, noviembre 1953, páginas 976-986.



gal. Las consecuencias interpretativas habrá que deducirlas de ésta, no de aquélla. En todo caso, nos pone de relieve la anomalía de la protección legal, que excede de las puras normas sucesorias desbordándolas, y hace pensar en la atribución *ex lege* de facultades dispositivas sobre cosa ajena. Desde esta concreta perspectiva, es clara la solución del problema que nos ocupa. En la venta judicial no hay extinción del derecho del hipotecante *stricto sensu*, ni adquisición abstracta, *ex lege*, por parte del rematante, sino enajenación—forzosa—del derecho de aquél y consiguiente sucesión por éste. El adjudicatario adquiere el derecho que tenía el hipotecante con igual titularidad (131-4.<sup>a</sup> L. H.), y con la única diferencia de la extinción de las cargas posteriores. Con estos antecedentes, la subsistencia arrendaticia resulta indudable.

Pero, también desde este punto de vista, podría suscitarse una objeción a la interpretación que aquí se defiende. Como la venta judicial supone un acto de enajenación o sucesión, pero no de extinción del derecho del arrendador—al menos en nuestra opinión, reiteradamente expuesta—, no sólo el arrendamiento subsistirá, sino que lo hará en forma incondicionada, según la norma general, no siéndole aplicable la excepción vigente para la extinción de usufructo—resolución del notoriamente gravoso—, que sólo deberá jugar cuando proceda en los casos de real extinción del derecho del arrendador. Esta es teóricamente válida y aplicable al supuesto en que la hipoteca sea posterior al arrendamiento, o la finca hipotecada no esté arrendada. Pero cuando el arrendamiento es posterior a la hipoteca, el caso resulta más complejo. Al lado de la subsistencia arrendaticia, se interfiere entonces la necesidad de no dejar absolutamente inerte al acreedor hipotecario, titular del derecho que se ejecuta, frente a las consecuencias perjudiciales del arrendamiento ulterior. Bien está que el arrendamiento quede protegido en la forma extrema que predica la ley. Pero no pueden desconocerse aquí las necesarias exigencias de seguridad del tráfico, que impone la preferencia del derecho anterior sobre el posterior. El planteamiento de hecho de este caso es algo distinto al del anterior. Si la hipoteca no fuera preferente, se aplicaría la norma general de subsistencia sin restricciones. Pero por serlo en relación con el arrendamiento posterior, la subsistencia seguirá jugando, sólo que aquí en forma más limitada. Así lo impone la seguridad de la contratación, que no puede ser desconocida por muy fuerte que resulte la protección arrendaticia. Sólo así podrá reprimirse, aunque sea en forma incompleta y parcial, el absurdo de que, una vez constituida la garantía, el deudor pudiera impunemente perjudicar al acreedor sin límite legal. Aunque con esta posible restricción que impone la naturaleza de las cosas, se desdibujan aún más las líneas del esquema inicial.

En resumen, la regla general de toda adquisición derivativa, que limita la extensión del acto adquisitivo según el contenido del derecho del disponente, no juega en materia de arrendamientos urbanos, protegidos legalmente en su estabilidad más allá de la titularidad del concedente. El arrendamiento subsiste cuando se enajena la propiedad de la finca. Sólo en los casos de extinción en sentido estricto del derecho del arrendador, y no en todos, puede llegar a resolverse el arriendo. Pero esta consideración inicial, que arranca de la propia ley, debe venir modalizada por la necesidad de proteger de alguna manera la seguridad del tráfico inmobiliario.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA

# En torno al problema de las inscripciones antiguas en nuestro Derecho: su actualización y efectos

**SUMARIO:** I. *Introducción:* 1. Presentación del problema.—2. Causas.—II. *Dimensión del problema:* 1. Tipo de asientos.—2. Clases de desactualización.—3. Repercusiones: 1.º Presunción general de exactitud.—2.º Fe pública o protección al tercero.—3.º Acceso al Registro de la realidad jurídica.—III. *Actualización:* 1. Delimitación.—2. Sistema de actualización previsto en los supuestos de no registración de hechos positivos: A) Medios que ofrece nuestro ordenamiento. La reanudación del tracto. B) Ambito de aplicación de estos medios: a) En cuanto a los derechos inscritos. b) En cuanto a la finca. Posibilidad de reanudar solo respecto de una parte de la finca inscrita. C) Expediente de dominio: a) Sus orígenes. b) Finalidad y naturaleza. c) Regulación. Fase inicial. d) Tramitación, especialmente las citaciones. e) Requisitos para su inscripción. D) El acta de notoriedad: a) Introducción y fase inicial. b) Trámites. c) Requisitos para su inscripción. E) Efectos de la actualización.—3. Sistema de actualización para los supuestos de no registración de hechos negativos: A) Medios generales. B) El expediente de liberación.—4. Recapitulación crítica de nuestro sistema de actualización.—IV. *Efectos de las inscripciones antiguas en nuestro Derecho positivo:* 1. Introducción.—2. Referencia histórica.—3. Derecho vigente: A) Posición general y concepto y ámbito de la caducidad. B) Supuestos de caducidad de asientos en el Derecho español: a) Anotaciones preventivas. b) Inscripciones propiamente dichas: 1.º Caducidad de las expresiones registrales de legítimas. 2.º Caducidad de las inscripciones de hipoteca inmobiliaria. 3.º Caducidad de las inscripciones de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. 4.º Caducidad del artículo 4 de la Ley de 12 de mayo de 1960.—4. Jurisprudencia.—5. El problema en la doctrina. Propuestas de solución.—6. Visión personal del problema: A) Inscripciones de hipoteca y derechos análogos. La prescripción extintiva registral. B) Inscripciones de los restantes derechos reales inmobiliarios. Inscripciones existentes e inscripciones futuras.

El tema, ciertamente, no tiene novedad, pero parece no ser inoportuno señalarlo, una vez más, por ser siempre actual, sobre todo en aquellas regiones de España de fuerte corriente emigratoria, e insertarse dentro de aspectos básicos de la institución registral, como son el de la pre-

sunción de exactitud de los asientos, que exige que su contenido trate, en todo lo posible, de reflejar la verdadera realidad jurídica, y, en estrecha relación con éste, el aspecto del acceso al Registro de los hechos de trascendencia real afectantes a las entidades hipotecarias.

## I. INTRODUCCION

### 1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

La presunción de exactitud, principio cardinal en nuestro sistema, exige procurar que el Registro corresponda a la realidad jurídica; de ahí, el principio de legalidad con la necesidad de documentación pública y de calificación por el Registrador, para verificar que el acto que se pretende inscribir existe y se ha producido conforme a Derecho. Pero, después de inscrito un acto, faltan en nuestro Derecho preceptos para evitar el envejecimiento del Registro, por lo que, demasiado a menudo, éste publica como vigentes y, por tanto, amparadas por la presunción de exactitud, titularidades que, por el tiempo transcurrido desde que tuvieron acceso registral, no pueden corresponder a la titularidad actual, o, en el mejor de los casos, es lo más probable que no correspondan.

Que el Registro publique como vigente un contenido desactualizado perjudica extraordinariamente al prestigio de la institución y a sus efectos jurídicos, pues, por ejemplo, una certificación que se aporte, en juicio o fuera de él, señalando como inscripción vigente la de una adquisición realizada, pongamos, sesenta años, no ha de tener, lógicamente, en la práctica, ninguna fuerza probatoria de la titularidad actual y no podrá decidirse el asunto, según su contenido. ¿Qué fuerza ha de tener, en casos así, la presunción *iuris tantum* del párrafo 1 del artículo 38 de la Ley? Es obvio que muy poca, en realidad nula, en cuanto que el derecho pertenece al titular registral y sólo puede la inscripción tener el valor de proporcionar un antecedente de la realidad jurídica presente. Es decir, en tal caso, con toda probabilidad, se certifica de una titularidad pasada pero vigente, aún, en el Registro.

El problema, consecuencia de la desinscripción que, en menor o mayor grado, se da en toda España, facilitada por el sistema de registración voluntaria y declarativa, ha existido siempre, como es lógico, pero es más importante en los tiempos actuales, en que la mayor frecuencia en las transacciones inmobiliarias provoca un más rápido envejecimiento del Registro.

Y, por la misma razón de la creciente importancia de la institución registral, el problema que estudiamos tiene cada vez mayor trascenden-

cia. La protección de la confianza en el Registro es cada día más vital para el desarrollo del intenso tráfico inmobiliario y, por ello, el contenido registral desactualizado perjudica enormemente a los fines que la institución se propone servir, más, incluso, a veces, que la ausencia de inscripción o no inmatriculación. La antigüedad del asiento dificulta, de un lado, la aplicación del principio de fe pública o protección al tercero del artículo 34—el titular registral puede no existir, con lo que no caben adquisiciones procedentes del mismo y, en caso de existir, ¿cómo puede darse el requisito de la buena fe respecto a algo que tiene todos los visos de no corresponder a la realidad?—; y, de otro, el acceso a los libros de la actualidad jurídica inmobiliaria, pues es más fácil, con harta frecuencia, inmatricular que el reanudar la vida registral. En suma, que es mejor, a menudo, que el Registro no diga nada que publique como vigente un contenido envejecido, inactual.

## 2. CAUSAS

La existencia del problema viene facilitada, como hemos dicho, por nuestro sistema de inscripción, en general, voluntaria y declarativa. Pero no es ésa la única causa, ni siquiera, en mi opinión, la principal.

La obligatoriedad de inscribir, con sanciones pecuniarias a los funcionarios autorizantes y a los propios interesados, podría afectar a la desinscripción de los actos públicos, pero no tendría apenas repercusión sobre la contratación privada, que es la que primordialmente deja de acudir al Registro, por su dificultad de control.

En cuanto a la inscripción constitutiva ya se planteó el tema en la reforma del 44 y se desistió de su implantación, habida cuenta de que estaba sin inscribir más del sesenta por ciento de la propiedad, pues habría quedado, de hecho, inoperante, como dijo la exposición de motivos de la Ley de Reforma, y no habría hecho más que agravar un estado posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias. Y, actualmente, no parece haberse modificado la situación hasta el punto de aconsejar una implantación general del principio, que podría, sin embargo, ser recibido en algunas regiones, como apuntara hace tiempo LÓPEZ MEDEL (1).

Pero, aun admitiendo que se implantara y aplicara el sistema, no se eliminaría el problema de la desactualización, ya que, lógicamente y como dice la doctrina, la inscripción constitutiva sólo conviene a las adquisiciones por negocio jurídico *inter vivos* y así se recoge en los orde-

---

(1) Véase *Modernas orientaciones del Registro de la Propiedad*, 1961, páginas 52-53.

namientos alemán y suizo, con lo que quedarían fuera una amplia y variada gama de transmisiones. Y, además, seguirían dándose adquisiciones—imperfectas, claro está—sin inscribir, que crearían estados posesorios extrarregistrarles, con sus inevitables complicaciones.

Todo esto para indicar que la desinscripción no es dable solucionarla con medidas legislativas que, a lo más, pueden paliar el problema, pues su raíz está, principalmente, en las circunstancias y vicisitudes de la vida. A la vista tenemos la experiencia de los artículos 313 y siguientes de la Ley y concordantes del Reglamento, que, tratándose de la propiedad inscrita, vienen, prácticamente, a imponer, para su eficacia, la registración de todo documento relativo a derechos inscribibles. Creemos que si cada día se inscribe más ello se debe, principalmente al menos, no a esa medida, sino a los imperativos de la vida moderna, en la que el Registro y la mecánica de las adquisiciones basadas en su contenido asume una importancia crecientemente decisiva; de ahí que la registración tenga un vigor muy superior en las regiones de economía más floreciente. Por eso, LÓPEZ MEDEL (2) viene a decir que el problema estriba, tanto o más que en otra cosa, en la creación de un clima o conciencia social en orden al Registro de la Propiedad.

En resumen, que al problema contribuye el régimen de inscripción voluntaria y declarativa, pero sus causas principales están en la estructura de la mentalidad y de la economía de las regiones hispanas y en las vicisitudes de la vida.

## II. DIMENSION DEL PROBLEMA

### 1. TIPO DE ASIENTOS

Existe sólo en relación con los asientos, como es el de inscripción, que tienen una duración indefinida, de manera que, en tanto no sean sustituidos por otros o cancelados, se benefician de la general presunción de exactitud, que, en nuestra normativa, no considera la mayor o menor antigüedad de los mismos.

Los asientos de duración prefijada por la Ley, como las anotaciones preventivas después de la reforma del 44-46, caducan, dejando de surtir efecto, pasado su plazo de vigencia, por lo que no se da aquí el problema.

Tampoco existe respecto de los asientos—tal la cancelación—que constatan un hecho negativo, como la extinción de una carga, pues es

---

(2) *Obra citada.*

obvio que la antigüedad de esa constatación no sirve para hacer dudar de que, tal vez, el derecho extinguido ha vuelto a nacer, ya que lo normal y probable es que, al no decir otra cosa el Registro, la carga en cuestión siga inexistente.

En definitiva, el problema es privativo de los asientos de duración indefinida y positivos, es decir, del asiento de inscripción en sentido estricto, pues las notas marginales son asientos accesorios o sucedáneos de otro.

## 2. CLASES DE DESACTUALIZACIÓN

La distinguimos en dos:

De una parte, y ésta es la más importante, la producida por el no acceso al Registro de las modificaciones positivas—cambio de titularidad, constitución de derechos—, que nos permitimos llamarlas así en cuanto tienen un reflejo registral positivo—asiento de inscripción o sucedáneos.

Y, de otra parte, la producida por la no registración de hechos negativos, o sea, de los que dan lugar a la extinción de derechos y, en los libros, provocan, básicamente, el asiento de cancelación.

Esta distinción responde perfectamente a la que se hace en la propia Ley en su artículo 40, apartados *a)* y *b)*, respectivamente, dedicados a los medios de concordar el Registro con la realidad, según la discordancia tenga su origen en la no registración de hechos positivos o negativos, según la terminología que utilizamos.

## 3. REPERCUSIONES

Aparte del desprestigio de la institución registral, el hecho de las inscripciones viejas afecta, básicamente, a los tres siguientes puntos o aspectos de nuestro sistema, ya anteriormente indicados, más o menos:

### 1.º *La presunción general de exactitud*

No cabe duda de que, si bien no se concede legalmente ninguna relevancia a la fecha en que se hizo la inscripción, en la práctica, la presunción, como antes quedó dicho, no puede aplicarse respecto de aquellas que, por el tiempo transcurrido sin haber sufrido variación, no cabe estimar como probablemente ciertas, sino más bien lo contrario. Su función, en tal caso, ha de reducirse a la limitadísima de servir de medio de prueba de una realidad jurídica pasada, antecedente de la actual. Si, por ejemplo, el Registro, en una inscripción de hace cincuenta

años todavía vigente, dice que X ha adquirido la propiedad de una finca, no hay motivo para no presumir que, efectivamente, era propietario en ese tiempo, pero, tocante a la realidad jurídica actual, lo que debe presumirse es que ha cambiado y, por tanto, que el contenido registral es inexacto. Desde luego, que no hay términos legales para dejar de aplicar la presunción en este caso, pero ello es así por una deficiencia del sistema, cuya corrección habría de estudiarse.

El no establecer un límite a la duración de la eficacia de los asientos produce consecuencias ilógicas, sino absurdas, y perjudiciales para el tercero, a quien, a veces, le beneficia más la ausencia de inmatriculación. Señalemos, a este respecto, el supuesto del párrafo tercero del artículo 38 de la Ley; según él, si la finca o derecho real respecto del que se ha incoado el procedimiento está inscrito a nombre de persona distinta de aquélla contra la que se sigue éste, procede el sobreseimiento total en cuanto a ese bien o bienes, lo cual se deriva perfectamente de la presunción de exactitud, pero, ante un contenido registral envejecido, la aplicación de este precepto no tiene nada de razonable y perjudica al acreedor ejecutante sin fundamento, pues, en caso de no estar registrada la finca o derecho, no se detendría el proceso, sin que a él pueda señalársele imputabilidad por la desactualización del Registro.

### *2.º Fe pública o protección al tercero*

Por lo dicho antes, en la presentación del problema, el artículo 34 ha de quedar prácticamente inoperante, en caso de inscripciones antiguas. Y se puede afirmar, como se ha visto ya, que un contenido envejecido puede más perjudicar que beneficiar al tercero, que, lógicamente, no puede fiar en un contenido, al menos, probablemente inactual y que, adquiriendo del titular real, ve dificultado su acceso al Registro más, a menudo, que si la finca no estuviese inscrita.

### *3.º Acceso al Registro de la realidad jurídica*

El contenido desactualizado no agota su nocividad en su seguro o probable desfasamiento con la realidad, sino que dificulta, muchas veces, la puesta al día del Registro más que en el caso de ausencia de contenido o no inmatriculación, ya que, si no se pueden aportar, como será harto frecuente, los títulos en que se recojan los cambios producidos, hay que acudir a unos procedimientos onerosos y demasiado largos, sobre todo en fincas de poca entidad. Añádase la posibilidad de que la finca haya experimentado modificaciones físicas que la hagan irrecono-



cible en el Registro y se comprenderá como el sistema actual de vigencia indefinida de los asientos y de ausencia de un ágil, dinámico, rápido y asequible medio de actualización, unido a las deficiencias del Catastro y a la falta de coordinación de este instituto con el Registro, produce una fuerte tentación de ir a la doble inmatriculación, como procedimiento de concordancia con la realidad, sin que se pueda, demasiado a menudo, hacer nada por evitarlo. Y lo que la doble inmatriculación tiene de negativo no hace falta señalarlo—HORTAL SÁNCHEZ la ha calificado de quinta columna contra el sistema—, por ser, evidentemente, uno de los hechos más desprestigiadores de la institución.

\* \* \*

En realidad, cabe reducir la problemática de las inscripciones antiguas a dos vertientes, que luego estudiamos por separado:

1) Actualización del Registro, aspecto que se aborda, en nuestro Derecho, si bien sin el necesario dinamismo y agilidad.

2) Efectos de este tipo de asientos, sobre lo que no hay, en general, regulación, pues nuestra legislación atribuye eficacia a los asientos prescindiendo de su antigüedad, aunque ésta no deja de tener relevancia en ciertos puntos, como hemos de ver.

### III. ACTUALIZACION

#### 1. DELIMITACIÓN

Supone una adecuación del Registro envejecido a la realidad presente, una puesta al día de su anticuado contenido. Se engloba, en nuestro Derecho, dentro de la rectificación de la inexactitud registral, definida en el artículo 39 como «todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral».

A su vez, la rectificación que, como vemos, supone un contenido registral, si bien inexacto, se integra dentro del aspecto más general de la concordancia entre el Registro y la realidad, que incluye también el supuesto de no inmatriculación o no acceso de la finca al Registro, es decir, de falta de contenido registral.

Dentro de la rectificación, cabe distinguir entre la procedente, por lo que se puede llamar inexactitud originaria, en cuanto existente desde que se practicó el asiento, como ocurre en los casos de defecto en éste o en el título que lo motivó, contemplados, respectivamente, en los apartados c) y d) del artículo 40 de la Ley, y la procedente, por lo que llamamos

inexactitud sobrevenida, en que el asiento ha devenido inexacto por hechos jurídicos posteriores no reflejados en los libros, y que se contempla en los apartados *a)* y *b)* del mismo artículo 40, relativo el primero al caso de alteraciones positivas y el segundo a las de carácter negativo.

*La actualización supone, pues, un caso de rectificación del Registro por inexactitud sobrevenida.*

\* \* \*

Y pasamos ahora al estudio del sistema de actualización previsto en nuestro Derecho, con separación de las dos clases que antes hemos distinguido: la requerida por no registración de hechos positivos y la establecida para los casos de hechos extintivos.

Advertimos que no nos vamos a ocupar de las inexactitudes que afecten a la realidad física de la finca—obra nueva, exceso de cabida—, respecto de la que no se garantiza la exactitud del Registro, sino solamente de las que tengan que ver con los derechos inscribibles—su existencia, titularidad, cargas y limitaciones.

## 2. SISTEMA DE ACTUALIZACIÓN PREVISTO EN LOS SUPUESTOS DE NO REGISTRACIÓN DE HECHOS POSITIVOS

### *A) Medios que ofrece nuestro ordenamiento. La reanudación del tracto*

Son los casos que comprende el apartado *a)* del artículo 40 de la Ley—Inexactitud por no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria—, dentro del que cabe incluir variadísimos supuestos, que abarcan a todos los hechos de trascendencia jurídica real de carácter positivo, afectantes a los inmuebles inmatriculados, pues la nueva relación jurídica puede haber nacido por negocio jurídico, *inter vivos* o *mortis causa*, o por ministerio de la Ley, al producirse un hecho o situación que determina, según ella, una modificación jurídica de la clase que examinamos. Un supuesto típico de actualización ha sido y es, aunque cada vez menos frecuente, el de la usucapión, que, al no reflejarse en un título inscribible, debe acudir a un procedimiento en el que se constate debidamente para su acceso registral.

Nuestra legislación hipotecaria, ante todos estos casos, señala una serie de vías para conseguir la puesta al día del Registro, que en seguida veremos, las cuales se inician, acorde con nuestro sistema de registración voluntaria, a instancia del interesado.

Y aquí cabe plantearse si sería conveniente establecer algún principio de iniciación oficial en el proceso de actualización (3), en los casos de palmaria inexactitud sobrevenida. Creemos que ello, sobre otros inconvenientes, significaría introducir un elemento de obligatoriedad en la registración, totalmente extraño entre nosotros, y que el sistema de estímulo a la inscripción debe seguir siendo el del futuro, en el que una medida más aconsejable es establecer límites a la vigencia indefinida de los asientos, que muevan a los interesados a renovar el contenido registral desactualizado.

En cuanto a los medios de actualización que nuestro Derecho prevé, el citado apartado a) del artículo 40 señala los tres siguientes:

- La práctica de las inscripciones omitidas.
- La reanudación del tracto sucesivo.
- La resolución judicial actualizadora.

De estos procedimientos, sólo nos interesan los de reanudación del tracto, pues, en el primer caso, no hay dificultad y no surge, al tenerse los títulos de las modificaciones sufridas, un verdadero problema de actualización, y, en cuanto al tercero, la resolución judicial actualizadora, se trata, simplemente, de la aplicación a nuestro caso de un medio general para producir operaciones registrales.

Así que, como específicos procedimientos de actualización, podemos estimar sólo a los llamados de reanudación del tracto, que son, a tenor del artículo 200 párrafo 1 de la Ley, el expediente de dominio y el acta de notoriedad (4).

Se puede considerar una novedad de la reforma del 44-46 el esta-

---

(3) En el Derecho alemán—dice JERÓNIMO GONZÁLEZ (*Estudios de Derecho Hipotecario*, 1948, tomo I, págs. 129 y sigs.)—si existe base suficiente para reputar que el Registro se halla equivocado por haberse realizado transferencias jurídicas fuera de los libros, puede el Registrador, cuando lo encuentre razonable, imponer al propietario o al ejecutor testamentario encargado de la administración de una finca el deber de solicitar la rectificación y de aportar los documentos necesarios al efecto. Asimismo, el Juez de una herencia que haya expedido una certificación de heredero o anunciado la apertura de una sucesión debe avisar al Registrador competente cuando sepa que un inmueble forma parte de la masa hereditaria, participándole las circunstancias del caso y el nombre de los herederos. En general, en aquel Derecho se establece que el Registrador puede inquirir, de oficio, si la propiedad o cualquier derecho inscrito pertenece al titular o a otra persona y reclamar las pruebas pertinentes.

Y en el Derecho suizo, según la misma obra—pág. 162—, el Conservador puede, de oficio, provocar una investigación y una decisión judicial sobre la caducidad de un derecho, cancelando en seguida, de conformidad con los pronunciamientos obtenidos.

(4) Sin que entendamos pertinente el que, como ha propuesto algún autor, deba extenderse a la certificación administrativa de dominio virtualidad reanudatoria de la vida registral.

blecimiento de medios específicos para la reanudación del tracto, regulando claramente diferenciado el expediente de dominio con este fin e introduciendo el acta de notoriedad.

Y, yendo al aspecto que nos interesa, es decir, el examen de nuestra normativa sobre la actualización del Registro, queremos señalar por primera vez la diferencia de trato que se da a las inscripciones antiguas, según superen o no los treinta años.

El procedimiento de puesta al día es el mismo para unas y otras, pero los requisitos para la inscripción del expediente o acta, en cuanto a la intervención del titular registral, se ven más facilitados en el primer caso que en el segundo, seguramente porque se estima que es más probable que sea inexacto el Registro pasados esos treinta años. Es interesante retener esta fecha, pues luego volveremos sobre ella.

### B) *Ambito de aplicación de estos medios*

#### a) En cuanto a los derechos inscritos.

La cuestión que aquí se plantea es la de si estos medios son utilizables sólo para el derecho real pleno, o sea, el dominio o también para los demás derechos reales.

No hay dificultad en afirmar su aplicabilidad para los derechos que abren folio, como son, aparte el derecho de propiedad en sí, las cuotas o partes indivisas del mismo y los dominios directo y útil enfiteúticos, ya que, regulándose conjuntamente cada uno de estos procedimientos en su doble vertiente—reanudadora e inmatriculadora—, no se establece ninguna salvedad en relación con el ámbito de aplicación. Por tanto, se puede, por estos medios, reanudar la vida registral de todos aquellos derechos que es dable inmatricular.

En cuanto a los demás derechos reales, no cabe duda, siguiendo a ROCA (5), que sería muy conveniente el poder aplicar estos procedimientos a los que no tienen fijado un término de extinción y que son transmisibles, como, por ejemplo, los censos reservativo y consignativo y las servidumbres personales. Menos interés tiene su aplicabilidad a los derechos de duración limitada a un determinado plazo-superficial—*rabassa morta*, etc.—y a los de carácter vitalicio-usufructo (6). Sin embar-

---

(5) Véase (edición 1954) tomo II, pág. 507, en relación con el acta de notoriedad, y tomo III, pág. 702, en cuanto al expediente.

(6) No tiene sentido la reanudación del tracto, como dice ROCA, para los derechos subjetivamente reales, tal la servidumbre predial cuya titularidad activa no es desconectable de la del fundo dominante, ni para el derecho de hipoteca y análogos, por consistir en un derecho real al servicio de otro personal o de crédito. Lo mismo cabe añadir respecto de los derechos intransmisibles, como el uso y la habitación.

go, tanto en la regulación del expediente como en la del acta no hay nada que muestre la idea de que puedan aplicarse a derechos distintos de los que abren folio, pues, a pesar de algunas expresiones—el artículo 201, regla 2.<sup>a</sup> c), habla de reanudar el tracto sucesivo del dominio o de los derechos reales; el 282 del Reglamento se refiere al título de adquisición de la *finca o derecho*; el párrafo último del 285 del mismo cuerpo legal alude a la adquisición de su *derecho*; el 203 de la Ley, regla 2.<sup>a</sup>, habla del *hecho* que se trate de acreditar—que, aisladamente consideradas, podían mover a una interpretación amplia, queda en pie la falta de un precepto que establezca una regla específica para la reanudación del tracto de los derechos reales limitados.

Es decir, que, en nuestro Derecho actual, sólo se pueden aplicar los medios específicos de reanudación del tracto para los derechos susceptibles de abrir folio. Respecto de los demás derechos inscritos no cabe un expediente o acta *ad hoc*, si bien, con ocasión de los incoados para el dominio, puede acreditarse, en el momento procesal oportuno, la titularidad actualizada de los gravámenes, con lo que puede un expediente o acta servir para reanudar, a la vez, el tracto del dominio y de los derechos que lo graven.

- b) En cuanto a la finca. Posibilidad de reanudar sólo respecto de una parte de la finca inscrita.

Acorde con lo antes dicho, hay que afirmar la aplicabilidad del mecanismo reanudatorio a todas las fincas, tomando el término finca en su acepción registral, o sea, en el sentido de todo lo que es susceptible de ser inmatriculado, aunque no sea finca en sentido material. Así cabe la aplicación del expediente o acta a las concesiones administrativas, como expresamente establece el párrafo 2.º del artículo 301 del Reglamento.

Una cuestión de gran interés es la de la posibilidad de incoar el procedimiento de actualización respecto sólo de una parte de la finca inscrita. Puede plantearse muy bien en la práctica, y de hecho así ocurre, la necesidad de inscribir parte de una finca inmatriculada, de la que se segregó en la realidad sin que en el Registro conste nada de eso y habiéndose ya producido varias transmisiones sobre tal porción. Y no cabe duda de que, en este supuesto, la vía lógica para inscribir la nueva finca, resultado de la segregación, a nombre de su actual titular, a falta de poder presentar los títulos idóneos de todas las adquisiciones, es, aparte el declarativo correspondiente, la vía del expediente o acta, que contemplamos.

Y ahora surge la cuestión. ¿Es posible, en nuestro Derecho, tal tipo de expediente o acta, instado por el titular actual, o que cree serlo, de una porción de la finca inscrita? Creemos que sí, a pesar de no haber explicitación sobre el particular en nuestra normativa, pues, aparte de que el 282 del Reglamento habla de «la adquisición del dominio de todo o parte de la finca cuya inscripción se trate de obtener», nada hay que exija la incoación del procedimiento para toda la finca, y es obvio y lógico que no deba, por así decirlo, condenarse a este titular de parte de finca inmatriculada al juicio ordinario para inscribirla en el Registro.

En este caso, declarado justificado el dominio de la porción, el auto deberá ordenar su segregación en el Registro, poniéndose la oportuna nota marginal en el folio de la finca matriz e inscribiéndose la parte como finca nueva, con su folio propio.

\* \* \*

Y vamos ahora con el estudio crítico de los dos medios de actualización previstos en nuestro Derecho: Expediente de dominio y Acta de notoriedad.

\* \* \*

### C) *Expediente de dominio*

#### a) *Sus orígenes.*

Nació en 1869, como medio de inmatriculación exclusivamente; con anterioridad, en 1861, se había establecido el expediente de información posesoria, que generaba una inmatriculación en posesión, y, ante su insuficiencia, se creó en la Ley de 1869 el expediente que estudiamos. Su finalidad era, como en la actualidad, habilitar de un medio de acceso registral a aquellos propietarios que carecían de documentación inscribible.

En la Ley de 1909 se mantuvo el expediente con la misma finalidad, pero resultó posible utilizarlo también para la reanudación del tracto, en cuanto el artículo 393, relativo a los expedientes posesorios, disponía que, cuando la finca o el derecho real resultasen inscritos, el Juez declarará no haber lugar a practicar la información, y podrá el interesado, si le conviniera, justificar su dominio mediante este expediente.

El Reglamento de 1915 ya reguló claramente la posibilidad de uti-

lizar el expediente con fines reanudatorios, lo cual ha sido plenamente consagrado en la reforma del 44-46, que, paladinamente, le asigna la triple función inmatriculadora, reanudadora y de registración del exceso de cabida, y facilita la inscripción del expediente para reanudar el tracto, pues es ella posible sin haber sido oído el titular registral, cosa que únicamente ocurriría antes y sólo a partir de la reforma introducida por el R. D. L. de 13 de junio de 1927 cuando la última inscripción contase con más de veinte años o cuando la finca estaba inmatriculada en posesión.

b) Finalidad y naturaleza.

La finalidad del expediente, en sus tres modalidades, es, como puntualiza ROCA, no la declaración de que el solicitante es dueño de la finca, sino simplemente la verificación de que una persona adquirió el dominio de una finca, o sea, que se ha producido un acto, modo o causa idónea para tal adquisición.

El tecnicismo legal dista de la precisión deseable en este punto, pero la jurisprudencia es perfectamente clara. Así la Sentencia de 21 de marzo de 1910 señala al expediente el «exclusivo efecto de habilitar de título de dominio al que no lo tenga, sin que, por tanto, en la resolución que les ponga término, se haga declaración de derechos de ninguna clase» y la Resolución de 16 de noviembre de 1923, dice que en este procedimiento «no se hace declaración del derecho de dominio, sino que es un medio para justificar su existencia, sujeto a revisión por los Tribunales en el oportuno juicio declarativo».

Así, pues, toda contienda que aquí se produzca queda limitada a si se ha dado o no el acto adquisitivo del dominio, sin que quepa en el expediente la cuestión sobre el derecho en sí, materia reservada para el oportuno juicio declarativo, al que puede acudirse cualquiera que sea el resultado del procedimiento, como señala el 284 del Reglamento.

En suma, no es una resolución definitiva la que se adopta en este expediente—la jurisprudencia ha manifestado, por ello, que no cabe contra estas resoluciones el recurso de casación (Auto de 29 de enero de 1903 y Sentencia de 21 de marzo de 1910)—, sino que, en realidad, se trata de proporcionar un título para inscribir en el Registro una determinada adquisición, actualizando éste.

Procesalmente parece que debe seguirse la opinión más general de considerar que se trata de un *acto de jurisdicción voluntaria*, pues el procedimiento no instaura, en principio, contienda entre partes conocidas y determinadas. El escrito que inicia el expediente no es una

demanda, en su sentido propio, sino una solicitud para la legalización y consiguiente inscribibilidad de un título adquisitivo dominical; no va dirigida contra ninguna persona. Que luego puede surgir la contención, limitada a los términos antes dichos, por oponerse algún interesado a la pretensión del solicitante, naturalmente, pero eso no altera su calidad inicial, pues es posible y normal en los actos de jurisdicción voluntaria que surja oposición, como señala el artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo entonces seguirse los trámites del juicio que, por la cuantía, corresponda, con lo que queda terminado el expediente de jurisdicción voluntaria. Aquí, empero, se da la particularidad de que la contención, limitada al objeto dicho, se resuelve en el mismo expediente, sin sobreseimiento.

Este expediente es, pues, un procedimiento de carácter judicial—la competencia es para el Juez de Primera Instancia del lugar donde radica la finca—que participa de la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria y cuya finalidad es obtener la declaración de que se ha justificado la adquisición del dominio, declaración que, si bien no tiene un carácter definitivo, proporciona un título inscribible.

#### c) Regulación. Fase inicial.

Se contiene la regulación del expediente en el Título VI de la Ley—artículos 201 y 202—, complementado por el mismo Título VI del Reglamento—artículos 272 a 287.

De ella vamos a fijarnos sólo en los aspectos fundamentales, de una manera particular en los atinentes a los requisitos para inscribirlo y a las garantías que se ofrecen al titular registral. No vamos a hacer propiamente un examen de la tramitación.

\* \* \*

Su iniciación se produce por un escrito-solicitud del que pretende la actualización del Registro, persona que, entendemos, puede ser cualquier interesado. No hay regla específica en cuanto a la legitimación activa: existe el artículo 40, párrafo primero, relativo a la rectificación del Registro en general, que habla de «titular del dominio o derecho real que no esté inscrito... o que resulte lesionado por el asiento inexacto». O sea, que, según este precepto, el incoante ha de ser titular del dominio o de otro derecho real. Pero si tenemos en cuenta que, para las actas de notoriedad reanudadoras, se concede habilitación para iniciarlas—regla 2.<sup>a</sup> del 203 de la Ley—a la persona que «demuestre interés en el hecho que se trate de acreditar» y que, con carácter más



general, el artículo 6 de la Ley, apartado c), faculta para pedir la inscripción a «quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir», parece que puede admitirse una fórmula de legitimación amplia, inclusiva de quienes, no siendo titulares actuales del dominio o derecho real inscribible, tengan interés en la rectificación de los libros.

A este escrito-solicitud, dirigido al Juez competente—el de Primera Instancia del lugar donde radica la finca—, se acompañarán, aparte los documentos acreditativos del derecho del solicitante, una certificación del Registro y otra sobre el estado actual de la finca en el Catastro Topográfico Parcelario o, en su defecto, en el Avance Catastral, Registro Fiscal o Amillaramiento, exigencia esta última justamente elogiada, por cuanto contribuye a la tan deseada coordinación entre dos instituciones que deben ser complementarias: el Registro—publicidad de los derechos reales inmobiliarios—y el Catastro—publicidad de la realidad física de las fincas.

Puede ocurrir entonces que la finca o fincas no estén catastradas o amillaradas a nombre de persona alguna, en cuyo caso—artículo 276 del Reglamento—«se tramitará el expediente en forma ordinaria; pero si se presentase en el Registro el testimonio del auto aprobatorio sin nota o certificación de la oficina correspondiente acreditativa de que deberá tenerse en cuenta el expediente de dominio para practicar las rectificaciones procedentes en la época oportuna, se suspenderá la inscripción y, si el interesado lo solicitare, se extenderá anotación preventiva, que durará sesenta días. Dentro de este plazo, podrá presentarse de nuevo el documento con la nota o certificación expresada y, en tal caso, se convertirá la anotación en inscripción». Abunda, pues, este precepto en el sano camino de la coordinación y colaboración entre Registro y Catastro.

Parece, además, especialmente a la vista de este precepto, que cualquier discordancia entre Registro y Catastro en cuanto a descripción o extensión de la finca, siempre que no haya duda sobre su identidad, se deberá aclarar por el Juez en el procedimiento, con los auxilios técnicos pertinentes, de forma que finalmente conste como descripción, tanto catastral como registral, la que resulte del expediente.

*d) Tramitación, especialmente las citaciones.*

De la tramitación del expediente resaltaremos la citación a las personas que, verosíblemente, puedan objetar la pretensión del incoante. Así, exige la Ley—regla 3.<sup>a</sup> del 201—la citación:

1) «A aquellos que, según la certificación del Registro, tengan algún derecho real sobre la finca», o sea, al o a los titulares registrales, tanto del dominio como de cualquier otro derecho real. En defecto del titular o titulares registrales, habrá que citar a sus respectivos causahabientes, si fueren conocidos, como resulta lógico, a pesar del silencio de la regla que comentamos, y se deduce claramente del 285, párrafo 3 del Reglamento, en relación con el 279 del mismo y con la señalada regla 3.<sup>a</sup> del 201 de la Ley.

2) En el caso de que se indique por el solicitante como persona causante de su adquisición a una distinta del titular registral, habrá también que citarla o a sus causahabientes, pues así lo exige la lógica y resulta de la propia regla 3.<sup>a</sup>, acabada de citar, y de la exigencia de expresar en el escrito inicial la persona de quien procedan los bienes—285, párrafo primero en relación con el 274, 3.<sup>o</sup>, ambos del Reglamento.

3) «Al que tenga catastrada o amillarada la finca a su favor»; y

4) «Al poseedor de hecho de la finca, si fuere rústica, o al portero, o, en su defecto, a uno de los inquilinos, si fuere urbana.»

Pero, además, para que no falte oportunidad de audiencia a ningún posible interesado, se convoca por edictos a las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada.

La más importante de estas citaciones es, sin duda, la que ha de efectuarse al o a los titulares registrales, que tiene una doble motivación: 1) dar oportunidad de defensa a quien aparece como principal afectado por la modificación que se pretende en el Registro, y 2) ser un medio de enlazar el contenido registral nuevo con el antiguo, a que responde el principio de tracto sucesivo, proclamado en el artículo 20 de la Ley, y que aquí tiene una aplicación especial, según hemos de ver.

\* \* \*

Las siguientes fases del procedimiento son las de alegaciones, prueba, audiencia y decisión, que no vamos a examinar, pues, por su carácter eminentemente procesal, no interesan aquí. Sólo resaltaremos que los citados o convocados pueden formular oposición, únicamente—artículo 282—sobre el hecho de haberse justificado la adquisición del dominio por el instante y, a diferencia de otros procesos de jurisdicción voluntaria, según dijimos antes, no pone fin al expediente, sino que se sustancia dentro del mismo, convertido entonces en contencioso.

La discusión sobre el derecho de dominio en sí, por el contrario,

no tiene cabida en este sumario procedimiento y ha de ventilarse en el juicio declarativo que corresponda, como se puso de manifiesto antes, al hablar de la naturaleza y fin del expediente.

*e)* Requisitos para su inscripción.

Es éste el punto más interesante de la regulación del expediente, por el problema que se plantea de conciliar la lógica efectividad de la resolución judicial que declara justificada la adquisición del dominio con el respeto a la posición del titular registral, que se presume titular real, por lo que no puede producirse alteración en los libros hipotecarios que le perjudique sin contar con él. De ahí el cardinal principio del tracto sucesivo, establecido en el artículo 20 de la Ley, que supone, en realidad, la necesidad del consentimiento del titular para toda modificación registral que vaya en su detrimento; y, en caso de no obtenerse ese consentimiento, hay que acudir al juicio ordinario correspondiente, ejercitando la oportuna acción que, como contradictoria del contenido registral, requiere que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación del asiento correspondiente—artículo 38, párrafo segundo de la Ley.

Como el expediente de dominio, en cuanto proceso de jurisdicción voluntaria, no supone, en principio, una contención entre el instante y el titular registral o sus causahabientes, sino, simplemente, una solitud para conseguir el acceso al Registro de una adquisición dominical, que da lugar a una resolución no definitiva, como antes puntualizamos, su inscripción choca con aquellas reglas protectoras del titular registral.

Por ello, este expediente, que apareció ya en 1869 como inmatriculador, no fue susceptible de aplicación a la reanudación del tracto hasta la reforma de 1909—en esta Ley, si bien el expediente, en principio, como resultaba del artículo 400, servía sólo para inmatricular, el artículo 393, regla 2.<sup>a</sup>, le vino también a atribuir la función reanudadora, como ha quedado dicho antes al exponer los orígenes de este medio de actualización—. Y aún, al principio, no se vio cómo se armonizaba su inscripción con las reglas protectoras del titular registral, hasta que el Reglamento de 1915 estableció en su artículo 503 la necesidad de citar a dicho titular, si lo fuese en posesión, y de ser oído, si su inscripción fuese en dominio. Finalmente, tras la reforma del Real Decreto-Ley de 13 de junio de 1927, bastó con esa citación cuando el asiento de dominio tuviese más de veinte años de antigüedad, debiendo, en otro caso, ser oído el titular sin formular oposición.

En la regulación actual se han perfilado y centrado estos requisitos

en torno al de la citación al titular registral. Es el 202 de la Ley el precepto fundamental, que se ocupa de la registración del expediente «aunque en el Registro aparecieren inscripciones contradictorias».

ROCA (7), critica esta expresión «inscripción contradictoria» por entender que sólo puede hablarse propiamente de ella referida a la de un gravamen que aparezca negado por el solicitante, caso diferente de la inscripción del dominio, que seguirá subsistente, aunque a favor de otra persona, terminado con éxito el expediente, y de las inscripciones de derechos reales que se reconozcan por el instante. Razonada crítica, pero hay que tener en cuenta que así se habla, por ejemplo, en el artículo 38, párrafo 2 de la Ley, y se aplica también al caso de que se pretenda, simplemente, no extinguir el derecho, sino hacer constar la titularidad de otra persona. Modestamente, estimamos que debe entenderse la expresión legal en el sentido de inscripciones que sean contrarias a la titularidad que alega el instante y así es contraria a ella la titularidad de otro así como el gravamen inscrito desconocido en el expediente.

Y yendo al examen del sistema, concretamente, de nuestro actual Derecho para la inscripción del expediente, señalemos que el régimen es diferente, según la antigüedad de las llamadas inscripciones contradictorias sea mayor o menor de treinta años.

Queda sin decidir claramente si las inscripciones de treinta años justos han de incluirse en el primer grupo o en el segundo. ROCA (8), se inclina en favor del segundo y nos parece lo correcto, pues es lógico entender la diferencia legal en el sentido de hasta los treinta años y más de ese término.

La diferencia de regulación, según esa mayor o menor antigüedad, tiene una gran importancia, pues es una muestra de la relevancia que la edad de la inscripción tiene en nuestra ley, que facilita la registración del expediente cuando la inactividad hipotecaria ha durado tal tiempo que hay que suponer como probable que el contenido del Registro no se corresponda con la realidad. Esta distinción—inscripciones de hasta treinta o más años—hay que retenerla, en cuanto significa una disminución de la protección para los asientos que superen esa antigüedad, ya que tal vez no sea descabellado tener en cuenta esa fecha fronteriza de los treinta años para una nueva regulación de la eficacia de las inscripciones viejas.

---

(7) Tomo II, pág. 525, en relación con el acta, y tomo III, pág. 705, tocante al expediente.

(8) Tomo III, pág. 710, nota 1.

Y ahora otros dos problemas de interpretación sobre el término de treinta años.

El primero es el del inicio y el fin del cómputo.

Sobre el inicio parece también poder aceptarse el criterio de ROCA (9) de que ha de tomarse la fecha del asiento correspondiente en el libro de inscripciones y no la del de presentación, pues no hay razón para suponer que empieza la inactividad registral del titular en esta fecha.

En cuanto al término final del cómputo, en silencio de la ley, parece que debe tomarse la fecha de la certificación del Registro, que debe acompañar el interesado a su solicitud, ya que, a través de ella, el Juez ha de determinar la antigüedad mayor o menor de los asientos, a efectos de los diferentes requisitos que prescribe el artículo 202.

No se contempla en la ley el supuesto de que, con posterioridad a la iniciación del procedimiento, se presente en el Registro un título de un acto otorgado por el titular registral. Y nosotros opinamos que no hay obstáculo para su inscripción, dado que no se establece nada sobre constancia en el folio de la finca de seguirse el expediente—así, vemos que no se regula, a este fin, la nota al margen de la inscripción vigente, como en el procedimiento de ejecución hipotecaria, ni se admite (Resolución de 24 de diciembre de 1917) la anotación preventiva—. En tal caso, es indudable que, al no haberse cumplido las formalidades del 202 respecto del nuevo titular, es ininscribible el expediente, al menos en la parte que perjudique a éste.

Creemos que este silencio legislativo es una deficiencia de nuestro sistema y que, ante ello, debería establecerse un sistema de constancia en el Registro de la iniciación del proceso de reanudación del tracto—expediente o acta—y de comunicación al Juez de las nuevas inscripciones que se soliciten con posterioridad a esa constancia, con el fin de que se citara también a los nuevos titulares.

El segundo problema interpretativo sobre el término de treinta años es el de si debe entenderse que, si se ha producido un asiento modificador del de inscripción que se contemple—constitución o cancelación de un gravamen, anotación preventiva—se interrumpe el cómputo empezando a contarse de nuevo. Pensamos que así debe entenderse, en primer lugar, porque, para las actas, exige el artículo 204 que el plazo superior a treinta años sea «sin haber sufrido alteración», en expresión no feliz (10), y la analogía con el expediente es muy clara y, en

---

(9) Tomo II, pág. 527, nota 2.

(10) Porque, como ROCA dice—nota 1 de pág. 527 del tomo II—, con esa expresión parece que bastaría que un asiento de más de treinta años hubiera sufrido variación para que no fuera posible inscribir el acta.

segundo lugar, porque tales asientos modificativos suponen la vigencia real de la inscripción a que afecten y es en la letargia registral prolongada por más de ese tiempo en lo que la ley se fija para, suponiendo una mayor probabilidad de inexactitud, facilitar la inscripción del expediente. Por ello, puede aceptarse la formulación que hace ROCA, a propósito de las actas (11), en el sentido de que la referencia ha de ser el último asiento relativo al dominio, cuyo tracto se trata de reanudar.

Otra cuestión a plantear es la aplicabilidad del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley, con la consiguiente necesidad de que la incoación del expediente vaya acompañada de demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones contradictorias. ROCA se pronuncia en sentido negativo por estimar que no se trata de acción contradictoria, ya que sólo se discute sobre la justificación de la existencia de la adquisición del dominio, no sobre el derecho de propiedad en sí (12). Nos sumamos a esta opinión, ya que la regla de este precepto hace referencia, sin duda, a un juicio declarativo, en el que se pronuncia una resolución definitiva, que decide sobre el derecho en sí, cosa que, ya hemos visto, aquí no ocurre.

Y pasamos ahora al estudio concreto de los requisitos exigidos según la antigüedad de las llamadas inscripciones contradictorias.

1.º Inscripciones de más de treinta años: Impone el párrafo 1 del 202 la citación en debida forma al titular de las mismas sin que haya formulado oposición, requisito que embebe dos, la citación y la falta de oposición.

La citación, que representa una aplicación especial del principio de tracto sucesivo, podrá hacerse, y así opina ROCA (13), en cualquiera de las formas establecidas en los artículos 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que se remite el artículo 277 del Reglamento. Por tanto, podrá ser personal, por cédula o por edictos, según los casos.

Respecto a la segunda parte del requisito—no haber formulado oposición—, siguiendo también a ROCA, entendemos que ha de tratarse de una oposición de esencia vindicativa, que exige una declaración sobre el derecho en sí y que no tiene cabida en este expediente, pues, si se limita a objetar el que se declare justificada la adquisición del dominio, ya el Juez la examinará en este proceso y decidirá sobre su fundamento.

---

(11) Tomo II, pág. 526.

(12) Tomo III, pág. 714.

(13) Tomo III, pág. 709.

2.º Inscripciones que no superen los treinta años: En este caso, las cautelas o garantías en favor del titular registral han de ser mayores, pues es más fácil que pueda seguir siendo titular en la realidad.

Por ello, han de darse, para la inscripción, una de estas dos circunstancias, señaladas en los párrafos 2 y 3 del artículo 202 de la Ley.

a) Que él o los titulares de las inscripciones contradictorias o sus causahabientes hubieren sido oídos en el expediente. Debe entenderse, análogamente a lo que hemos dicho antes, que si formulan oposición sólo si ésta es de las que hemos designado como vindicativa impide la inscripción.

b) Que «no comparecieren después de haber sido citados tres veces, una de ellas, al menos, personalmente». La exigencia de citación personal ha sido discutida en la doctrina, habiendo incluso quien, como MORALES GONZÁLEZ, citado por ROCA (14), ha distinguido la citación personal directa de la indirecta, o sea, a través de otra persona por no hallarse el notificado en su domicilio, admitiendo la validez de cualquiera de estas citaciones personales. Tal criterio parece algo arriesgado, pues la exigencia legal de que una al menos de las citaciones sea personal está clara, si bien resulta también injusto que, al no poder ser citado así el titular registral, por no ser hallado, por su negativa o por cualquier otra causa, se impida el acceso al Registro de una titularidad legítima, por lo que cabría admitir, en algún caso, un criterio de flexibilidad.

3.º Supuesto de que unas inscripciones superen los treinta años y otras no (15): No contemplado en la Ley, parece claro que deberán exigirse, conjunta y respectivamente, los requisitos del caso 1.º y del 2.º

#### D) *El acta de notoriedad*

##### a) *Introducción y fase inicial.*

Reguladas estas actas en el Reglamento Notarial de 1935, se les asignó una finalidad registral por la Ley de 5 de julio de 1938 sobre reconstitución de Registros destruidos y aparece ya regulada, como medio de reanudación del tracto, entre otras finalidades, por la Ley actual que, específicamente, le dedica los artículos 203 y 204, complementados, por los 288 y siguientes del Reglamento, siendo, junto con el ex-

---

(14) En el tomo III, pág. 712, nota 3.

(15) Tal puede ser el caso de que el dominio esté en situación de indivisión estando inscritas las cuotas en fechas distintas, el de la enfiteusis, que genera, en nuestro Derecho, la división del dominio en directo y útil.

pediente, según quedó dicho, el otro medio específico de reanudación previsto en nuestro Derecho.

Se trata de un expediente o proceso notarial, si bien se requiere la aprobación judicial, cuya misión es constatar que una persona es considerada notoriamente como dueña de una finca inmatriculada, habilitándole entonces de un título inscribible. Es, pues, un procedimiento con finalidad puramente registral: Reanudar el tracto. Es un acta de notoriedad particularizada por su objeto.

Procesalmente, se trata, como ocurre con el expediente de dominio y todavía con más claridad, de un acto de jurisdicción voluntaria, en que la oposición al mismo lo sobreesee, como resulta, por ejemplo, de la regla 9.<sup>a</sup> del 203 de la Ley, debiendo entonces intervenir el Juez. Este es un punto que le diferencia del expediente, en que la oposición que no sea de esencia vindicativa, según vimos, se sustancia en el mismo procedimiento.

Y ya, con esto, pasamos al examen de la tramitación en sus puntos más cardinales para luego detenernos también en los requisitos para su inscripción, sin repetir los puntos que, abordados al tratar del expediente, son comunes a las actas.

Se inician por un requerimiento al Notario competente, que lo es el hábil para actuar en el lugar en que radiquen las fincas, hecho por persona que demuestre interés en el hecho que se trate de acreditar, en este caso, la adquisición del dominio.

La legitimación es, pues, claramente amplia, en perfecta consonancia con la norma del artículo 6, apartado c) de la Ley. Cualquiera que demuestre interés puede, pues, iniciar el acta.

El requirente deberá acompañar, aparte los documentos justificativos de su pretensión, al igual que en el expediente de dominio, una certificación del estado actual de la finca en el Catastro Topográfico Parcelario o, en su defecto, en el Avance Catastral, Registro fiscal o Amillaramiento, y otra sobre los asientos vigentes en el Registro de la Propiedad (regla 3.<sup>a</sup> del 203 de la Ley, en relación con la 2.<sup>a</sup> c) del 201).

#### **b) Trámites.**

La tramitación tiene dos partes consecutivas: una notarial y otra judicial.

La fase notarial, que se inicia con el requerimiento dicho, se continúa con las notificaciones—no citaciones, como en el expediente de dominio, que es, desde su inicio, un procedimiento judicial—, de dos tipos:



1) Nominativas o individuales, que se hacen:

a) Regla 4.<sup>a</sup> del artículo 203, párrafo primero, «a las personas que, según lo dicho y acreditado por el requirente, o lo que resulte de las expresadas certificaciones, tengan algún derecho sobre la finca». Parece que deben entrar aquí las personas de quienes procedan los bienes, pues el artículo 289 c) del Reglamento establece que en el acta de requerimiento se exprese, si fuere posible, el nombre, apellidos y domicilio de las mismas.

b) Regla 3.<sup>a</sup> del 201 de la Ley, párrafo último, en relación con párrafo segundo de la regla 4.<sup>a</sup> del 203, «al poseedor de hecho de la finca, si fuere rústica, o al portero, o, en su defecto, a uno de los inquilinos, si fuere urbana».

c) A las personas que el Notario estime necesario o conveniente, según resulta del párrafo primero del 290 del Reglamento.

La forma ordinaria de estas notificaciones es personal o por cédula. Sin embargo, como luego veremos, la practicada al titular registral o a sus causahabientes ha de ser personal, pues si no se inscribe el acta. Se utilizan los edictos sólo cuando no fuere conocido el domicilio.

El fundamento de este trámite de notificaciones está, en principio, en dar oportunidad de exponer y justificar sus derechos a los notificados, particularmente al titular registral, pero también pueden tener una finalidad esclarecedora o probatoria del hecho que se debate, dado el 290 del Reglamento.

2) Genéricas y por edictos, a cuantos puedan ostentar algún derecho sobre la finca.

Dentro de veinte días podrán los notificados comparecer ante el Notario «exponiendo y justificando sus derechos», sobreseyéndose el acta, en caso de oposición—regla 9.<sup>a</sup> del 203 de la Ley.

Hechas estas notificaciones y practicadas las pruebas que el Notario considere convenientes, hayan sido o no propuestas por el requirente, termina la fase notarial con la declaración de éste de si, a su juicio, está suficientemente acreditada la notoriedad de la adquisición, terminándose el acta, en caso negativo, y pasándose a la fase judicial, en otro caso.

No exige, pues, la Ley que haya un período probatorio, en cuanto admite que bastan los documentos y notificaciones dichas, pero, como ROCA dice (16), dicho período ha de considerarse normalmente indispensable para la constatación de la notoriedad.

---

(16) Tomo II, pág. 511, nota 1.

Si el Notario estima acreditada la notoriedad, empieza la fase judicial con el examen del expediente por el Juez de Primera Instancia del Partido de situación de la finca, el cual, oyendo al Ministerio Fiscal, apreciará las diligencias practicadas que, si lo estima conveniente, podrá ampliar para mejor proveer y resolverá, por medio de auto, sobre la aprobación o no. Si aprueba, puede efectuarse la inscripción. Si no, cabe apelación por los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los incidentes y, si ésta no surte efecto o no se produce, estamos ante un acta frustrada.

Este requisito de la aprobación judicial que, como dice DE CASSO, no se exigía en el proyecto sometido a las Cortes, bien se considere la intervención del Juez como revisora de la actuación notarial, al modo de ROCA, o como verdaderamente resolutoria, de forma que el Notario es un mero instructor, según la opinión de SANZ, estimamos, con el primero de estos autores, que es ilógico, puesto que, dificultándose la inscripción del acta, como luego veremos, en mucho mayor medida que la del expediente de dominio, no hay por qué exigir la intervención judicial, perfectamente suplida por esas mayores garantías que se dan al titular registral. Por su parte, DE CASSO (17) estima que «la exigencia de este segundo trámite, que supone desconfianza, ha malogrado la eficacia de dichas actas, al alargarse, sin razón alguna, el procedimiento y al encarecer su coste».

### c) Requisitos para su inscripción.

Al igual que en el expediente, es éste el aspecto que más interesa y que, por tanto, estudiamos con más atención. Sigue aquí el problema de conciliar la efectividad del acta con la protección del titular registral, cuyas defensas se ven aumentadas, en comparación con el expediente.

La Ley se refiere a ello en el artículo 204, del siguiente tenor: «Las actas de notoriedad tramitadas a fines de la reanudación del tracto sucesivo sólo podrán inscribirse cuando las inscripciones contradictorias tengan más de treinta años de antigüedad, sin haber sufrido alteración, y el Notario hubiese notificado personalmente su tramitación a los titulares de las mismas o a sus causahabientes.» Este precepto viene complementado por el 295 del Reglamento, el cual contempla también el supuesto de que las inscripciones contradictorias no superen los treinta años.

---

(17) *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 1951, pág. 328.

Procede distinguir aquí, lo mismo que en el expediente, tres casos, según la antigüedad de las inscripciones:

1) Inscripciones contradictorias de más de treinta años.

Como en el expediente, teniendo en cuenta la mayor probabilidad de que no reflejen la realidad jurídica, se facilita, si bien en menor grado, la inscripción del acta.

Exige, pues, el artículo 204, en este caso, que se haya notificado personalmente la tramitación del acta a los titulares de dichas inscripciones o a sus causahabientes.

Esta notificación ha de ser hecha personalmente, sin que quepa entender, como puntualiza Roca, que lo exigido es que se practique nominativamente, pero que, salvado esto, pueda ser por cédula o por edictos.

Plantea problema la interpretación del término «causahabientes». ¿Hay que comprender sólo a los herederos, como ocurre en los expedientes de dominio, o también a los otros causahabientes, es decir, a los adquirentes por actos *inter vivos*?

ROCA (18) opina que ha de dársele este sentido amplio, pues ni la Ley ni el Reglamento hacen, como en el caso del expediente, ninguna restricción al término y, si la Ley hubiese querido aplicar al acta lo dispuesto para el expediente, es lógico pensar que así lo hubiese dicho expresamente. Si no lo hizo, continúa Roca, fue por alguna razón y ésta puede responder a la diferente consideración que al legislador merece el acta y el expediente, a estos efectos.

Respetamos y apreciamos mucho la opinión del maestro, pero creemos que el olvido de la Ley, cabe pensar, puede no ser decisivo para aplicar un criterio distinto en el acta, pues la analogía con el expediente, al tener ambos procesos la misma finalidad, es indudable y, por otro lado, no hay ninguna disposición que señale, como sería lo más lógico, que, en el acta, a diferencia del expediente, regulado en primer lugar, ha de darse al término causahabientes un sentido distinto (19).

El principio de tracto sucesivo impone, pues, aquí, en garantía del titular registral, la notificación personal al mismo o a sus causahabientes.

Pero la aplicación de este requisito mínimo sólo procede cuando el o los asientos contradictorios, según la terminología legal, tengan más

---

(18) Tomo II, pág. 528, nota 1.

(19) LACRUZ parece inclinarse también en favor de citación o audiencia a los causahabientes *mortis causa* (*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 1957, pág. 420 al final).

de treinta años de antigüedad «sin haber sufrido alteración». Es decir, que ha de haber pasado ese tiempo sin que el asiento haya dado muestras de vida, bien por haber sido sustituido por otro, habérsele impuesto un gravamen o haberse dado alguna cancelación. Se requiere, pues, más de treinta años de letargo registral. Por ello, el plazo debe contarse, como dice ROCA, desde la fecha del último asiento practicado, aunque sea éste una cancelación.

2) Inscripciones que no superan los treinta años.

Las garantías del titular registral no pueden ser mayores, en este caso, puesto que se exige su consentimiento expreso o tácito. Así dice a este respecto el 295 del Reglamento que «no serán inscribibles las actas, a menos que el titular de aquéllas o sus causahabientes lo consientan ante el Notario expresa o tácitamente. Se entenderá que hay consentimiento tácito cuando el titular o sus causahabientes hayan comparecido ante el Notario sin formular ni anunciar oposición». Es decir, que el principio de tracto sucesivo funciona aquí, prácticamente, sin atenuación, por lo que la utilidad del acta, en tal supuesto, es bien poca, por no decir nula. El fundamento de esta mayor exigencia es, sin duda, la probabilidad de que el Registro siga siendo exacto, pero la exigencia es de tal calibre que no se comprende bien que se acuda al acta habiendo acuerdo entre el titular registral y el interesado. En caso de haber pasado a un causahabiente la titularidad del dominio, sigue funcionando, en esencia, el principio del tracto sucesivo, pues habrá que justificar la cualidad de causahabiente probando la oportuna transmisión del titular registral y exigir luego el consentimiento de aquél.

3) Asientos contradictorios de antigüedad diversa, de modo que unos superen los treinta años, y otros no.

Como hemos dicho en el expediente, deberán, en este caso, aplicarse, conjunta y respectivamente, los requisitos de los dos casos anteriores; se exigirá, por tanto, la notificación personal, en el primer caso, y el consentimiento, en el segundo.

Y éstos son los requisitos que nuestra Ley establece para la inscripción de las actas, requisitos que cabe considerar como excesivos, sobre todo considerando la necesidad de la aprobación judicial. Por ello, puede decir ROCA (20) que el acta de notoriedad actúa a modo de instrumento autenticador de un consentimiento, expreso o tácito, o deducido del silencio del titular registral o de sus causahabientes. Y por ello también son poco usadas en la práctica.

---

(20) Tomo II, pág. 530.

E) *Efectos de la actualización*

Terminado con éxito uno de estos procedimientos, se produce en el Registro la inscripción consiguiente en favor del incoante (21) y se cancelan los asientos contradictorios, a tenor de lo ordenado en la resolución judicial—auto—, entre los cuales figura el del anterior titular registral del dominio. La cancelación se hace constar en el cuerpo de la nueva inscripción, sin perjuicio de que se ponga, para mayor claridad, la oportuna nota al margen del asiento que se cancela.

ROCA (22), dice que reanudar el tracto interrumpido no consiste en cancelar un contenido registral, sino en ponerlo al día *per saltum*, es decir, sin necesidad de practicar los asientos intermedios entre el del titular registral antiguo y el que resulta del expediente. La cancelación, en opinión del maestro, únicamente cabe respecto de los asientos relativos a los gravámenes del dominio, cuya subsistencia haya sido rechazada por el incoante del procedimiento. El asiento anterior de dominio no se cancela, sino que, simplemente, pierde su vigencia, siendo sustituido por el nuevo.

LACRUZ, por su parte (23), prefiere hablar de reanudación de la vida registral y no del tracto sucesivo interrumpido, porque éste no se reanuda, sino que *renace*, iniciándose una nueva fase del historial hipotecario de la finca. Por ello se cancela el asiento anterior, que corresponde a la otra fase, sin que haya tracto sucesivo entre ambas fases, aunque sí dentro de cada una de ellas. Así considera como *primera inscripción* la que produce el expediente de actualización, es decir, abstracta de la serie de actos concatenada inscrita, primera inscripción que no es de inmatriculación, porque la finca está ya incorporada al Registro, y, por ello, se practica en el mismo folio registral.

No cabe duda de que, en nuestro Derecho, al cancelarse, como hemos dicho, la inscripción anterior, parece más lógica la posición del profesor LACRUZ. El propio ROCA, en el fondo, no está muy lejos de ello, en cuanto señala que el Registro, como consecuencia de la inscripción del expediente, publicará una titularidad nueva, sin que pueda pretender el nuevo titular la protección de la fe pública registral, pues no es un adquirente del anterior titular según el Registro.

En realidad, lo importante aquí es lo relativo a los efectos que ha

---

(21) O de la persona en cuyo nombre se incoo.

(22) Tomo II, págs. 524 y sigs., a propósito del acta, y tomo III, págs. 704 y siguientes, en relación con el expediente.

(23) *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 1957, págs. 420 y siguientes.

de producir esta inscripción y, tanto si seguimos la concepción de LA-CRUZ como lo que dice ROCA, hemos de señalarle la particularidad de que, al no traer el titular nuevo causa del anterior, no puede ser amparado por la fe pública registral, en caso de que se promoviese juicio declarativo. ROCA piensa que puede lograr esta protección en el caso anómalo, pero posible, de que el expediente recoja una transmisión onerosa efectuada por el anterior titular a favor del que haya instado el expediente, puntualización que creemos debe acogerse plenamente.

Por otra parte, ¿podrá el nuevo titular alegar en su favor la protección de que disfrutase alguno de los titulares registrales anteriores, por haber sido ellos terceros amparados por la fe pública, de forma que aquél pueda oponerse a las acciones que el anterior tercero habría podido contrarrestar, como tal? Así lo entiende ROCA, sin dar razones, como cosa evidente. Pero la cuestión no nos parece tan clara, dado que el Registro viene a publicar una titularidad nueva, sin causa en la anterior, a la que, por tanto, no sucede, a diferencia de lo que ocurre con el adquirente a título lucrativo inscrito que, si bien no tiene directamente protección, se aprovecha de la de su causante o transferente.

En cuanto a los terceros, la nueva inscripción produce, desde su fecha, todos los efectos, pues la limitación del artículo 207 de la Ley no se extiende a la reanudación de la vida registral, sino sólo a las dos especies de inscripciones inmatriculadoras que indica.

### 3. SISTEMA DE ACTUALIZACIÓN PARA LOS SUPUESTOS DE NO REGISTRACIÓN DE HECHOS NEGATIVOS

#### A) *Medios generales*

El supuesto de hecho, aquí, como señalamos antes, es la extinción de un gravamen que no se ha hecho constar en el Registro, con lo que éste deviene inexacto y requiere su actualización que, en este caso, lleva consigo no el hacer constar una titularidad distinta de la registrada, como anteriormente, sino la desaparición de ella. De todos los supuestos de extinción, los que a nosotros nos interesan, dada la índole de nuestro trabajo, son, exclusivamente, los del transcurso del tiempo sin que el gravamen dé señales de vida registral, como es el caso de la prescripción extintiva.

Nuestra legislación aborda el problema de las inscripciones antiguas de gravámenes con un loable designio de facilitar la eliminación de los extinguidos, actualizando, en este sentido, el Registro. Pero, al igual que en las demás inscripciones, no toca el tema de la limitación de eficacia o caducidad, aunque, por vía particular y sin ningún carácter general, señala algunos casos de esta última—hipotecas existentes en 1 de enero de 1945, menciones de legítima—que, más adelante, en otra parte de este trabajo, examinamos.

Vamos, pues, ahora, de acuerdo con el plan seguido, a señalar los medios que, para conseguir la expurgación del Registro de los gravámenes que, con el transcurso del tiempo, han perdido vigencia, prevé nuestro Derecho, concretamente, nuestra legislación hipotecaria.

Esta se refiere a esta especie de actualización en el apartado *b)* del artículo 40 de la Ley: «Cuando la inexactitud debiera su origen a la extinción de algún derecho inscrito o anotado, la rectificación se hará mediante la correspondiente cancelación, efectuada conforme a lo dispuesto en el Título IV o en virtud del procedimiento de liberación que establece el Título VI.»

Puesto que a nosotros nos interesa la pérdida de vigencia del asiento por el paso del tiempo, vamos a referirnos sólo a las inscripciones, pues, si el derecho está anotado, la expresión registral del mismo tiene su plazo de caducidad, por lo que no se da el problema del envejecimiento del Registro, en este caso, al no tener las anotaciones una duración indefinida.

Bien, volviendo al precepto, hemos de puntualizar que, siempre, la rectificación del Registro, en estos casos, se produce mediante cancelación, pues el procedimiento de liberación no tiene más fin que proporcionar un título—la resolución judicial—para cancelar.

Y esta cancelación, según el precepto, cabe obtenerla por dos vías:

*a)* La ordinaria, que se regula en el Título IV—básicamente, en los artículos 82 y 83 de la Ley, completados por los 173 y siguientes del Reglamento.

*b)* La especial, para gravámenes prescritos, a través del procedimiento de liberación, al que se dedican, dentro del Título VI, los artículos 209 y 210 de la Ley y los 309 a 311 del Reglamento.

Las vías o medios ordinarios son, resumiendo nuestra normativa: 1) El consentimiento del titular registral; 2) la correspondiente resolución judicial, y 3) acreditando que se ha producido el hecho que, según la Ley o el título en cuya virtud se practicó la inscripción, da lugar a la extinción del derecho, vías o medios perfectamente utilizables en nuestro supuesto—el medio número 2 es siempre idóneo para rectifi-

car el Registro. Un asiento envejecido puede cancelarse por consentimiento del titular, a tenor del 82, párrafo uno de la Ley, que no señala ninguna causa para este consentimiento. Y, en cuanto al número 3, un caso en el que puede usarse es el de muerte del titular en los derechos que, como el usufructo, son *intuitu personae*.

Por otra parte, el expediente de dominio o el acta de notoriedad, en que se acredite la propiedad libre de las cargas registradas, pueden servir para la cancelación de las mismas, siempre que sus titulares hayan sido citados debidamente y se den los demás requisitos que para el expediente o acta se señalan.

### B) *El expediente de liberación*

El medio especial para cancelación de gravámenes prescritos, el expediente de liberación, que DE CASSO dice sería mejor llamarlo de cancelación, pues ésa es su finalidad, ha sido implantado en la reforma del 44-46 con el designio, según resulta de la exposición de motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944, de evitar la necesidad de acudir a lentos y dispendiosos procesos para eliminar del Registro a las cargas prescritas. Anteriormente, existía otro tipo de expediente cuya finalidad era esclarecer la situación jurídica de los inmuebles inscritos en cuanto a las cargas que no lo estaban para que o se declarasen no existentes o se inscribieran debidamente, proceso éste suprimido por la reforma.

El procedimiento que estudiamos es un proceso abreviado o sumario, que, para ROCA, es un verdadero juicio y, para SANZ, un acto de jurisdicción voluntaria. Su finalidad, como quedó dicho, es obtener la cancelación de una carga o gravamen inscrito, con base en la prescripción; tiene, pues, al igual que el expediente de dominio y el acta, antes vistos, un fin puramente registral, proporcionar un título para cancelar.

Puede aplicarse, a tenor del artículo 209 en relación con la regla 2.ª del 210, para toda clase de cargas y gravámenes registrados, bien en forma de inscripción, de anotación preventiva o de mención. Hay que entender esto en el sentido de que el gravamen puede aparecer registrado en cualquier forma, si bien, en el caso de que conste por anotación preventiva o mención, no se ve la utilidad de acudir a este proceso, pues las anotaciones tienen un plazo fijado de vigencia pasado el cual caducan, y las menciones no producen efecto y pueden cancelarse todas.

Por otra parte, exige el artículo 209, para la utilización de este pro-



cedimiento, que el gravamen o carga de que se trate haya prescrito «con arreglo a la legislación civil, según la fecha que conste en el Registro», redacción nada clara, pues, en los libros hipotecarios, salvo en las hipotecas—con excepción de algunas legales como la por razón de dote, reservas, sobre los bienes de los tutores—, y la anticresis, en que, en la inscripción, consta el vencimiento del crédito, punto inicial del período prescriptivo, no se refleja el momento en que comienza la falta de ejercicio del derecho, base de la prescripción extintiva. La fecha de la inscripción, como dice Cossío, no puede ser el punto inicial de esta prescripción, pues el hecho de inscribir supone la actividad del derecho. Por ello, no puede la interpretación ser totalmente ajustada a la letra del artículo y ha de entenderse, según el sentido que Roca patrocina (24), que este procedimiento requiere, como tiempo mínimo, que haya transcurrido el necesario para la prescripción, a contar de la fecha del último asiento relativo a la carga o gravamen, debiendo acreditarse, si fuere necesario—que lo será, salvo en los derechos antes dichos—con elementos extrarregistrales el momento inicio de la prescripción, el cual puede ser posterior, pero nunca anterior a la fecha del dicho último asiento.

Respecto de los gravámenes, como el retracto convencional, de plazo fijo de duración, no tiene sentido este procedimiento, pues, de una parte, tales derechos puede estimarse que no prescriben propiamente sino que están sujetos a caducidad pasado el plazo, sin causas interruptivas, por tanto, y, de otra parte, existe una vía sencilla para cancelar el asiento respectivo, que es, según el apartado 2 del 82 de la Ley, la fácil demostración de que se cumplió el tiempo.

Puede promover este procedimiento todo titular registral que tenga interés. Así se desprende de la regla 2.<sup>a</sup> del 210 de la Ley en relación con el 309, párrafo 1 del Reglamento. El primero habla de titular de la finca o derecho gravado con las cargas cuya liberación se pretenda, exigiéndole presentar una certificación del Registro que acredite su cualidad de titular. Y el precepto reglamentario dice que este expediente podrá ser promovido por quien tenga interés en la liberación.

Parece que habría sido más conveniente una fórmula más amplia que legitimase a todo interesado, lo que estaría más en armonía con lo dispuesto en el artículo 6, apartado c), y en el 40, párrafo 1 de la Ley, el cual habilita para pedir la rectificación del Registro a todo titular de dominio o derecho real que resulte lesionado por el asiento inexacto, pues es evidente que pueden existir interesados en la liberación que no

---

(24) Tomo III, pág. 722.

sean titulares registrales, como el titular real del dominio o derecho gravado que quiera inscribirlo libre de cargas.

Se sustancia este procedimiento ante el Juez de Primera Instancia competente, y la materia de discusión en el mismo es si, con arreglo a la legislación civil, ha prescrito o no la carga o gravamen, debiendo empezarse el cómputo del tiempo de prescripción nunca con anterioridad, según dijimos antes, a la fecha del último asiento relativo a la carga o gravamen.

El principio de tracto sucesivo funciona aquí, semejantemente al expediente de dominio y al acta de notoriedad, a base de citación a los titulares de los asientos a cancelar o, en su defecto, a sus causahabientes, citación que ha de ser personal o por cédula, si son personas con domicilio conocido, y por edictos, en otro caso, habiendo publicarse otros edictos si los citados, salvo que lo hubiesen sido personalmente, no comparecieren en plazo. Es una particularidad de este procedimiento la no necesidad de citación personal, que se exige en las actas y, también, en algunos expedientes de dominio—cuando las inscripciones contradictorias no superen los treinta años—, como hemos visto.

El testimonio literal de la sentencia firme estimativa de la prescripción constituye título para obtener la cancelación o cancelaciones correspondientes. No es una resolución definitiva, por otra parte, en cuanto se trata de un proceso sumario, por lo que no produce excepción de cosa juzgada.

No se emplea mucho, en la práctica, que sepamos, este procedimiento.

#### 4. RECAPITULACIÓN CRÍTICA DE NUESTRO SISTEMA DE ACTUALIZACIÓN

A pesar del loable designio de los legisladores del 44-46 de facilitar la actualización del Registro con el establecimiento de medios especiales para la misma, puede estimarse que el sistema montado dista de tener la agilidad que demandan nuestros tiempos.

El expediente de dominio resulta, a veces, demasiado costoso y largo, sobre todo para las fincas de poca entidad. El acta de notoriedad en función reanudadora es una feliz instauración de la reforma, pero la necesidad de aprobación judicial quita a este medio su simplicidad y, por otra parte, se dificulta su inscripción sin verdadero fundamento, exigiendo mayores requisitos que en el expediente, sobre todo en el caso de que las llamadas inscripciones contradictorias no superen los treinta años, en que, al haber de consentir el titular registral o causahabientes ante el

Notario, expresa o tácitamente, no presenta, realmente, interés el acudir a ella. Por todo ello, resulta tan poco usado este medio reanudador.

En cuanto al procedimiento de actualización en caso de modificaciones negativas de la realidad, el expediente de liberación, introducido con acierto por la Ley vigente, no se usa mucho y no parece que la cosa vaya a cambiar en el futuro, pues si la finca está actualizada en cuanto al dominio suele estarlo en lo referente a gravámenes y, si no, se puede conseguir la cancelación de las cargas a base del proceso de reanudación del tracto en que se demuestre la adquisición del dominio libre y se den las citaciones y demás requisitos que, como garantía a la posición de los titulares registrales de dichos gravámenes, se establecen.

Opinamos, en definitiva, que, sin perjuicio de mantener, con los retoques precisos, los medios existentes para la actualización del Registro, debe estudiarse:

1.º El dar mayor virtualidad al acta de notoriedad, como proceso notarial para la reanudación de la vida registral:

a) Suprimiendo la intervención judicial, principalmente, por la complicación que supone y que ha sido, sin duda, una de las causas de su poca utilización y porque, en realidad, no tiene una seria justificación, pues si al Notario se le reconoce atribución para emitir juicio sobre la notoriedad de una adquisición, no tiene fundamento la intervención de otro funcionario. Resulta también curioso, por otra parte, que solamente se exija esta aprobación judicial en las actas para la reanudación de la vida registral y excesos de cabida y no en las demás, especialmente en la regulada en el artículo 70 del Reglamento, tan importante como medio inmatriculador del derecho de aprovechamiento de aguas públicas, que ni siquiera está sometida a la suspensión de efectos por dos años del 207 de la Ley.

De tener en cuenta es, también, la nueva redacción que al artículo 209 del Reglamento Notarial, regulador de las actas de notoriedad en general, ha dado el Decreto de 22 de julio de 1967 en el sentido de que «La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior». Indudablemente, esta nueva redacción no puede modificar lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, pero representa un sano criterio reforzador de la eficacia de las actas por sí mismas, de forma que esta necesidad de aprobación judicial en las que tienen por objeto la reanudación del tracto resulta cada vez más extraña y excepcional.

Consideramos, pues, que, en la próxima reforma de nuestra Ley Hipotecaria, debe, aparte otros retoques, acabarse con este requisito.

b) Aligerando y flexibilizando los requisitos exigidos para la inscripción del acta.

En el caso de que los asientos contradictorios sean de más de treinta años, la exigencia de notificación personal al titular registral o causahabientes debería dulcificarse, para el caso de que no fuera factible hacerla en esa forma por cualquier causa, admitiendo la cédula e incluso, por edictos, si bien estos últimos sólo para cuando no se pudiese conocer el paradero de los mismos.

Si dichos asientos no superan los treinta años, para que pueda existir interés en acudir al acta es preciso suprimir la necesidad del consentimiento, expreso o tácito, del o los titulares registrales, instaurando un sistema de citaciones, con las garantías pertinentes.

2.º La posibilidad de hacer servir el título público de adquisición también para reanudar el tracto en los supuestos en que el contenido del Registro estuviese, presumiblemente, desfasado, por ejemplo, para seguir la pauta legal, cuando las inscripciones vigentes superasen los treinta años.

El sistema podría ser parecido al actual de inmatriculación por título público, bien que haciendo una citación especial al titular registral o causahabientes, sin que éstos, en el plazo que se fijara, formularan oposición. La inscripción que se practicase podría, como sana medida de prudencia, ser sometida a la suspensión de efectos por dos años del artículo 207.

Así se podría obtener la reanudación de la vida registral en infinidad de entidades hipotecarias que, por su menor entidad, no justifican el que haya de acudir a un procedimiento judicial, aunque sea sumario, como el expediente de dominio.

#### IV. EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES ANTIGUAS EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

##### 1. INTRODUCCIÓN

Si bien, en nuestra legislación vigente, como hemos expuesto, se regula, sobre el problema que estudiamos, su vertiente de actualización mediante unos determinados procedimientos, no ocurre lo mismo, al menos de manera general, con el aspecto relativo a la eficacia que esas inscripciones, reflejadoras de una realidad probablemente caduca, han de tener, pues no cabe duda de que ha de producir relevancia la antigüedad

de los asientos en la atribución de los efectos presuntivos propios de la inscripción.

En nuestro Derecho, los efectos de una inscripción se producen hasta que se cancele, cualquiera que sea la fecha en que se realizó; teóricamente, con la Ley en la mano, lo mismo se presume verdad lo que dice un asiento de hace un año que de hace cincuenta. Y esto, lógicamente, no debería ser.

No cabe decir tampoco que no se dé ninguna relevancia jurídica a la antigüedad de la inscripción—lo hemos visto en los procedimientos de reanudación del tracto, en cuanto se distingue entre las inscripciones según superen o no los treinta años, a efectos de los requisitos para su cancelación—y que no existan algunos casos aislados de caducidad de asientos, pero, en general, nuestros legisladores no se han enfrentado con el problema.

Y ahora vamos, pues lo creemos de utilidad, a señalar y estudiar estos supuestos en que la antigüedad de los asientos implica su ineficacia, buceando, primero, un poco en nuestras anteriores leyes, por si pudiera en ellas hallarse algo aprovechable en orden a una nueva regulación del problema.

## 2. REFERENCIA HISTÓRICA

Los legisladores de 1861 se enfrentaron con la cuestión de la eficacia que había de darse a las inscripciones hechas en los antiguos Registros de Contadurías y se pronunciaron por mantener su fuerza jurídica. Así, el artículo 307 del Reglamento de 1861, primero del Título XIII, «De los efectos de las inscripciones hechas en los antiguos Registros», decía:

«Las inscripciones de los antiguos Registros surtirán, en cuanto a los derechos que de ellas consten, todos los efectos de las nuevas inscripciones, aunque carezcan de alguno de los requisitos que exigen los artículos 9 y 13 de la Ley, bajo pena de nulidad, y no se lleguen a trasladar a los nuevos Registros.» La Ley del 61, así como el Reglamento, establecían normas para ese traslado.

Y, abundando en lo mismo, el artículo 308 del mismo Reglamento—el precepto de igual número del Reglamento de 1870 no recoge este contenido y se ocupa de la famosa notificación a los titulares inscritos, establecida por la Ley de 1869—disponía:

«La disposición del artículo 34 de la Ley será también aplicable a los títulos inscritos en los antiguos Registros, respecto a los anteriores que no se inscriban en el plazo señalado en el artículo 389 de la misma,

y también en cuanto a aquellos que, inscribiéndose en dicho plazo, deban surtir su efecto solamente desde la fecha de la inscripción.»

No cabe, pues, en la primera legislación hipotecaria, buscar apoyo alguno para enfrentarnos al problema.

En el régimen de la Ley de 1909 se estableció un sistema de caducidad en cuanto a los asientos producidos en las antiguas Contadurías, de indudable interés, si bien, fuera de este caso, no se dijo nada sobre las inscripciones viejas.

El artículo 401 de la citada Ley decía: «Los asientos de dominio hechos en las extinguidas Contadurías de Hipotecas y los de censos, hipotecas y cualesquiera otros gravámenes u obligaciones existentes en las mismas, hállese o no determinados los bienes a que afecten, no surtirán efecto si los interesados a favor de quienes se constituyeron o sus causahabientes no solicitan la traslación de los indicados asientos en el plazo de cinco años, cuando se trate del dominio, y de dos, si se refiere a derechos reales, contados desde la promulgación de la Ley de 21 de abril de 1909.

Las cargas y gravámenes que resulten de las Contadurías de Hipoteca y se hallen mencionadas en los asientos del Registro moderno, no producirán efecto contra tercero si no se solicita la traslación de los asientos antiguos en que aquéllas consten en el plazo señalado, salvo cuando hayan sido ya objeto de inscripción especial y separada, verificada a instancia de parte en el Registro moderno u objeto de alguna transmisión ya inscrita por virtud de actos *inter vivos* o *mortis causa*, posteriores a 31 de diciembre de 1862»—el 1 de enero de 1863 entró en vigor la Ley, así como el Reglamento de 1861.

El artículo 402 añadía: «Transcurridos los plazos expresados en el artículo anterior, caducarán de derecho los mencionados asientos y no podrá ya verificarse traslación alguna, ni se hará mención de dichos gravámenes o derechos reales en las inscripciones sucesivas, ni se comprenderán como subsistentes en las certificaciones que se expidan.»

Vemos, por estos preceptos, que el problema al que se enfrentaron no es igual que el aquí contemplado. Se trataba, en realidad, de liquidar un sistema, el de las Contadurías, sustituido por el más moderno de Registro de la Propiedad. Sin embargo, es interesante el mecanismo del plazo para rehabilitar aquellos asientos en los nuevos libros antes que incurriesen en caducidad y, sobre todo, el establecimiento de ésta, en su propio sentido de causa de ineficacia que opera automáticamente respecto de cualquier asiento no trasladado dentro de plazo.

### 3. DERECHO VIGENTE

#### A) *Posición general y concepto y ámbito de la caducidad*

En la legislación actual, si bien uno de los fines de la reforma del 44 fue el procurar un mayor paralelismo entre el Registro y la realidad jurídica, esto sólo tuvo repercusión general en cuanto a los medios de actualización de los libros, ya vistos. Pero, en cuanto a la eficacia de las inscripciones, no se distingue su antigüedad atribuyendo la presunción de exactitud a todas mientras no se cancelen, cosa que, ya hemos señalado, es contraria a la lógica y a la realidad jurídica.

Unicamente se admite relevancia a la antigüedad de la inscripción, en orden a atribuirle menos efectos, cuando se trata de la reanudación del tracto, en que las garantías al titular registral son menores cuando su inscripción supera los treinta años.

Es decir, que, en general, no se aborda el problema de la eficacia de las inscripciones viejas.

Sin embargo, se ha preocupado la Ley vigente de clarificar el Registro, eliminando, de una parte, lo que no es gravamen real y, de otra, admitiendo casos de ineficacia o caducidad de asientos por el simple transcurso del tiempo.

En relación con el primer aspecto, es suficiente con citar el artículo 98, expresivo de que «Los derechos personales no asegurados especialmente, las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada y los legados no legitimarios que no hayan sido anotados preventivamente dentro del plazo legal no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley y serán cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada.»

Se trata aquí de derechos que, bien por su naturaleza no real—caso de los derechos personales—, bien por no hallarse debidamente plasmados en el documento inscrito—supuesto de la mención—o por haber pasado el plazo para acceder al Registro—como ocurre con los legados que se indican—, no debieron insertarse en los libros y, sin embargo, allí están. Respecto de ellos, el artículo establece que el figurar en el Registro no les da la consideración de gravámenes, es decir, no les da eficacia real y, además, para evitar dudas y confusiones, prescribe su cancelabilidad a instancia de parte.

Se pueden calificar estos supuestos como de ineficacia originaria de asientos o constancias registrales, en cuanto la causa de cancelación surge en el momento mismo de practicarse, a diferencia de los casos de ca-

ducidad propiamente dicha, que lo son de ineficacia sobrevenida tras la extensión del asiento, con base, pura y simplemente, en el transcurso del tiempo.

Por ello, hay que diferenciar también la caducidad de aquellos supuestos de cancelabilidad sobrevenida en que, al transcurso del plazo, se añade otro requisito, para producir esta cancelabilidad. Así, podemos citar las inscripciones hechas al amparo del artículo 205 de la Ley y 298 del Reglamento cuando, en el plazo de tres meses, no se presentase el edicto debidamente diligenciado, aquellas en que—artículo 98 del Reglamento, párrafo tercero—no se acredite en el plazo de dos años el cumplimiento de la formalidad administrativa que le falta al título, las inscripciones destruidas y no rehabilitadas a tiempo.

Es, pues, la base de la caducidad, exclusivamente, el transcurso del lapso fijado por la Ley. Los asientos, en principio, tienen una duración, un tiempo de eficacia indefinido y sólo, por excepción, quedan sin fuerza por antigüedad cuando hay precepto que lo diga.

Debe diferenciarse, por otra parte, la caducidad de asientos con los supuestos de cancelabilidad de los mismos por referirse a derechos que, por voluntad de las partes o la Ley, nacen o se constituyen por un limitado período de tiempo, pasado el cual, si no se produce renovación o prórroga, se extinguen. Así, por ejemplo, el derecho de retracto convencional, el arrendamiento con plazo de duración, la opción, entre otros, en que, vencido el término que figura en el título inscrito, sin que, como ha dicho la jurisprudencia, se haya producido constancia registral de la renovación o prórroga, quedan ineficaces y procede, sin más, su cancelación, al amparo del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley.

La similitud estriba en que la ineficacia del asiento tiene como base el transcurso del tiempo y la diferencia en que se trata de extinción de derechos y, por ello, los plazos respectivos han de contarse desde el nacimiento o constitución del derecho y no de la fecha del asiento. Lo que ocurre aquí es que del mismo asiento resulta la caducidad del derecho y, por tanto, se puede dar la cancelación de manera automática, a solicitud, naturalmente, del interesado.

Se trata, pues, de una ineficacia sobrevenida no por la antigüedad del asiento, sino por la caducidad del derecho publicado. No es, por tanto, ésta la clase de caducidad que estudiamos.

Es propia la caducidad, únicamente, de los asientos de contenido positivo—inscripciones, anotaciones preventivas y notas marginales—, como es lógico, pues el asiento de contenido negativo—la cancelación—no puede caducar, ya que, en cuanto recoge el fin de un asiento positivo, es algo definitivo, perenne, como la muerte de algo.



Dentro de los asientos positivos hay que distinguir, a su vez, entre las anotaciones preventivas que, por su naturaleza provisional, están destinadas a su ineficacia, desaparecida la situación que reflejan, y las inscripciones propiamente dichas, asientos de carácter definitivo y de duración indefinida, por tanto, si bien destinados a ser sustituidos, con el paso del tiempo, por otros que recojan las vicisitudes producidas en la realidad jurídica. Las notas marginales no tienen propia sustantividad como asiento, pues son accesorios o sucedáneos de otros (25).

Respecto de las anotaciones, cabe adoptar dos posturas: *a)* mantener su vigencia mientras no se acredite que desaparecieron las circunstancias que las motivaron y *b)* señalarles un plazo máximo de duración, pasado el cual quedan, automáticamente, sin efecto, que es la posición general de nuestra legislación.

En cuanto a las inscripciones, según lo dicho antes, no son, en principio, caducables, pues reflejan una situación estable. Su destino normal es ser sustituidas por otras, en correspondencia a las modificaciones que experimente el derecho que publican. Únicamente, en relación con aquellas que permanezcan largo tiempo sin movimiento, hay que plantearse el problema de su caducidad, sin repercusión todavía, en general, en nuestro Derecho que, sin embargo, admite algunos casos, excepcionales y contadísimos.

Y, con estas puntualizaciones previas, pasamos a estudiar los casos de caducidad de asientos en nuestro país, haciendo primero referencia a las anotaciones preventivas, para luego ocuparnos de las inscripciones.

## B) *Supuestos de caducidad de asientos en el derecho español*

### *a) Anotaciones preventivas.*

Es, en este tipo de asientos, la caducidad una causa normal de extinción y así el artículo 77 de la Ley la señala como tal, a diferencia de lo que ocurre con las inscripciones propiamente dichas, en que el artículo 76 no la incluye entre las causas de extinción, lo que no obsta a los particulares y excepcionales casos de caducidad que luego se examinan.

El establecimiento de un plazo de caducidad para todas las anotaciones preventivas, en general, es una novedad de la Ley vigente. En

---

(25) Un caso especial de caducidad de nota marginal por sí misma se puede ver, sin embargo, en el artículo 15 del Reglamento, en relación con el derecho de retorno.

el régimen anterior se seguía, como regla, la solución *a)* antes indicada, es decir, que subsistían estos asientos en tanto no se acreditara la desaparición de las circunstancias que los motivaron. Unicamente se señalaron plazos de caducidad respecto de las anotaciones de legados que no fueran de cosa determinada inmueble propia del testador, las de créditos refaccionarios, las de suspensión por defectos en los títulos y las anotaciones a favor de los acreedores de una herencia, concurso o quiebra para cuyo pago se hubieren adjudicado bienes inmuebles. Las demás—el problema se localizaba, básicamente, en las anotaciones de demanda y embargo—, si bien podían cancelarse cuando terminaba la situación que publicaban, no tenían plazo de duración y podían subsistir indefinidamente, con la consiguiente incertidumbre y confusión, pues cabía que hubiese desaparecido la causa—por ejemplo, el procedimiento judicial incoado, que sirvió de base a la anotación de demanda, había ya terminado—y continuase la anotación arrastrándose en los libros.

Para obviar esto, el artículo 86 de la Ley establece la caducidad de las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su clase, señalándoles un plazo de duración de cuatro años, prorrogable por igual período. Pasado éste, aunque no se haya producido la correspondiente cancelación, que puede siempre instar el dueño del inmueble o derecho real afectado, la anotación, como caducada, queda en absoluta inoperancia, sin afectar, por tanto, a los terceros, que pueden darla como inexistente.

La adopción de esta medida parece que ha de merecer un juicio positivo, dados los inconvenientes que antes se producían, al no haber ese plazo de caducidad, sobre todo en las anotaciones de demanda y embargo, si bien cabe objetar—en este sentido, Roca (26)—el excesivo radicalismo o generalidad de la Ley, en cuanto, por ejemplo, pueden darse procedimientos judiciales que duren más de ocho años y legados de inmuebles en que no puede producirse la entrega hasta pasado ese plazo. Por ello, ya LA RICA propugnó una modificación del artículo 86 y, en la reforma reglamentaria de 1959, se ha paliado ese radicalismo, a través del nuevo artículo 199, párrafo 2, que establece la subsistencia de las anotaciones ordenadas por la autoridad judicial hasta que recaiga resolución definitiva firme en el procedimiento respectivo, una vez vencida la prórroga de cuatro años del artículo 86 de la Ley, y del nuevo artículo 209—párrafo 2 del número 2—, en relación con la anotación preventiva del derecho hereditario, que queda excluida de la cancelación por caducidad en los casos de indivisión que señala el precepto y en el de solicitud expresa de los interesados. Aparte del supuesto de ex-

cepción del artículo 161 del Reglamento, referido a la anotación preventiva tomada por falta de índices.

Por otra parte, la Ley actual ha dictado normas para la caducidad de las anotaciones existentes en el momento de su entrada en vigor, contenidas en la disposición transitoria segunda.

Aunque no puede extraerse de aquí una solución para el problema que básicamente nos ocupa, el de las inscripciones viejas, dada la diferente naturaleza de uno y otro tipo de asiento, representa una tendencia a evitar que persistan en el Registro las constataciones que reflejen situaciones periclitadas, muy interesante.

*b) Inscripciones propiamente dichas.*

Como ya hemos indicado, la caducidad no es, en los asientos de inscripción, una causa de ineficacia. Sólo, por excepción, existen los casos que a continuación insertamos.

1.º Caducidad de las expresiones registrales de legítima (27).

Se regula en el artículo 15 de la Ley, al que complementan los 85 a 90 del Reglamento.

Se trata, a tenor del párrafo primero del artículo 15, de los derechos de los legitimarios de cuota, en que el heredero está autorizado a pagarles en efectivo o en bienes no inmuebles, y de los derechos de los legitimarios sujetos al Derecho Catalán y, como tales, titulares, según el artículo 122 de la Compilación, simplemente, del derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial determinado también por el criterio de cuota.

Con anterioridad a la Ley actual no había plazo de caducidad, por lo que podían subsistir indefinidamente estas expresiones de legítimas, con la consiguiente incertidumbre e inseguridad en la contratación sobre los bienes afectos, dado el gravamen solidario que la mención supone. Cabía la cancelación demostrando, en el correspondiente juicio, que el derecho a las legítimas había prescrito, pero esto era complicado y costoso.

El artículo 15 de la Ley establece plazos de caducidad para las expresiones legitimarias, siendo el máximo el de veinte años a partir del fallecimiento del causante, pasado el cual, no pueden, ni siquiera, producirse en el Registro estas menciones.

Ello responde, según la exposición de motivos de la Ley de Reforma,

---

(27) La Ley las llama menciones, pero parece más correcta la terminología utilizada, pues, como dice ROCA (tomo II, pág. 670) y reconoce la Resolución de 27 de marzo de 1952, no se trata de una mención propiamente dicha, sino que las legítimas se inscriben al modo de las afecciones fideicomisarias y demás elementos de trascendencia real integrantes de un acto inscribible.

al fin de «evitar la prolongada y perturbadora constancia de legítimas sobradamente prescritas y prácticamente inexistentes».

El plazo máximo parece que se ha fijado por analogía con el de prescripción de la hipoteca, a la que la propia exposición de motivos considera parangonable la garantía producida por estas expresiones.

No consideramos muy acertado este plazo máximo de veinte años, pues basta pensar que, en el Derecho Catalán, a tenor del artículo 146 de su Compilación, la acción para reclamar la legítima y su suplemento prescribe a los treinta años de la muerte del causante. Parece, por ello, mejor el haber fijado un término máximo mayor—el mismo de treinta años—, sin perjuicio de plazos más breves, atendidos los diversos supuestos que pueden darse, como ahora hace el artículo.

Por otra parte, no bastaba con establecer la caducidad de las expresiones legitimarias practicadas, entrada en vigor la Ley, sino que había que regular, incluso con un carácter de más urgencia, la caducidad de las extendidas con anterioridad, lo cual hace la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> en su apartado B), con arreglo a la cual el 1 de julio de 1965 caducaron todas las menciones o expresiones legitimarias anteriores a la reforma.

## 2.º Caducidad de las inscripciones de hipoteca inmobiliaria.

En el Derecho Italiano—artículos 2.847 y siguientes del Código Civil—se establece la duración de la inscripción de hipoteca, que también es constitutiva, en veinte años desde su fecha, pasados los cuales caduca si no es objeto de renovación. En nuestro Derecho sólo se establece la caducidad en cuanto a las inscripciones anteriores, pero, como luego señalaremos, no vemos impedimento en que esta norma transitoria se aplicase también a las hipotecas posteriores. No se regula la renovación, al estilo del Derecho italiano, en que se verifica una nueva inscripción, pero existe algo de parecido efecto, la constancia en el Registro de un acto de ejercicio de la hipoteca, de novación o, en general, de interrupción de la prescripción, con lo que el plazo de caducidad empieza a contarse de nuevo. Otra particularidad es que el inicio del cómputo se sitúa en el momento de vencimiento del crédito y no en el de la fecha de la inscripción que, generalmente, será anterior a aquél.

El precepto que prescribe la caducidad de las inscripciones de hipoteca inmobiliaria es la disposición transitoria tercera de la Ley.

«Caducarán las inscripciones de hipoteca que en 1.º de enero de 1945 cuenten con más de treinta años de antigüedad a partir de la fecha de vencimiento del crédito sin haber sufrido modificación, si dentro del plazo de dos años, contados desde el referido día 1.º de enero de 1945, no han sido novadas, interrumpida su prescripción o ejercitada

debidamente la acción hipotecaria y, asimismo, las que, constituidas con anterioridad a dicho día, vayan cumpliendo en lo sucesivo los treinta años de antigüedad, con las mismas condiciones y requisitos.»

LA RICA (28) se pregunta por qué el plazo de treinta años y no el de veinte, que es el término de prescripción de la acción hipotecaria señalado por el artículo 128, y dice que ese plazo de treinta años hubiera sido más adecuado para la caducidad del dominio y otros derechos reales sobre bienes inmuebles. Y nosotros pensamos que, tal vez, la razón esté en ser una disposición transitoria y, como tal, aplicable a situaciones ya creadas, que deben tratarse con todo cuidado.

Esta norma presenta la particularidad, respecto de la de caducidad de las expresiones de legítimas, aparte de referirse a un asiento de inscripción propio y específico, de basarse en una especie de prescripción registral, es decir, en la letargia o ausencia de vida tabular durante un plazo, que se interrumpe y empieza a correr otra vez cuando esa letargia desaparece, mientras que el plazo máximo de veinte años para las legítimas del artículo 15 responde a la idea de clarificar la situación de los bienes de la herencia sin basarse en idea de prescripción alguna y no admite causas interruptivas.

Y está este precepto perfectamente vivo, pues las hipotecas constituidas, por ejemplo, el 31 de diciembre de 1944 no incurrirán en caducidad, como mínimo, hasta fin de 1976 y, normalmente, más tarde, dado que el *dies a quo* es el del vencimiento del crédito, lógicamente posterior a la constitución de la garantía, y que pueden darse elementos interruptivos.

Insistimos en que se recoge aquí un caso especial de prescripción—en este sentido LACRUZ (29) considera que la caducidad de esta disposición transitoria «no es más que una consecuencia registral de las normas civiles sobre prescripción»—que podría llamarse prescripción registral. Encaja dentro de la normativa general de la prescripción extintiva—se aplica, por ejemplo, el artículo 1.969 del Código Civil sobre el inicio del cómputo y, de ahí, que se parta del vencimiento del crédito, que es cuando la hipoteca puede ejercitarse—con la particularidad de atenderse sólo a datos registrales, a la paralización tabular del derecho, por eso la denominación dada de prescripción registral.

Por otra parte, aunque estamos ante una disposición transitoria que, como tal, no se aplica a las inscripciones producidas entrada en vigor la Ley (30), no existe ninguna razón lógica para que no pueda adoptarse

(28) LA RICA: *Comentarios a la Ley de Reforma*, pág. 239.

(29) *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 296.

(30) Ni siquiera se aplica a todas las hipotecas anteriores a la entrada en vigor, ya que ésta no se produjo hasta el 1 de julio de 1945.

análoga fórmula también para éstas, pues la norma se basa en el tiempo de letargo del asiento, que lleva a suponer extinguida la hipoteca por prescripción o por otra causa—pago, por ejemplo.

Existe, pues, la misma fundamentación para la caducidad de las inscripciones posteriores que de las anteriores al 1.º de enero de 1945, aunque, en la legalidad actual, ante la falta de precepto, no cabe aplicarla más que a las segundas.

Esta norma, como otras de la actual Ley Hipotecaria, cuya finalidad es expurgar el Registro de gravámenes y afecciones presumiblemente periclitadas, merece crítica favorable, si bien requiere una atenta y meditada lectura y cierto esfuerzo interpretativo.

En primer lugar, ha de destacarse que se trata de un caso, como todos los de caducidad, de extinción automática, es decir, que opera *ipso iure* por el transcurso del tiempo sin necesidad de asiento de extinción alguno, que puede realizarse, sin embargo, para mayor claridad. Y así, según el artículo 355 del Reglamento, no se comprenderán estas hipotecas en las certificaciones de cargas, entendiéndose solicitada la cancelación por el hecho de pedirse aquélla. Ha de estimarse también—y así, ROCA—que, en las sucesivas inscripciones de dominio de la finca, no deberán expresarse las hipotecas ya caducadas—, así creemos debe interpretarse el artículo 51 del Reglamento número 7, que impone la constancia de las cargas inscritas, pues, evidentemente, hay que pensar se refiere al caso de que la inscripción respectiva está vigente, lo cual, aun sin haber habido cancelación, no puede decirse que ocurra respecto de las inscripciones incursas en caducidad—. De todas formas, lo mejor es que, al amparo del mismo artículo 355, párrafo segundo, se practique la cancelación de las hipotecas caducadas mediante la correspondiente nota marginal.

Debe destacarse también que, según se ha dicho ya, el plazo de caducidad no se cuenta a partir de la fecha de la inscripción sino del vencimiento del crédito, que, normalmente, será posterior a la hipoteca, pues ésta se constituye para asegurar al acreedor ante el evento de que venza el crédito y no se pague.

Exige el precepto que la inscripción tenga treinta años a partir del vencimiento del crédito sin haber sufrido modificación, lo cual, en una interpretación literal, podía llevar a la conclusión de que, si han experimentado alteración, no cabe la caducidad. Se trata de un defecto o, mejor, insuficiencia de expresión, pues, como dice la doctrina (ROCA, LA

RICA), la modificación no ha de impedir la caducidad sino, simplemente, desplazar el *dies a quo* a partir del cual debe volver a computarse el plazo. Es decir, que el precepto, en este punto, ha de entenderse en el sentido de que, a partir del vencimiento del crédito, ha de haber estado la inscripción treinta años o, mejor, treinta y dos (31) sin haber sufrido modificación, ya que, en otro caso, ha de volver a contarse el tiempo.

En cuanto a lo de no haberse producido novación, interrupción de prescripción o ejercicio de la acción hipotecaria, parece ha de entenderse:

1.º Que ha de haber constancia registral de esos hechos para que se impida o interrumpa la caducidad, como, indirectamente, se desprende de la Resolución de 9 de mayo de 1959.

2.º Que, como dice ROCA SASTRE, hay que extender el requisito indicado a todo el tiempo, es decir, no sólo a los dos años, pasados los treinta, sino a los treinta y dos que, en realidad, son precisos y ello, no únicamente porque la constancia de cualquiera de estas circunstancias puede entenderse como una modificación de la inscripción, sino también porque termina con la paralización de la vida registral, base de esta caducidad.

Como hemos dicho antes, es ésta una norma muy importante porque afecta a un asiento de inscripción en sentido estricto. Además, como es constitutivo del derecho inscrito, su caducidad implica también la extinción del mismo derecho de hipoteca.

Por otra parte, no debe perderse de vista la peculiar naturaleza de la inscripción de hipoteca, en cuanto es éste un derecho, normalmente, de vida efímera, como accesorio de un crédito, por lo que basar, de una manera completa, en esa norma la solución general al problema de las inscripciones en letargo requiere pensárselo mucho, aunque puede proporcionar un buen punto de partida.

3.º Caducidad de las inscripciones de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

El artículo 79 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, dice: «Las inscripciones de hipoteca caducarán y se cancelarán de oficio o a instancia de parte, una vez transcurridos seis años, y las de prenda, una vez transcurridos tres años, contados, en ambos casos, a partir de la fecha del vencimiento de la obligación garantizada.»

No se comprende bien por qué esta diferencia entre uno y otro tipo

---

(31) Pues tras los treinta años hay dos más para interrumpir el plazo.

de inscripción, ya que el artículo 11 de aquella Ley señala el mismo término prescriptivo—tres años desde que puedan ser legalmente ejercitadas—para las acciones hipotecaria y pignoratícia.

Sorprende también el que, ni en este artículo ni en el 42 del Reglamento de 17 de junio de 1955, que desarrolla este punto de la caducidad, se diga nada respecto de la interrupción del plazo, por lo que parece podría llenarse este silencio acudiendo a la disposición transitoria tercera de la Ley Hipotecaria, antes estudiada, dada la norma de remisión que contiene la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley especial, teniendo en cuenta que, si bien no se habla de interrupción, tampoco se excluye.

Tiene interés esta normativa, aparte de ser un nuevo caso de caducidad de un asiento de inscripción, porque ya no tiene carácter transitorio, como la de la Ley Hipotecaria, lo que abunda más en la opinión favorable, antes expuesta, a aplicar a todas las hipotecas inmobiliarias la extinción por caducidad. Además, revela un criterio partidario de terminar con la vigencia indefinida de inscripciones en la mente de los legisladores de 1954, todavía, sin embargo, circunscrita al gravamen hipotecario.

#### 4.º Caducidad del artículo 4 de la Ley de 12 de mayo de 1960.

Se refiere a las adquisiciones por extranjeros de terrenos situados en partes estratégicas de nuestro país—Islas Baleares, Canarias, Zona del Estrecho, parte de Galicia, que comprende todo su litoral, Africa Occidental Española y la totalidad del Territorio comprendido en los límites de las Plazas de Soberanía del Norte de Africa, incluidas las Islas Chafarinas, Alhucemas y el Peñón de Vélez de la Gomera—que están sometidas a un régimen especial, en aras de la defensa nacional, consistente en la necesidad de autorización del Ministerio de la Guerra—actualmente, hay que suponer, será el del Ejército—o de los Comandantes Militares respectivos, en el caso de tratarse de propiedades sitas en islas fuera de los litorales costeros antes dichos, según resulta de la Ley de 23 de octubre de 1935, con su Reglamento de 28 de febrero de 1936, y del Decreto de 21 de marzo de 1958 que extendió el régimen a las Plazas de Soberanía del Norte de Africa. Además, es preciso, según el artículo 1 de la Ley que estudiamos, o sea la de 12 de mayo de 1960, la inscripción en el Registro de la Propiedad, que está sujeta a caducidad en los términos del artículo 4:

«Caducarán las inscripciones de los actos y contratos a que se refiere el artículo 1.º de esta Ley que cuenten con más de treinta años de antigüedad si, dentro del plazo de otros dos, no se hace constar en el



Registro, a petición del interesado, y mediante el documento pertinente, que el derecho inscrito subsiste a favor del titular. Transcurridos los dos años indicados, el Registrador cancelará, por nota marginal, la inscripción correspondiente.»

Esta norma, según la disposición transitoria 2.<sup>a</sup>, se aplica también a las inscripciones practicadas antes de entrar en vigor la Ley.

Es este precepto muy interesante, por ser el único que establece la caducidad de una inscripción de dominio. La redacción adoptada recuerda tanto la de la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> de la Ley Hipotecaria que no resulta aventurado pensar en una influencia directa. Otra vez se toma como plazo el de treinta años, siguiendo, parece, la línea marcada por nuestra legislación de que, pasado ese plazo, la inscripción ha de tener menos eficacia.

¿Cuál es el fundamento de esta norma? Nada dice la Exposición de Motivos de la Ley. A nosotros nos parece que se trata de una restricción más para los extranjeros que adquieren los terrenos dichos. No es su fundamento la presunción de que tales inscripciones, pasados treinta años de su fecha, no reflejan la realidad, pues, de haberse pensado así se habría acogido igual solución para las inscripciones a favor de extranjeros, reguladas en el Decreto-ley de 22 de marzo de 1962, relativas a las adquisiciones de inmuebles rústicos en general, en cuanto superen una determinada extensión. Se declara aquí constitutiva a la inscripción, pero no se somete a caducidad.

Se trata, pues, de una disposición rigurosamente excepcional en nuestro Derecho, incluso dentro del régimen de adquisiciones por extranjeros, establecida en interés de la defensa nacional, por lo que no puede tomarse como base para la solución del problema que estudiamos, si bien no cabe desconocerla por ser el único caso que conocemos de caducidad de una inscripción de dominio, en que se insiste en tomar como pauta de antigüedad los conocidos treinta años.

La exégesis de este precepto plantea interesantes problemas, como, por ejemplo, si la caducidad origina la pérdida del derecho adquirido, dado el artículo 1, párrafo segundo de la Ley, expresivo de que la falta de inscripción determina la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones, o, simplemente, como parece más lógico, la cesación de la protección del Registro, pero, a nuestro objeto, basta con señalar la existencia y el fundamento de la norma.

#### 4. JURISPRUDENCIA

Ante la falta de pauta legal, la jurisprudencia no ha podido aportar nada sobre este problema de la eficacia de las inscripciones antiguas,

único tipo de asiento en que falta una solución, pues, en cuanto a las anotaciones preventivas, la cuestión está, como hemos visto, afrontada y, en general, al menos, solucionada por la Ley. No conocemos ninguna resolución en que se aborde el problema. Tampoco ninguna sobre la aplicación de la disposición transitoria tercera a las inscripciones de hipoteca practicadas después del 1 de enero de 1945, a las que, según lo dicho, no se extiende la disposición, a pesar de haber el mismo fundamento que la hace aplicarse a las inscripciones anteriores. Claro es que no ha podido aún plantearse un caso sobre dichas inscripciones posteriores, pues sólo podrían caducar, por imperativo de esta norma, a partir del 1 de enero de 1977.

Nada hemos visto, pues, por la razón expuesta, en la jurisprudencia, sobre la caducidad o disminución de eficacia de las inscripciones antiguas.

Unicamente, existen algunas interesantes resoluciones sobre la cancelación de inscripciones con base en la caducidad del derecho publicado o en la prescripción de la acción correspondiente, causas de ineficacia de inscripciones sobrevenidas por el transcurso del tiempo, pero no en relación con el asiento en sí, sino respecto del derecho publicado, lo cual, según lo dicho antes (32), lo distingue del caso que estudiamos, pese al parentesco existente entre ambos.

A este respecto, diferencia la Dirección General, a propósito, por ejemplo, del retracto convencional, entre la caducidad de los derechos de plazo fijo, que se extinguen sin más, vencido su término, aunque no se haya hecho constar esto en el Registro, de aquellos otros de plazo indeterminado, en que, para la consolidación en los libros del dominio gravado, es indispensable escritura o fallo ejecutorio (33).

Por otra parte, respecto al mismo tipo de derechos, se manifiesta también, en la jurisprudencia, la opinión de que, pasado el plazo que, como duración del derecho, consta en el Registro, procede practicar el correspondiente asiento de extinción, aunque haya habido, en la realidad, una prórroga no reflejada registralmente. Así se aprecia en las resoluciones, referidas al arrendamiento inscrito, de 9 de diciembre de 1881, 30 de noviembre y 5 de diciembre de 1900, e incluso en la de 24 de marzo de 1919.

En general, se respira la idea—v. Res. de 13 de julio de 1933—de que pueden cancelar los Registradores las inscripciones de derechos cuan-

---

(32) IV, 3, A).

(33) Puede verse, a este respecto, la Resolución de 2 de junio de 1866 sobre un derecho de retracto de plazo fijo, y la de 27 de enero de 1868 sobre uno sin fijación de plazo.

do los requisitos de la cancelación—o sea, de extinción del derecho—resulten todos completamente de los libros hipotecarios, prescindiendo de las prórrogas no inscritas.

Todo esto se refiere a los supuestos de derechos nacidos o constituidos a plazo determinado que caducan, pasado éste, casos que la jurisprudencia distingue perfectamente—Resolución de 11 de diciembre de 1917 y 3 de septiembre de 1939 sobre la hipoteca—de aquellos otros de prescripción de las acciones para la efectividad del derecho, en que, al no bastar el solo transcurso del tiempo—pues puede, por ejemplo, haberse producido alguna interrupción en la vida jurídica extrarregistral—, preciso es, para la cancelación, si no consiente el titular registral, el acudir a la vía judicial en que debe acreditarse que se han dado todos los requisitos para la prescripción.

En fin, que la jurisprudencia nada aporta sobre el problema de las inscripciones viejas y solamente contiene doctrina acerca de la ineficacia de las mismas con base, no a su antigüedad, sino a haberse terminado el tiempo de vida del derecho publicado.

## 5. EL PROBLEMA EN LA DOCTRINA. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Si bien, como hemos visto, no hay, en nuestro Derecho, un enfrentamiento, en general, respecto del problema, éste no ha dejado de preocupar a los juristas desde la primera Ley Hipotecaria. Ya JOAQUÍN COSTA, en un interesante trabajo (34), denunciaba el bajo porcentaje de fincas inscritas veinticinco años después de planteado el Registro de la Propiedad y abordaba el tema de caducidad de inscripciones recogiendo la opinión, expresada por los Registradores de Puerto de Santa María y Grazalema, en el sentido de que debería fijarse un plazo improrrogable para que los que tengan inscritos inmuebles o derechos reales en los antiguos Registros soliciten la traslación al moderno en la forma que preceptúa la legislación vigente y que, pasado dicho plazo, quedasen sin valor legal los asientos no trasladados y que hubieran cumplido treinta años, así como ir cancelando los restantes a medida que pase ese tiempo a contar desde que el asiento se hiciera. La primera parte de esta propuesta fue acogida, en líneas generales, en la reforma de 1909, según se ha visto; la segunda, en cambio, no ha tenido traducción legislativa, salvo los casos excepcionales antes vistos en el Derecho vigente, aunque haya que señalar, por otra parte, que era algo imprecisa.

---

(34) Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia, Madrid, 1917.

En la actualidad, ROCA (35) se hace eco de esta preocupación diciendo que: «El legislador debe evitar, por interés público, que los libros hipotecarios se transformen en un panteón de derechos fenecidos.» Y se muestra partidario de la cesación de efectos o caducidad de las inscripciones viejas haciendo, incluso, indicaciones muy concretas, pues, manifiesta, a continuación, que «la caducidad que se estableciera debería, entre otras cosas, fijar un plazo amplio (treinta o más años), excluir de ella los asientos practicados a favor de personas jurídicas y permitir que los titulares amenazados de caducidad hicieran constar en el Registro, antes de transcurrir los plazos determinados, su voluntad de permanecer bajo el amparo registral».

LA RICA (36) parece también mostrarse partidario de que las leyes establezcan la caducidad de las inscripciones por transcurso de cierto período de tiempo después de acreditado el fallecimiento del titular.

En general, se puede hablar de una preocupación entre los juristas por el problema que, sin embargo, está falto del trato debido en los trabajos de la doctrina. Así, no he podido encontrar referencia sobre la publicación de monografía alguna en torno al tema, aunque tuve la ocasión de asistir a la interesantísima Conferencia-Coloquio «Caducidad de Inscripciones» que, organizada por el Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca, pronunció el 29 de enero de 1971 GABRIEL HORTAL en esta última ciudad, lamentablemente no publicada y de la que fue imposible tomar notas adecuadas por la densidad de conceptos y problemas expuestos, que requerían una labor de taquígrafo.

El Colegio, por su parte, se ha enfrentado ya con el problema y, a este efecto, su Junta de Gobierno nombró, tiempo ha, una Comisión (37) para el estudio de la reforma de nuestra Ley Hipotecaria, la cual, en 26 de mayo de 1969, elevó a la Junta el Anteproyecto de LEY MODIFICANDO DETERMINADOS ARTICULOS DE LA LEY HIPOTECARIA, en el que se propone, en punto a nuestro tema, la adición al artículo 199 de la Ley de dos nuevos párrafos, en los cuales se recoge la posibilidad—por cualquiera de los tres procedimientos del precepto—de efectuar nueva inmatriculación de fincas inscritas, cuando concurren las circunstancias de:

---

(35) Tomo III, pág. 353.

(36) Número extraordinario de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, conmemorativo del centenario de la Ley Hipotecaria, pág. 136, trabajo "Pervivencia del sistema registral".

(37) Integrada, bajo la presidencia de PEDRO CABELLO DE LA SOTA, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA, TIRSO CARRETERO GARCÍA, JOSÉ SERRANO TERRADES y FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.

«a) que los asientos vigentes de dominio cuenten con más de treinta años de antigüedad;

b) que hayan transcurrido también más de treinta años desde el fallecimiento o extinción de los titulares, y

c) que no existan cargas vigentes.

Cuando se practique la nueva inmatriculación, se cancelarán los asientos contradictorios, por caducidad, y se cerrará la hoja registral.»

En la Conferencia citada de GABRIEL HORTA se dio noticia de este anteproyecto, con cuya idea se solidarizaron plenamente los asistentes a aquella reunión del Seminario de Valladolid-Salamanca, reconociéndose la urgente necesidad de dar acogida en nuestro Derecho a la caducidad como medio de eliminación de inscripciones antiguas, a la vez que, con el mejor espíritu de colaboración, se hicieron, en la Conferencia y en el coloquio que la siguió, diferentes observaciones en el sentido, básicamente, de una regulación más precisa y detallada que recogiera, con mayor firmeza y generosidad, el principio de caducidad, a la par que un sistema moderador o de contrapeso en favor del respeto de los legítimos intereses de los titulares registrales afectos a la caducidad, para que puedan instar la subsistencia de los asientos presuntamente caducos. La propia Conferencia-Ponencia terminaba con un nuevo proyecto de articulado más preciso y detallado que, precedido de sólidas consideraciones, ha sido enviado a la Junta del Colegio por el citado Seminario, de todo lo cual, por amabilidad del ponente, he obtenido una copia.

En esta propuesta se estima, dada la urgencia del problema, que sea abordado en una Ley separada e independiente que empezase a regir rápidamente, sin quedar supeditada a la promulgación de las otras reformas que también se proyectan en materias distintas, en cuyo momento, con los retoques aconsejados por la experiencia, tal normativa se insertaría en nuestro ordenamiento hipotecario, desglosando los preceptos básicos de aquellos otros que, por su índole aclaratoria, complementaria o adjetiva, hayan de tener un carácter meramente reglamentario.

En el proyecto del Seminario se regulan dos especies distintas de caducidad: a) la de oficio, para las inscripciones de más de cien años de antigüedad, practicadas a favor de personas físicas individualmente determinadas, y b) la que requiere instancia de parte determinada—se da: 1, respecto de las inscripciones que tengan más de treinta años de antigüedad, siempre que la edad de sus titulares en la fecha en que se practicaron, sumada al número de años del asiento, dé un total de más de cien años, y 2, respecto de las que cuenten con más de diez años, cuando hayan también transcurrido más de treinta desde las fechas de fallecimiento o extinción de sus titulares respectivos—, a la cual debe

acompañarse la documentación que hubiera sido bastante para inmatricular a su nombre el inmueble o participación indivisa de él, en el supuesto de no figurar inscritos a favor de nadie. De la nueva inmatriculación pretendida se toma anotación preventiva, que se notifica por edictos, y, mientras esté vigente, tienen los titulares de las inscripciones incursas en caducidad la posibilidad de pedir su subsistencia. No constituyen obstáculo para esta caducidad instada las inscripciones de cargas sobre el inmueble, las cuales se distinguen en aquéllas a favor de personas individualmente determinadas, que deberán reunir los requisitos que se señalan para la caducidad de las inscripciones de dominio, y las de naturaleza subjetivamente real, respecto de las que se señalan los requisitos para su caducidad con posibilidad, asimismo, de pedir la subsistencia, o para su traslado al nuevo folio que se abre a la finca. Otro resorte compensador, en este tipo de caducidad, es la suspensión, por dos años, de los efectos frente a tercero de la nueva inmatriculación.

Se establece, finalmente, una *vacatio legis* de seis meses con la finalidad de que «todos conozcan los perjuicios que, por su pasividad en actualizar las inscripciones, puedan irrogárseles».

Como se ve, este proyecto representa una regulación más completa, amplia y precisa. La admisión de la caducidad de oficio, la única auténtica caducidad, supone una gran aportación, que se justifica plenamente, como se dice en la observación 3.<sup>a</sup> que precede al texto del proyecto, en cuanto «el fundamento de la caducidad radica, no ya sólo en un interés privado, sino también en un más trascendente interés público, que afecta el propio funcionamiento de los Registros, abrumados por el enorme farrago de asientos muertos y que atañe a toda la colectividad, interesada en que no sigan publicándose ficticias situaciones jurídicas, ya decaídas».

## 6. VISIÓN PERSONAL DEL PROBLEMA

Hemos visto cómo, en general, en nuestro Derecho, es irrelevante la antigüedad de la inscripción en cuanto a los efectos que a ésta se le señalan, salvo en el aspecto relativo a la reanudación del tracto.

Tampoco puede encontrarse en los casos de cesación de eficacia o caducidad que se regulan base para partir en busca de una solución general, pues, como se ha visto, o se trata de una normativa totalmente excepcional por razón de la situación de los bienes y cualidad del adquirente—artículo 4 de la Ley de 12 de mayo de 1960—, o se contemplan particulares clases de derechos—caducidad de hipotecas y «menciones» de los derechos de los legitimarios—, sin posibilidad, por tanto,

de establecer análogo tratamiento para los otros derechos, de naturaleza esencialmente distinta.

Y, con ello, pasamos a exponer nuestra muy modesta opinión sobre el problema, distinguiendo entre las inscripciones de hipoteca y derechos análogos y las de los restantes derechos reales inmobiliarios.

A) *Inscripciones de hipoteca y derechos análogos. La prescripción extintiva registral*

De todos los preceptos que recogen casos de caducidad, antes examinados, debe destacarse la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> de la Ley, pues en ella se podría fundamentar la idea o categoría jurídica de la *prescripción extintiva registral*, aplicable a aquellos derechos en que, como la hipoteca y análogos en garantía de un crédito, consta en el Registro el momento de inicio—vencimiento de la obligación—del período prescriptivo, y que significaría la caducidad de los asientos respectivos, cuando, según los datos del Registro, hubiese transcurrido dicho período, sin constancia en los libros de causa interruptiva alguna.

Ello representaría una sana medida en orden a la eliminación de asientos antiguos y, por otra parte, se engarza plenamente con el principio de presunción de exactitud, uno de cuyos corolarios ha de ser el suponer extinguidos los derechos que, según el Registro, han prescrito.

No hemos dejado de considerar cómo la jurisprudencia hipotecaria—Resolución de 11 de diciembre de 1917 y 3 de agosto de 1939—ha estimado que la prescripción no es una causa de caducidad, con el automatismo propio de ella, por lo que, cualquiera que sea el lapso transcurrido, el Registrador no puede cancelar una inscripción de hipoteca, dado que, en la prescripción, entran en juego elementos extrarregistrales cuya apreciación corresponde a los Tribunales. Sin embargo, la existencia de la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> nos lleva a una conclusión contraria, más acorde con los principios hipotecarios.

No vemos inconveniente, pues, en que se acoja, en nuestro Derecho, la categoría jurídica de la prescripción extintiva registral en cuanto a aquellos derechos—hipoteca, anticresis—en que figura en los libros hipotecarios el momento inicial del término. El haberse fijado el plazo de treinta años puede ser debido a la novedad de la medida, que aconsejase cierta prudencia, y no puede impedirnos el considerar que representa un caso de caducidad de un asiento por prescripción del derecho, apreciada exclusivamente por datos registrales.

En una reforma de la Ley Hipotecaria habría de aplicarse con rigor la idea expuesta y señalarse, como ya insinúa LA RICA, un plazo de veinte años, en armonía con el artículo 128 de la Ley y con el 1964 del Código Civil.

Nos parece, pues, que debe admitirse, en cuanto a la hipoteca y derechos análogos, este tipo de caducidad con carácter, no de Derecho transitorio, como ahora, sino, por así decirlo, de Derecho normal, ya que existe el mismo fundamento para aplicar la idea de prescripción registral a las inscripciones que se practicaron a partir del año 1945.

Así que, pasados veinte años desde el vencimiento del crédito sin que en el Registro conste novación, ejercicio o interrupción, deberían caducar las inscripciones de hipoteca y, *mutatis mutandis*, habría de ocurrir lo mismo para los derechos análogos a éste, como la anticresis. Esto en cuanto a las inscripciones practicadas entrada en vigor la reforma, pudiendo mantenerse el sistema actual de la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> para las demás.

B) *Inscripciones de los restantes derechos reales inmobiliarios. Incripciones existentes e inscripciones futuras*

El problema tiene más difícil solución respecto de las inscripciones de los demás derechos—la mayoría—no asimilables a la hipoteca, en que no se refleja en el Registro el momento inicial de la prescripción extintiva, por lo que, en nuestro Derecho, como hemos visto, se mantiene su vigencia por tiempo indefinido, atribuyéndose los mismos efectos presuntivos a una inscripción reciente que a una antigua que, lo más probable, no refleja la realidad jurídica.

Empero, hay que retener la idea de que las inscripciones antiguas es muy probable que estén desfasadas y examinar la cuestión de los efectos que deben producir. No basta con regular el aspecto de su actualización, pues publicar como vigente lo que no lo es representa un perjuicio considerable para la institución registral.

En el proyecto del Colegio de adición de nuevos párrafos al artículo 199 no hay un enfrentamiento pleno y decidido al problema, si bien representa una aportación y una mejora considerable. Se trata, en realidad, de un nuevo supuesto de actualización del Registro, ya que, en tanto no se solicite por el interesado nueva inmatriculación, las inscripciones, cualquiera que sea su antigüedad, siguen produciendo, legalmente, todos sus efectos.

La propuesta del Seminario de Valladolid—Salamanca únicamente contempla un caso de caducidad, en sí, de la inscripción antigua—, es



decir, el de aquellas que tengan más de cien años—; los otros dos casos son de actualización con la única particularidad de que, en vez de hacerse la inscripción actualizada en el folio abierto a la finca, se practica en uno nuevo con cierre de aquél, pues, por lo demás, es lo mismo que los casos de reanudación del tracto ya conocidos en nuestra legislación, en los que la inscripción actualizada, que se extiende al término del expediente respectivo, no se apoya en el contenido registral existente, sino en el resultado del procedimiento incoado al efecto.

Hay, pues, que separar plenamente los dos aspectos que el problema de las inscripciones antiguas presenta: el de la actualización, con o sin cierre del folio, en el que gobierna la iniciativa del interesado y el de la cesación o disminución de efectos que debe acompañar al contenido registral envejecido, aspecto éste de interés general y, por ello, no susceptible de ser dejado a la instancia de parte.

Del primer aspecto ya nos hemos ocupado; nos toca ahora ver el segundo.

Lo primero que observamos es que la solución es el montar un sistema de caducidad, o sea, de cesación de eficacia de las inscripciones en que se den ciertas condiciones de antigüedad. Queremos con ello decir que no resulta lógica la idea de una eficacia disminuida o condicionada, pues, si se estima que una inscripción no refleja, con toda probabilidad, la realidad jurídica, la consecuencia ha de ser la eliminación, respecto de ella de la presunción de exactitud, en que se condensa la eficacia del Registro.

Creemos procedente, por tanto, establecer la caducidad como una nueva causa de extinción de las inscripciones, con base, pura y simplemente, en su antigüedad, incluyéndola en el artículo 76 de la Ley, idea ésta ya recogida en la exposición que precede a la propuesta citada del Seminario de Valladolid-Salamanca.

\* \* \*

Habría de tenerse en cuenta, por otra parte, que el problema de las inscripciones antiguas es, actualmente, un problema del pasado, en cuanto se da respecto de asientos ya verificados. Por ello, una reforma que introdujese la caducidad de inscripciones debería tener *dos vertientes*: una de Derecho transitorio, en cuanto referida a las registraciones existentes en el momento de su entrada en vigor, y otra, por así decirlo, de Derecho normal, aplicable a las inscripciones que se verificaran en el futuro. Y es claro que no habría de ser la regulación igual para unas y otras inscripciones, pues la caducidad, en cuanto a las primeras, tiene un

cariz de retroactividad indudable y de posible perjuicio a derechos adquiridos.

Habría, pues, que mostrarse respetuoso con los titulares registrales existentes, a fin de que la nueva norma no implicase una desaparición, sin más, de su cobertura registral, lo que podría fácilmente llevar consigo una privación del derecho al efectuarse nueva inmatriculación por quienes no trajesen causa de los titulares incursos en caducidad. Ello se evitaría dando un plazo para que las inscripciones que superasen el de caducidad que se fijare pudiesen ser actualizadas o rehabilitadas. La disposición transitoria 3.<sup>a</sup> señala una pauta muy estimable.

La cuestión que surge en seguida es la de qué plazo de caducidad ha de fijarse y, a este respecto, parece excesivo el de cien años de la propuesta del Seminario de Valladolid-Salamanca, ya que, antes de esa fecha, con toda probabilidad por no decir seguridad, las inscripciones han perdido su actualidad y ha desaparecido la base para seguir manteniendo la presunción de exactitud. Ya se estimó así por algunos compañeros en el coloquio que siguió a la exposición del ponente en la reunión citada de aquel Seminario. Y es que mantener hasta cien años los efectos de las inscripciones existentes aparécese como algo excesivo.

La fijación de un plazo es siempre algo delicado y un tanto arbitrario, pero no se puede eludir. Y puestos a pronunciarnos por uno, nos inclinamos por el de cincuenta años para las inscripciones existentes de dominio y demás derechos reales inmobiliarios en que no sea dable aplicar la prescripción extintiva registral.

Por otra parte, para evitar la súbita privación de la cobertura registral, a que antes nos hemos referido, habría de concederse un plazo, pasados los cincuenta años, en armonía con lo que ya dispone la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> para las inscripciones de hipoteca, para que pudiesen los interesados pedir la subsistencia del asiento o efectuar la actualización por cualquiera de los procedimientos admitidos. Este plazo, creemos, que habría de ser superior a los dos años de la citada disposición, a fin de dar tiempo suficiente a todos los titulares registrales o causahabientes para impedir la caducidad. Tres años podía ser un término conveniente.

Esta posibilidad de pedir la subsistencia del asiento debe ser considerada con el mayor interés, en cuanto resorte dulcificador del automatismo de la caducidad, y podría instrumentarse a base de comparecencia del titular registral manifestando ser siguiendo titular en la realidad jurídica y su voluntad de continuar gozando de la protección registral. En el caso de tratarse de un causahabiente por cualquier título, habría de acompañarse éste y actualizar el Registro a base del mismo. En ambos

supuestos, el asiento reviviría y empezaría a contarse el plazo de caducidad otra vez, a partir de esta rehabilitación, con arreglo, no a esos cincuenta años, sino al plazo de vigencia que se fijara para las inscripciones posteriores a la entrada en vigor de la reforma, de lo que más adelante nos ocupamos.

El plazo de cincuenta años habría de empezar a contarse desde la fecha del último asiento, de cualquier clase, afectante al derecho real cuya inscripción ha de caducar. Es decir, que habría de darse una letargia registral por todo ese tiempo, pues la constancia de cualquier modificación del derecho inscrito, en cuanto hay que contar, según el principio de tracto sucesivo, con el titular de la inscripción, implica una manifestación de vida, opuesta, por tanto, a toda idea de periclitamiento o caducidad. Con ello, se solucionaría además el problema especial que presentan las inscripciones de dominio u otros derechos reales que aparezcan gravadas por asientos posteriores, que incurrirían también en caducidad y así la cesación de la cobertura registral respecto de un derecho sería plena y absoluta.

De esto resulta que la caducidad de una inscripción produciría el cierre del folio de la finca respectiva sólo en el caso de tratarse del derecho de dominio, pues, en los otros casos—cuotas indivisas de éste o derechos de menor contenido—subsistirían las inscripciones de los demás copropietarios o la del dominio o derecho gravado, según el caso, respecto de las que no se dieran las condiciones de la caducidad. En el supuesto segundo, o sea, el de tratarse de un gravamen, quedaría, registralmente, el dominio o el derecho afectado por el mismo libre de él.

Por otra parte, análogamente a lo que hemos dicho antes a propósito de la rehabilitación de los asientos incursos en caducidad, entrada en vigor la reforma, al interrumpirse la caducidad, se contaría como tiempo de vigencia, desde la interrupción, el correspondiente a las inscripciones posteriores a esa entrada en vigor.

Todo esto en cuanto al aspecto o vertiente de Derecho transitorio, afectante a las inscripciones existentes. Respecto de las que, en el futuro, se produjeran, habría también que regularse su caducidad, aunque de forma algo distinta, al no haber, en este caso, retroactividad ni posibilidad de lesión a derechos adquiridos.

Por ello, para la caducidad de las inscripciones que se practicasen en el futuro, habría de señalarse un plazo más corto, habida consideración, también, de las circunstancias de la vida moderna, en que las mutaciones en general y, en especial, por lo tocante a nuestra esfera, se producen cada vez más rápidamente. Así, pues, señalar a las inscripciones un plazo de vigencia de treinta años no se nos antoja ninguna exageración,

siempre que se establezca la posibilidad de evitar la caducidad por los interesados actualizando o rehabilitando el asiento, antes de expirar aquel plazo, de la misma forma que ya se ha indicado en relación con las inscripciones que se hubieran ya efectuado al entrar en vigor la reforma. Este plazo habría de empezar a contarse, como con las otras inscripciones, a partir del último asiento relativo al dominio o derecho real de que se trate.

Como toda caducidad, produciría, automáticamente, la cesación de la eficacia del asiento por el simple transcurso del plazo respectivo, en las condiciones dichas, sin perjuicio de que se hiciese constar por el Registrador, a tenor del artículo 355 del Reglamento, al expedirse una certificación o extenderse un asiento en el folio de la finca en cuestión, por nota marginal cancelatoria y, en el caso de caducidad de una inscripción de dominio en su totalidad, que se extendiese el correspondiente asiento de cierre de la hoja registral.

ANGEL BADÍA SALILLAS

Registrador de la Propiedad

# VIDA JURIDICA



## II Congreso sobre la Reforma del Derecho de Familia

(Venecia, 11 y 12 de marzo de 1972)

El Proyecto de Ley número 2.047, sobre reforma del Derecho de familia, aprobado por la 4.<sup>a</sup> Comisión permanente (Justicia) de la Cámara de diputados de la República italiana en la sesión del 1.º de diciembre de 1971, consta de 206 artículos, que modifican o derogan numerosos artículos del Código Civil italiano, añadiendo, además, otros a dicho cuerpo legal (1), en materia, fundamentalmente, de matrimonio, régimen económico de la familia, filiación, adopción, patria potestad, emancipación, alimentos y sucesiones.

Para considerar este Proyecto se han reunido en Venecia, los días 11 y 12 de marzo, numerosos profesores, bajo el patrocinio de la *Rivista di Diritto Civile* y la *Fondazione Cini*, en cuya sede de la isla de San Jorge tuvo lugar ya, en 1967, el primer Congreso sobre este mismo tema, con el fin de discutir el Proyecto Reale, no plasmado luego en ley.

Los objetivos de este II Congreso, según manifestó el profesor Tra-

---

(1) Artículos del Código Civil modificados: 45, 84, 87, 89, 90, 100, 107, 111, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 128, 129, 139, 140, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 164, 165, 167, 168, 169, 170, 171, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 210, 211, 215, 216, 217, 218, 219, 232, 233, 234, 235, 238, 244, 245, 246, 247, 248, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 261, 262, 263, 264, 269, 270, 273, 278, 279, 280, 281, 283, 284, 285, 287, 288, 289, 290, 296, 297, 301, 303, 310, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 326, 327, 330, 332, 333, 334, 336, 359, 391, 392, 394, 398, 405, 406, 411, 433, 436, 467, 485, 536, 538, 540, 542, 544, 548, 565, 566, 571, 580, 581, 582, 583, 585, 594, 692, 716, 737, 740, 741, 2.647, 2.660, 2.685, 2.817.

Artículos del Código Civil derogados: 118, 152, 173, 174, 175, 176, 198, 99, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 212, 214, 220, 221, 222, 23, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 259, 260, 271, 272, 275, 328, 331, 338, 39, 340, 341, 435, 539, 541, 543, 545, 546, 547, 574, 575, 576, 593, 693, 694, 95, 696, 697, 738, 780, 781, 2.832, 2.833, 2.849.

Artículos añadidos al Código Civil: 83 bis, 97 bis, 129 bis, 143 bis, 156 bis, 66 bis, 317 bis, 317 ter.

bucchi en el saludo dirigido a los participantes, habrían de ser el de lograr una visión clara de la materia y aportar, en consecuencia, una contribución positiva a la reforma proyectada, en modo de hacerla completa, coherente y homogénea.

Después de unas palabras introductorias acerca del significado actual del Derecho en la organización y la vida de la familia, a cargo del profesor Santoro-Passarelli—que presidía, por ausencia de Scaduto—, se dio comienzo a la exposición de las comunicaciones, centradas en el estudio de los aspectos fundamentales de la reforma proyectada.

*Matrimonio en general y problemas de validez.*—Sobre este tema versan las dos primeras comunicaciones, presentadas por los profesores Rescigno y Pietrobon.

El primero, partiendo de una valoración de conjunto favorable al Proyecto, formula, sobre el mismo, objeciones y reservas referidas a la disciplina del matrimonio, respecto al cual el legislador de la reforma aparecería dominado por la preocupación de atenuar la diversidad de régimen, que provoca la disparidad de situación, entre el matrimonio civil y el matrimonio canónico. Para lograr este objeto, intenta adecuar el matrimonio civil, en su normativa, a la disciplina del matrimonio canónico; ahora bien, lo que hace en realidad es transferir de una a otra experiencia, entre sí incompatibles, instituciones y remedios que pierden significado cuando se desarraigan de su contexto originario. La confusión y la tensión aumentan si se reflexiona sobre el hecho de que, afrontando cuestiones que tienen un tratamiento similar en ambos ordenamientos: violencia, temor reverencial, error o simulación, el legislador civil, sin embargo, no pretende y no puede pretender el abandonar una idea propia, suya, del matrimonio, que permanece distante de la concepción canónica. Estas consideraciones hacen que Rescigno proponga como solución la única, a su entender, verdaderamente respetuosa de la igualdad de los ciudadanos: el regreso a la forma única del matrimonio civil.

Para Pietrobon, las normas introducidas por el Proyecto, en tema de formación de matrimonio y de invalidez, han sido dictadas teniendo en consideración, prevalentemente, la tutela de la libertad de los individuos y de la igualdad de la mujer, disminuyendo, como contrapartida, el interés por la cohesión familiar y la referencia a la responsabilidad. Las concretas disposiciones, recogidas en el Proyecto, acerca del restablecimiento de la edad de dieciocho años para contraer matrimonio, la suspensión del impedimento de impotencia, la necesidad del consentimiento paterno al menor que ha cumplido dieciocho años para contraer



matrimonio, la asignación al tribunal de la competencia para dispensar de los impedimentos, señalan una tendencia a la privatización del matrimonio. Los nuevos artículos del Código Civil, recogidos en el Proyecto, 122—que asigna relevancia a la simulación—y 123—que modifica la regulación de la violencia y del error, asignando, además, relevancia, al temor reverencial—, son dos disposiciones en las cuales resulta evidente la acentuación del aspecto subjetivo, individual, del matrimonio, en detrimento de la celebración, esto es, del aspecto objetivo y social.

En definitiva—concluye diciendo Pietrobon—, de los dos principios consistentes uno de ellos en la tutela de los individuos y el otro en la tutela del instituto familiar, en armonizar los cuales se muestra la sabiduría del legislador, el Proyecto considera sólo el primero, con el sacrificio de la unidad y estabilidad del vínculo.

*El gobierno de la familia.*—Han hablado sobre este tema los profesores Trabucchi y Schlesinger.

En contra de la tradicional autonomía del grupo familiar, dice Trabucchi, el Proyecto tiende a una intervención en la vida doméstica, con prohibiciones e injerencias que, limitando la libertad de los cónyuges, parece atender a la tutela de los individuos concretos, más que al bien común de la entidad familiar. Esta acentuación de criterios individualistas, unida al temor del legislador por parecer antiliberal, determina que el Proyecto niegue un reconocimiento de las obligaciones fundamentales del grupo familiar, como la de la fidelidad (nuevo art. 143) o que establezca la comunidad de bienes como régimen legal (art. 159 modificado), comunidad de bienes que, según Trabucchi, es, a pesar de las apariencias, reflejo de una concepción individualista.

La paridad entre los cónyuges, añade el profesor de Padua, es afirmada en la Constitución italiana con referencia al esencial bien de la unidad familiar (art. 29 de la Constitución). El entendimiento entre éstos, partiendo del respeto al principio de paridad y la observación de las obligaciones fundamentales del matrimonio, debe asegurar la vida en común, en una orientación unitaria. Cuando falte este acuerdo, la intervención judicial, solución anormal, ha de ser no un modo de resolver conflictos de derecho o de aplicar sanciones, sino un medio para indicar nuevas posibilidades de entendimiento.

Para Schlesinger, la intervención judicial es un instrumento complicado, peligroso, probablemente ineficaz y constitucionalmente ilegítimo, que posibilita solamente una aparente paridad formal. Según este conferenciante, la igualdad entre los cónyuges ha de lograrse con la afirmación valiente de una integral comunidad de bienes entre los cónyuges.

*Régimen patrimonial de la familia.*—Materia asignada a los profesores Falzea y Oppo.

Falzea se ocupó de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, partiendo de la necesidad de la reforma. Opina que las directrices de dicha reforma se reconducen a dos finalidades: elevar la posición moral y jurídica de la mujer al mismo nivel de la que el hombre disfruta en el ámbito de la familia; otorgar el adecuado valor, en el plano moral y patrimonial, al trabajo doméstico de la mujer. Se comprenden coherentemente, en el marco de estas directrices, las siguientes innovaciones del Proyecto: prohibición de constitución de dote; promoción de la comunidad de bienes a régimen legal, pasando la separación de bienes a régimen convencional o judicial; posibilidad de donaciones entre los cónyuges. Habría sido, además, deseable que el principio de la valoración moral y patrimonial de la mujer en la familia encontrase un autónomo y solemne reconocimiento, extendido a la entera actividad doméstica, al que correspondiese una adecuada garantía jurídica en todos los posibles regímenes patrimoniales. Oppo trata específicamente de la comunidad de bienes como régimen patrimonial legal. En su opinión, este régimen, no impuesto con carácter necesario e irreversible, contenido en límites precisos, es una solución «típica», moderada y prudente, digna de aplauso.

*Separación personal.*—Tema a cargo de los profesores Grassetti y Carresi. Ambos coinciden en señalar la incorrección en la cual incurre el Proyecto al hacer desaparecer absolutamente la institución de la «separación por culpa», derogando los artículos 152 y 153 C. C., y modificando los artículos 151 y 155, lo cual, según Carresi, significa un duro golpe a la concepción ética del matrimonio. Estando al artículo 151 reformado, el propio cónyuge responsable de la imposibilidad de la convivencia podría solicitar la separación. Tal modificación del Derecho actual, que implica una extensión del ámbito del divorcio, sólo se podría explicar, según Grassetti, y no es posible, si fuese impuesta por la costumbre.

*Filiación en general.*—Comunicaciones presentadas por los profesores Carraro y Bianca.

Carraro señala como genérico objetivo del Proyecto, logrado sólo en modo fragmentario, el mejorar la posición de los hijos nacidos fuera del matrimonio y el realizar la plena paridad de poderes de los padres respecto a los hijos. No aparece claro, añade, en tema de filiación legítima y sobre la base del Proyecto en examen, si se ha querido dar un valor prevalente al vínculo de sangre o a la legitimidad del hijo—lo cual fa-

cilitaría la misión del intérprete—. En segundo lugar, y como consecuencia de una serie de normas contradictorias, es difícil establecer si se puede afirmar o no la existencia de un parentesco natural, extendido incluso más allá de la relación entre padre e hijo. Carraro concluye afirmando que el Proyecto no ha logrado, en contra de lo que pretendía, adaptarse a las disposiciones de la Constitución; en su opinión, la «unidad» de que habla el artículo 29 ha de lograrse en el seno de la familia, y la «incompatibilidad» deducida *contrario a sensu* del artículo 30-3.º, hace excesivas la posibilidad de una tutela jurídica del hijo adulterino, y la absoluta equiparación de hijos legítimos y naturales, a efectos sucesorios.

Según Bianca, el Proyecto, encaminado hacia una sustancial mejora de los hijos nacidos fuera del matrimonio, merece un juicio de conjunto favorable. Afirma, seguidamente, que el ámbito de la familia, hoy, se ha restringido al grupo de los cónyuges y los hijos. La condición de igualdad asignada al hijo nacido fuera del matrimonio no representa un atentado contra dicha familia, que Bianca denomina «conyugal»; para lograr este propósito, es necesario, dice, que teniendo presente el principio de igualdad recogido en el artículo 3 de la Constitución, sea abolida la distinción, no sólo sustancial, sino también formal, entre el estado de quien nace dentro y quien nace fuera del matrimonio; opinión negativa, en cuanto supone una discriminación, merece la desigualdad en el tratamiento otorgado a los hijos incestuosos, y el haber mantenido la institución de la legitimación.

*Filiación extramatrimonial.*—Han afrontado el tema los profesores Giorgianni y Mengoni.

Según Giorgianni, las grandes líneas en que se mueve el Proyecto son: 1) relevancia de la familia natural, limitada al vínculo que nace entre el padre y el hijo natural; 2) abolición de toda limitación a la investigación de la paternidad; 3) total parificación de los hijos naturales a los legítimos, a efectos patrimoniales; 4) posibilidad de reconocimiento de los hijos adulterinos y mejoramiento de su posición personal y patrimonial. La reforma proyectada, añade Giorgianni, correcta en línea de máxima bajo el perfil jurídico-constitucional, actuando las disposiciones que, sobre filiación extramatrimonial contiene la Constitución italiana—arts. 29-1.º y 30—, no supone ningún atentado contra la familia legítima.

Mengoni comparte el juicio general positivo acerca de las normas del Proyecto sobre la filiación natural. No está de acuerdo, sin embargo, con la disposición que posibilita la legitimación por sentencia de los hijos adulterinos durante el matrimonio—artículo 284 modificado—y aque-

lla otra que otorga potestad sobre los hijos naturales a ambos cónyuges —artículo 317 bis añadido por el Proyecto—. Considera, asimismo, necesario el llenar ciertas lagunas, tales como la desigualdad en el tratamiento otorgado a los hijos incestuosos, o la ausencia de responsabilidad del padre hacia la madre por el reembolso de los gastos y la indemnización del daño causado por el embarazo y el parto.

*Aspectos sucesorios de la reforma.*—Estudiados por Scognamiglio. A juicio de éste, en el aspecto sucesorio, cuya inclusión es acertada por la conexión del mismo con el Derecho de familia, el Proyecto, siguiendo la pauta de los artículos 29 y 30-3.º de la Constitución italiana, intenta superar la discriminación que el Código civil mantiene, sea respecto a los hijos naturales, sea respecto al cónyuge. En sus numerosas disposiciones en materia de sucesiones y donaciones, además de abolir la sustitución fideicomisaria y la prohibición de donación al hijo natural no reconocible, introduce las siguientes innovaciones, fundamentalmente: tratamiento de paridad de los hijos naturales respecto a los hijos legítimos, en materia sucesoria y eliminación de la figura del cónyuge usufructuario. La opinión final de Scognamiglio es favorable al Proyecto, apuntando la coherencia de las disposiciones en materia de sucesiones con el régimen de la familia propuesto en el mismo.

A la vista de estas comunicaciones, el profesor Rosario Nicolo ha expuesto una serie de *consideraciones finales*, señalando cómo, en las comunicaciones presentadas, se han hecho dos órdenes de reflexiones: de orden técnico (justificadas por los defectos del Proyecto, mal escrito, falta de coordinación, con defectuosa formulación técnica e incorrecta reconstrucción del sistema en el cuadro general de la legislación italiana); reflexiones sobre la toma de posición, la *scelta*, política que condiciona el Proyecto (hacia la cual se aprecia una general simpatía) en relación con tres fundamentales problemas: matrimonio, relaciones entre los cónyuges y filiación extramatrimonial.

En vía preliminar, Nicolo señala, como defecto fundamental del Proyecto, la no inclusión de la disciplina del divorcio en lo que pretende ser una reforma integral del Derecho de familia.

Por lo que se refiere a la disciplina del matrimonio, opina que hay una tendencia a ridimensionar, degradándolas, las instituciones del matrimonio y la familia legítima, que es dudoso corresponda a una interpretación correcta de la conciencia social italiana.

Respecto a las relaciones entre los cónyuges, y presupuesto el principio constitucional de paridad, se muestra contrario a la intervención del juez en las relaciones personales entre los cónyuges, admitiéndola, en cambio, en las relaciones con los hijos.

Por último, en cuanto respecta a la filiación, subraya la tendencia del Proyecto a equiparar en el tratamiento la filiación natural con la legítima, como consecuencia de la afirmada pérdida de importancia de la familia legítima. Critica, como excesivas, la libre investigación de la paternidad y la concesión, a la madre, de la acción de desconocimiento de la paternidad, para privar del *status* de hijo legítimo al hijo concebido durante el matrimonio. Concluye señalando una falta de coherencia lógica del Proyecto, que oscila entre el reconocimiento del vínculo de sangre y el de la situación formal que deriva del matrimonio.

Finalizó el Congreso con una numerosa serie de intervenciones, que pretendemos resumir sistemáticamente, haciendo referencia, en primer lugar, a las opiniones manifestadas acerca de la oportunidad y corrección de la reforma propuesta, considerada globalmente, para exponer, a continuación, las críticas, favorables o adversas, dirigidas a particulares aspectos del Proyecto, siguiendo aquí el orden adoptado en las comunicaciones.

Globalmente, el Proyecto merece una opinión negativa, en opinión de los profesores Ferri, De Cupis y Simonetto. Las innovaciones introducidas, que descuidando la protección a la familia legítima, la debilitan, no se corresponden con la conciencia social italiana, y, con frecuencia, son constitucionalmente ilegítimas (De Cupis). La preeminencia que se ha de otorgar a la familia encuentra aún su razón de ser en la función insustituible de ésta como célula base de la comunidad (Sbisa).

Son, por el contrario, rotundamente favorables a la toma de posición política, a las directrices propuestas en el Proyecto, Lipari y Russo. La familia legítima, no siendo ya intermediaria en la actuación de los imperativos jurídicos, no siendo ya instrumento de cierto tipo de equilibrio económico, no siendo ya depositaria de ciertos valores coincidentes con los intereses fundamentales de la comunidad jurídica, ve muy disminuido de valor el propio papel y la propia función en la organización general del Estado. La expresión «familia legítima» no implica ya la referencia a apreciables núcleos de intereses que salvaguardar. En consecuencia, es digna de aplauso la tendencia a la privatización del Derecho de familia que, en línea de máxima, sigue el Proyecto (Russo).

En estas dos tendencias están divididos, creo poder afirmar, los participantes en el Congreso. La toma de posición al respecto repercute, frecuentemente, en las ulteriores opiniones emitidas sobre particulares aspectos del Proyecto, opiniones que vienen expuestas a continuación.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la disciplina de las causas de invalidez del matrimonio, la mayoría de las intervenciones, coincidiendo

con la opinión de los profesores Rescigno y Pietrobon, parecen ser contrarias al Proyecto. (De Cupis, Finochiaro). Para Lipari, por el contrario, la ampliación de las hipótesis de nulidad representa un modo de actuación del artículo 29 de la Constitución, y no una especie de *deminutio* del matrimonio como momento constitutivo de la familia legítima.

Respecto al gobierno de la familia se discute, fundamentalmente, acerca de la procedencia de la intervención judicial. Con Schlesinger, se pronuncian en contra de la oportunidad de esta medida los profesores Sbisà, Gardani Contursi Lisi y De Cupis. Sbisà afirma que la misma atenta contra las garantías constitucionales a la autonomía de la familia legítima, expresadas en los artículos 29-1.º y 30-1.º de la Constitución italiana.

Favorables a la intervención del juez se muestran Lipari y Russo. Según el primero, ésta sería un instrumento idóneo para lograr la actuación del principio constitucional de paridad.

El establecimiento de la comunidad de bienes como régimen patrimonial legal es acogido favorablemente por los profesores Puleo, Giampiccolo, Russo y Lipari, que comparten la opinión manifestada al respecto, en sus comunicaciones, por Falzea y Oppo. Se manifiestan en contra de esta reforma L. Ferri, De Cupis e Impallomeni. Según De Cupis, el régimen de la comunidad de bienes contrasta con la costumbre y con la orientación general del ordenamiento italiano.

En sede de separación personal, la desaparición del criterio de culpa, criticada ya por Grassetti y Carresi, es considerada como una incorrección del Proyecto en la mayoría de las intervenciones (De Cupis, Cattaneo, L. Ferri y Puleo). Lipari, por el contrario, opina que la superación del criterio de culpa supone otra de las tomas de posición positiva del Proyecto, en base a que, además de la dificultad de la prueba, la imputación de culpabilidad a uno solo de los cónyuges es posible únicamente en los casos límites. Es opinión unánime, dice Lipari, la necesidad de protección de los hijos nacidos fuera del matrimonio; en este sentido, las disposiciones contenidas en el Proyecto sobre el tema merecen una opinión favorable (Puleo). Viene, en consecuencia, criticado, como habían hecho ya Bianca y Mengoni, el tratamiento de desigualdad otorgado a los hijos incestuosos (Cattaneo, Majello); criticada es también la acción de desconocimiento de la paternidad atribuida a la mujer para privar del *status* de hijo legítimo al hijo concebido durante el matrimonio (L. Ferri, Cattaneo). En diversas intervenciones, han merecido un juicio negativo la desaparición de toda limitación a la investigación de la paternidad (L. Ferri, Puleo, Giampiccolo); la imprescriptibilidad de la acción dirigida a obtener la declaración judicial de paternidad (De Cu-

pis, Impallomeni, Sbisà); la posibilidad de reconocimiento del hijo adulterino antes de la disolución del matrimonio (De Cupis, L. Ferri, Giampiccolo); el no considerar, en fin, el parecer de los hijos legítimos para acordar la procedencia o no de convivencia del hijo adulterino en la familia legítima (L. Ferri, De Cupis, Giampiccolo).

Finalmente, por lo que hace referencia a los aspectos sucesorios de la reforma, que cuentan con la opinión favorable de Scognamiglio, se han formulado objeciones a la supresión del usufructo uxorio (Gabielli) y al otorgamiento al cónyuge de la condición de legitimario de cuota (Impallomeni).

En definitiva, necesidad, apuntada en el Congreso, de una reforma del Derecho de familia; actitudes polémicas con relación al proyecto de Ley, sea respecto a su orientación general—a sus tomas de posición (*scelte*) políticas—, sea en relación con las soluciones arbitradas para concretos problemas; distintas posiciones de los estudiosos del Derecho, divididos en dos tendencias fundamentales: una, tradicional, que se afirma en la protección de la familia legítima, que considera el dato constitucional, «la conciencia social italiana»; otra, podría decirse innovadora, que resta relevancia a estas consideraciones, que pone en tela de juicio la importancia del papel a desarrollar por la familia legítima en el mundo de hoy, hablando de «familia nuclear», de «familia conyugal», aplaudiendo, en fin, la tendencia a la privatización del Derecho de familia, observada en el Proyecto.

CARLOS ROGEL VIDE





# 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

12. NO ES DEFECTO QUE IMPIDA LA INSCRIPCIÓN DE UN AUTO, DICTADO EN EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INMATRICULAR UN EXCESO DE CABIDA, EL NO EXPRESARSE LA FORMA EN QUE SE LLEVÓ A CABO LA CITACIÓN DE LAS PERSONAS DE QUE HACE MENCIÓN LA REGLA 3.<sup>a</sup> DEL ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA.

NO RESTA AUTENTICIDAD A UN TESTIMONIO JUDICIAL EL QUE NO SE RESEÑE EN SU ÚLTIMO PLIEGO LA NUMERACIÓN DE LOS ANTERIORES, POR NO SERLE APLICABLE EL ARTÍCULO 241 DEL REGLAMENTO NOTARIAL, Y SER SUFICIENTE QUE LOS ANTERIORES APAREZCAN SELLADOS Y RUBRICADOS POR EL FEDATARIO.

*Resolución de 19 de abril de 1972 (B. O. del E. de 12 de junio).*

*Antecedentes de hecho.*—En el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tarrasa se siguió expediente de dominio a instancia de don José Gómez Serrano para inmatricular a su favor un exceso de cabida en una finca que le pertenecía, denominada «Campo de San Cugat», sita en el término de San Cugat del Vallés, cuya cabida según el título «es de dos cuarteras y un cuartán, iguales a sesenta y nueve áreas, cincuenta y tres centiáreas», siendo así que en realidad mide «12.243 metros cuadrados, equivalentes a 324.048 palmos cuadrados, por lo que existe un exceso de cabida de 4.290 metros cuadrados sobre la superficie que consta en el Registro, cuya diferencia se pretende inmatricular»; «que según lo acordado en el expediente, se libraron exhortos a los juzgados

de Alicante y Barcelona, en cumplimiento de los cuales se citó a varios interesados»; «que mediante expedición de carta-orden se citó por edictos en el Ayuntamiento y Juzgado de Paz de San Cugat del Vallés, al titular catastral de la finca... y a cuantas ignoradas personas pudiera perjudicar la inscripción»; que asimismo se publicó la citación en el *Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona...* y en el periódico *Diario de Barcelona*; y que «no habiendo comparecido persona alguna en el término fijado en las citaciones» se abrió el periodo de prueba, y practicada ésta y emitido informe favorable por el Fiscal, el Juez dictó auto declarando «justificado el dominio de don José Gómez Serrano sobre el exceso de cabida. ., que consta en el Registro de la Propiedad, de 69 áreas 53 centiáreas, hasta la cabida de la finca de 12.167 metros cuadrados con 22 céntimas».

Presentado en el Registro de Tarrasa testimonio del anterior auto fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del auto inserto en el testimonio que precede, que ha sido presentado en unión de una certificación expedida por el mismo Secretario, rectificando determinados errores del mismo testimonio, por observarse los siguientes defectos:

Primero, no expresarse en el auto la forma en que se han practicado las citaciones de las personas que se relacionan en la primera parte del resultando quinto, como previenen los artículos 286 y 277 del Reglamento Hipotecario, en relación con los 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo, falta de autenticidad en el testimonio presentado, por no reseñarse en el último pliego la numeración del primero.

Se consideran tales defectos como subsanables, no tomándose anotación preventiva por no solicitarse.»

El Procurador del señor Gómez Serrano interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que todo proceso judicial terminado por resolución firme sólo puede ser atacado por la vía del recurso de revisión y sólo al amparo de las causas taxativamente enumeradas en el artículo 1.796 de la Ley Procesal Civil; que el Registrador, con su personal criterio referente a las citaciones, invade la esfera judicial, y si estima que no fueron realizadas en forma, debió denegar la inscripción, pero no suspender; que la doctrina de la Dirección General, contenida, entre otras, en las Resoluciones de 29 de mayo de 1941, 18 de abril y 18 de diciembre de 1942, 9 de agosto de 1943, 29 de marzo y 31 de julio de 1944, 27 de noviembre de 1961 y 6 de junio de 1968, es acorde con lo expuesto; que en cuanto al pretendido segundo defecto, su improcedencia es manifiesta al no existir precepto legal alguno que obligue a consignar en el último pliego de los testimonios judiciales la numeración de los anteriores; que el testimonio presentado está sellado y rubricado en todos sus pliegos por el Secretario de Juzgado, y que el artículo 201, regla sexta, de la Ley Hipotecaria dice que el testimonio del auto aprobatorio del expediente de dominio es título bastante para practicar la inscripción, sin consignar discriminación alguna acerca de cómo ha de extenderse dicho testimonio.

El Registrador informó: Que en el auto se dice que fueron librados exhortos para la citación nominal de interesados, no expresándose en ninguna parte la forma en que se habían llevado a cabo tales citaciones, exigencia derivada de los artículos 201 de la Ley Hipotecaria, 277 y 286 de su Reglamento y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que en cuanto al segundo defecto, los artículos 18 de la Ley Hipotecaria, 34 y 98 de su Reglamento, imponen al Registrador el deber de calificar las formas extrínsecas de los documentos presentados, por lo que, independientemente de que exista o no una disposición aplicable a los testimonios

judiciales para la reseña al final de la numeración de los pliegos, como exige el artículo 241 del Reglamento Notarial para las copias notariales, no cabe duda de que la omisión de dicha reseña priva de autenticidad a los pliegos anteriores al último en que figura la firma del Secretario, sin que constituya garantía la rúbrica sin antefirma, por lo que podrían ser sustituidos sin su consentimiento ni conocimiento, y que no ha invadido la esfera judicial, ya que se ha limitado a calificar, como legalmente está previsto, las formas extrínsecas de los documentos presentados, de acuerdo con lo declarado en la Resolución de 15 de julio de 1971.

El Juez que intervino en el procedimiento informó: que en lo referente a las formas de hacerse las citaciones, el problema puede tener trascendencia en una reanudación de tracto sucesivo interrumpido, pero no en un expediente de exceso de cabida que no puede plantear contradicción con otras titularidades registrales, y que, con relación al segundo defecto, aparece aún más evidente su falta de fundamento legal, ya que no puede dudarse de la autenticidad de un testimonio judicial cuando todos los folios aparecen rubricados por el Secretario y sellados con el sello del Juzgado, sin que sea admisible extender a un documento judicial exigencias establecidas para los Notariales.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y Juez que tramitó el expediente de exceso de cabida, y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial, insistiendo en sus anteriores argumentos.

Y la Dirección General (1) acuerda confirmar el auto apelado, que revocó la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina:

*Doctrina de la Dirección General.*—La primera cuestión a tratar en este recurso hace referencia a si constituye un defecto que impide la inscripción el no haberse expresado en el auto la forma en que se llevó a cabo la citación de las personas de que hace mención el artículo 201, regla tercera, de la Ley Hipotecaria, tal como se establece en el artículo 286 del Reglamento Hipotecario, en relación con el 277 del mismo Reglamento y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 286 del Reglamento Hipotecario requiere que en los expedientes de dominio que tengan por objeto la reanudación del tracto sucesivo se haga constar en el auto aprobatorio la forma en que se hayan practicado las citaciones de la regla tercera del artículo 201 de la Ley, y este rigor formal, que pudiese parecer excesivo, tiene su justificación—como en su informe el Juez ha indicado con acierto—en tratar de evitar posibles contradicciones con los datos dimanantes de los libros registrales, circunstancia que no puede tener lugar cuando el expediente de dominio versa sobre un exceso de cabida—como sucede en este caso—en que la finca origen del procedimiento figura ya en el Registro inscrita a nombre del propio interesado, y por ello, sin duda, el artículo 287 del Reglamento, que regula este último tipo de expedientes, no exige tal mención en concreto y se limita a establecer que «se observarán las reglas precedentes en cuanto le sean aplicables».

En cuanto al segundo defecto, relativo a la falta de autenticidad del testimonio del auto judicial librado, por no haberse indicado en su último pliego la numeración del anterior, tal como se exige para las escrituras públicas en el artículo 241 del Reglamento Notarial, y que al no haberse reseñado podría dar lugar a una sustitución del mismo, es de advertir que aparte la inaplicación evidente del citado precepto al referido testimonio judicial, la posibilidad apuntada carece de fundamento al haberse observado por el funcionario expedidor las formalidades adecuadas, toda

(1) VISTOS Los artículos 201 de la Ley Hipotecaria, 277, 286 y 287 del Reglamento Hipotecario y 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil

vez que los dos folios del pliego aparecen rubricados por el fedatario y estampado en los mismos sellos del Juzgado.

COMENTARIO.—A) *La calificación registral de las citaciones en los expedientes de dominio.*—En mi comentario a la Resolución de 15 de julio de 1971 (2) decía que aunque parece, a primera vista, muy forzado interpretar que el artículo 286 del Reglamento Hipotecario se refiera a los tres tipos de expedientes de dominio, creo que es la más lógica.

En efecto, el precepto reglamentario contiene tres mandatos respecto a los requisitos del auto aprobatorio del expediente de dominio, dos de ellos (cancelación de las inscripciones contradictorias y expresión de haberse observado los requisitos del artículo 202 de la Ley) que solamente tienen aplicación a los expedientes de reanudación del tracto interrumpido, y un tercero, que puede y debe tener aplicación a los otros dos tipos también.

La Resolución de 15 de julio de 1971 parece orientada en este sentido, porque aunque en sus resultandos no se dijese expresamente que se trataba de un expediente de inmatriculación, esto es lo que parecía deducirse de los mismos y dio por buenos los reparos del Registrador en orden a las citaciones. En la que ahora comento entiende que la expresión en el auto de la forma en que se han hecho las citaciones de la regla tercera del artículo 201 de la Ley no es requisito del aprobatorio del expediente de dominio para la inscripción de exceso de cabida y se adhiere al criterio restrictivo, en la interpretación del artículo 286 del Reglamento, del Juez que intervino en el procedimiento, según el cual este artículo sólo tiene aplicación, en cuanto a su total contenido, a los expedientes de reanudación de tracto.

Este criterio restrictivo del considerando segundo es, al menos, discutible, tanto si se pretende excluir del artículo 286 solamente los expedientes para exceso de cabida, que es lo que expresamente hace el considerando, como si se pretende excluir también los de inmatriculación total de la finca, que es lo que implícitamente se deduce del mismo. Hacen discutible este criterio los siguientes argumentos:

- La interpretación lógico-literal del artículo 286, que no se refiere a las citaciones al titular registral, sino a todas las citaciones de la regla tercera del artículo 201 de la Ley. No es lógico que el requisito formal del auto se extienda a todas las citaciones en los expedientes reanudatorios del tracto y a ninguna en los demás, y menos que se limite a las citaciones al titular registral en aquéllos, dado el texto literal.
- El artículo 286 del Reglamento comienza refiriéndose a los requisitos del artículo 202 de la Ley pensando en los expedientes de reanudación del tracto, pero después, al final, probablemente refiriéndose a todos, extiende su enfoque a las citaciones de la regla tercera del 201, lo que era inadecuado si quería mantenerse en el ámbito del 202.
- La fase de publicidad del expediente de dominio, que obra al modo de una *provocatio ad agendum* a cuantos puedan estimarse lesionados por la inscripción que el expediente pretende, debe ser garantizada de la misma manera en todos los tipos de expediente. La Ley Hipotecaria ha concedido más o menos resonancia a esta publicidad según la cuantía y ha previsto unas citaciones específicas al titular registral, si le hay, más o menos rigurosas, según la antigüedad de su inscripción; pero en cuanto a las garantías

(2) En esta Revista, noviembre-diciembre de 1971, núm. 487, págs. 1493 y sigs.

para que sean observadas las normas reguladoras de esta fase de publicidad o convocatoria, no tenía por qué hacer distinguos. Si quiso estimular el autocontrol del Juez elevando los requisitos de tramitación de esta fase a requisitos formales del auto, y si quiso de esta manera añadir el control del Registrador a través de la calificación de éstos, no tiene sentido limitar tales controles a los expedientes de reanudación de tracto y menos aún si el texto literal no permite que en éstos sean exclusivamente las citaciones al titular registral las controladas de esta manera.

- Si el requisito formal de que tratamos y el consiguiente control del Registrador se quiere ver exclusivamente como garantía de las titularidades registrales que el expediente ha de cancelar (reanudación del tracto), entonces nos estamos olvidando de uno de los dos cometidos fundamentales del Registro, que si bien debe velar por el titular registral, y para ello están una serie de principios hipotecarios (legalidad y tracto sucesivo), tiene también otro personaje fundamental que proteger ante todo: el tercero. Pensando en éste, ha rodeado la Ley de requisitos y garantías la inmatriculación. No se debe sólo mirar hacia atrás, desde la inscripción que el expediente va a producir hasta la contradictoria que se ha de cancelar, hay que mirar también hacia adelante, hacia el adquirente posterior, hacia el tercero, y en esta dirección, los tres tipos de expedientes tienen los mismos efectos. La inscripción en todos los casos es base de actuación de los principios hipotecarios de publicidad, fe pública registral, legitimación, etc., y, por ello, el legislador, antes que se practique, exige a la titulación supletoria unas garantías también supletorias de las que existen cuando los principios de legalidad, calificación y tracto están respaldando las inscripciones registrales. Estas garantías supletorias, que tienen su explicación y fundamento, no en el efecto cancelatorio de una inscripción antigua, sino en los efectos registrales que la primera inscripción, la nueva o la de exceso de cabida van a producir por sí mismas, son más necesarias por cuanto las inscripciones derivadas de expedientes de dominio ni siquiera tienen la suspensión temporal de efectos contra tercero que tienen otras, como las de los artículos 205 y 206 de la Ley. Por esto es el Registro el primero que queda en entredicho en el caso de una inscripción inexacta practicada por expediente de dominio de inmatriculación, en el que se haya omitido algunos de los requisitos legales de la fase de publicación. Y por ello es erróneo creer que al Registrador no debe preocuparle más que el engarce del expediente con la inscripción contradictoria a cancelar.
- Es imposible toda interpretación del Reglamento Hipotecario en materia de expedientes de dominio que se obstine en la idea de que solamente sus dos primeros artículos (272 y 273) tienen carácter general, que el 285 y el 286 se aplican al reanudatorio del tracto y sólo a él, el 287 al de exceso de cabida y todos los demás al de inmatriculación. La verdad es que en casi todos hay en confusa mezcla de normas de carácter general y de carácter específico (3), y no resulta nada difícil entender que la norma que eleva a requisito formal del auto la forma en que han sido hechas las citaciones de la regla tercera del artículo 201 tiene carácter general.

---

(3) Así es totalmente específico el 285, pues todos sus preceptos carecen de aplicación fuera del reanudatorio del trato.

Cosa distinta es que sin perjuicio de considerar decisivos los anteriores argumentos para conceder tal generalidad al precepto del final del artículo 286, se pueda y deba estimar que el auto del Juzgado de Primera Instancia de Tarrasa había dado suficiente cumplimiento al referido precepto, pues es cierto que existe gran imprecisión en el artículo respecto a cuándo se ha de entender cumplido por el Juez el requisito reglamentario.

Para no incurrir en repeticiones me remito a mi comentario a la Resolución de 15 de julio de 1971. En él, partiendo de la naturaleza y finalidad del expediente de dominio, mantuve la tesis de que existe una calificación reforzada o más efectiva del Registrador que en el documento judicial en general, por la vía de hacer requisito extrínseco del auto la referencia a determinados momentos de la tramitación del expediente, y mantuve la opinión de que la expresión de la forma en que se habían hecho las citaciones del artículo 201, regla tercera, de la Ley debía extenderse a todos los tipos de expedientes de dominio; pero me preguntaba cuál es la fórmula que en concreto se debe emplear para que se considere cumplido este requisito formal. Desde considerar suficiente un resultando en que se exprese haberse hecho las oportunas citaciones y convocatorias en la forma preceptuada por la regla tercera del artículo 201 de la Ley Hipotecaria y artículo 277 de su Reglamento, hasta estimar necesario detallar todas y cada una de las personas a las que correspondía citar, con sus circunstancias personales, así como las fechas y contenido de las comparecencias, cédulas, edictos, etc., que se han utilizado para la citación de cada una, hay una infinita serie de posibilidades intermedias y cabe, en definitiva, preguntar si el buen criterio (para colocarse en un razonable punto medio) que ha de prevalecer es el del Juez o el del Registrador.

En nuestro caso, las frases entrecomilladas referentes a exhortos, cartas órdenes y publicaciones del primer resultando de la Resolución, puestas en relación con el texto del apartado primero de la nota de calificación, no nos aclara completamente el contexto del auto en el particular referente a la forma en que habían sido hechas las citaciones en relación con las personas que procedía citar ni el detalle que el Registrador estimaba necesario en los resultandos del auto para considerar cumplido el requisito reglamentario. Acaso al Registrador le pareciese improcedente, más que la falta de detalle sobre la forma en concreto de las citaciones, el decir el auto que por medio de los exhortos a Alicante y Barcelona fueron citados varios interesados, imprecisa frase, que se prestaba a sospechar que no eran todos los interesados.

La alegación fundamental del Procurador recurrente, consistente en que la Resolución judicial firme sólo puede ser atacada por la vía del recurso de revisión (por las causas del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), creo que fue suficientemente desvirtuada por la Resolución de 15 de julio de 1971. En mi comentario a la misma (4), así como en el de la de 13 de julio de 1971 (5), intenté demostrar que, en todos los casos en que los requisitos procedimentales son llevados al campo de las formalidades extrínsecas del documento judicial, es posible la calificación del Registrador y que la Resolución judicial, siempre puede ser ampliada y complementada, sin mengua de la inatacabilidad de la Resolución firme ni de la cantidad de cosa juzgada, por vía de documento complementario, al amparo de la norma del artículo 374, 3.º, de la Ley Procesal (testimonio para la guarda de derechos), mediante la solicitud

(4) Número 487 de esta Revista, antes reseñado, págs 1496 y 1499. En él se analizan las Resoluciones que también ahora el recurrente alega.

(5) Número 486 de esta Revista, septiembre-octubre 1971, págs 1259 y sigs, especialmente página 1266.



de testimonio suficiente de los particulares del procedimiento que sean necesarios para la inscripción en el Registro, máxime tratándose de expedientes de dominio, en los cuales el Reglamento Hipotecario es norma procesal, que vincula al Juez más directamente que cualquier otro precepto de la legislación hipotecaria. Por ello, el defecto, si lo había, podía perfectamente calificarse de subsanable.

En resumen: la Resolución comentada se aparta de la doctrina sentada por la de 15 de julio de 1971, que daba ámbito general a la disposición final del artículo 286 del Reglamento Hipotecario. Atendiendo a los fallos, la situación actual sería: es imprescindible indicar la forma en que se han hecho las citaciones de la regla tercera del artículo 201 de la Ley en los expedientes de reanudación de tracto sucesivo, por resultar claro del Reglamento, y en los de inmatriculación, por la Resolución de 1971, y no lo es en los de exceso de cabida, por la de 1972.

Atendiendo a los considerandos de ambas Resoluciones (*obiter dicta*), la situación es más confusa, porque el considerando segundo de la que ahora comento parece prescindir del requisito, en razón a que la finca figura en el Registro inscrita a nombre del propio interesado que insta el expediente, cosa que no ocurre ni en el reanudatorio del tracto ni en el de inmatriculación. No obstante, si observamos que el expediente para exceso de cabida es en el fondo inmatriculatorio en cuanto al exceso, no parece haber razón para trato distinto.

Por ello creo que la referencia a la forma en que han sido hechas las citaciones debería exigirse en todos los casos por los argumentos que antes expusimos, y que lo verdaderamente interesante es no pasar más allá de la finalidad del precepto y estimar suficientemente cumplido el requisito formal, siempre que los resultandos del auto sean indicativos de estar correctamente hechas las citaciones exigidas por la Ley Hipotecaria, conforme a los preceptos procesales que el Reglamento Hipotecario exige. Siempre que el Registrador acierte a mantenerse en el justo punto medio en la calificación del requisito extrínseco del auto a que hace referencia el Reglamento, nunca será el Juez el que considere invadida su esfera de competencia, en cuanto sepa calibrar el respectivo papel de uno y otro en este campo de la titulación supletoria (6).

B) *La autenticación de los pliegos anteriores en los documentos judiciales.*—En cuanto al segundo punto de la nota de calificación ésta es, sin duda, demasiado tajante y descansa en lo anfibológico del término autenticidad en materia de documentos.

Sería necesaria aquí una referencia histórica al cuándo y al por qué siguieron diferentes derroteros los documentos notariales y los judiciales en materia de autenticación de los pliegos anteriores al en que aparece la firma del funcionario. No es preciso esforzarse en demostrar que el sistema de autenticación mediante la reseña de la numeración de los pliegos tiene que estar relacionado en todo caso con el requisito del empleo de papel de sello o timbrado oficialmente y también oficialmente numerado. Probablemente de las particularidades del papel utilizado y no del distinto orden de los funcionarios ha derivado la distinción,

(6) Aprovecho la ocasión de remitirme en este Comentario, al que hice de la Resolución de 15 de julio de 1971 para reconocer que en él incurri en exageraciones respecto al juego del principio dispositivo en la fase de publicación del expediente. Aunque recalqué allí que el traslado del escrito inicial al Ministerio Fiscal entra en la calificación reforzada del Registrador (por la vía de los requisitos formales exigidos al Auto), acaso sea cierto que incurri en el descuido de no destacar cómo la intervención de este Ministerio en el expediente (reglas 3.ª y 5.ª del artículo 201 de la Ley) hace bilateral el juego del principio dispositivo y concretamente en el tema de la cuantía del expediente, que en aquel recurso aparecía, debe el Fiscal desempeñar un papel decisivo, pidiendo, si lo cree conveniente, pedir la comprobación del valor de la finca para que los edictos se publiquen donde la Ley determina según los casos.

que acaso no existiera antiguamente, entre las distintas clases de escribanos. Acaso la intervención de Procurador, profesional responsable que viene a garantizar la guarda, y tránsito entre oficinas, de la documentación judicial de la que está encargado, puede también haber influido en la falta del requisito de la reseña de pliegos que en la documentación notarial impone el artículo 241 del Reglamento. Pero tenemos que prescindir ahora de tal estudio histórico.

Lo cierto es que todos los intervinientes en el recurso, incluso el Registrador, están conformes en que no hay ninguna disposición vigente en la que expresamente se exija tal reseña de los pliegos en los documentos judiciales, y todos también, en que la práctica ordinaria (verdadero *usus fori*) consiste en la rúbrica del Secretario y el sello del Juzgado en cada uno de los pliegos, sin necesidad de reseña de la numeración de los pliegos al final del documento, aunque esté extendido en papel que tenga tal numeración oficial. El Registrador no llega a negar esta práctica, pero se opone a ella en el caso concreto, afirmando que priva de autenticidad a los pliegos anteriores al último. Y esta afirmación no es solamente demasiado tajante, sino probablemente atrevida.

La reseña de pliegos, la extensión de los documentos en papel oficialmente sellado y numerado, el signo del Notario y otras formalidades extrínsecas (legitimaciones, legalizaciones, etc.), no son sino medios de dificultar la falsificación o alteración del documento; pero en cuanto nunca pueden conseguir evitarlas totalmente hay que tener cuidado en no confundir los requisitos establecidos por la Ley, los Reglamentos o la costumbre con vistas a la autenticidad, con la autenticidad misma. Prueba de ello es el distinto trato que debe tener la copia olvidada de firmar por el Notario y la (aparentemente) copia en la que se ha falsificado la firma del Notario y el sello de la Notaría.

Encontramos muy razonable el criterio del Registrador de Tarrasa de que no hay motivo ni justificación alguna para que sean menores las cautelas contra la alteración delictiva de los documentos judiciales que de los notariales. Incluso encontramos lícito que tratase de alterar la práctica por la vía jurisprudencial de una resolución de la Dirección. En lo que creemos que se excedió fue en afirmar la falta de autenticidad del testimonio (nota) o de los pliegos anteriores al último (informe), cuando únicamente pretendía acusar la falta de requisitos extrínsecos reglamentarios (aunque obtenidos por analogía) tendentes a garantizar la autenticidad. Pues damos por supuesto que en ningún momento llegó a tener sospechas ni a observar indicios de falsificación de las rúbricas ni de sustitución de los pliegos. En tal caso, el camino directo hubiese sido otro.

Como dice Roca, aunque el Registrador sospeche o tenga la seguridad de que se ha cometido un delito «con ocasión del título» que pretende su inscripción, ésta no puede ser negada, «salvo que la comisión del delito resultare del mismo título», en cuyo caso se aplicará el artículo 101 del Reglamento Hipotecario (7).

Es fácil observar que ni el texto del artículo 101 es muy perfecto ni la distinción de Roca entre delito cometido con ocasión del título y delito cuya comisión resultare del mismo título está suficientemente clara para orientar al Registrador en este problema tan grave del ámbito de la calificación en el aspecto penal. Acaso el artículo se haya querido refe-

(7) Artículo 101: Los Registradores no sólo negarán o suspenderán la inscripción de todo título cuando así proceda, sino que cuando resulte del mismo título haberse cometido algún delito darán parte a la correspondiente autoridad judicial, con remisión del documento respectivo, y harán constar esta circunstancia al margen del asiento de presentación. (En relación con este artículo Roca cita las Resoluciones de 19 de diciembre de 1879, 27 de octubre de 1880, 23 de abril de 1881, 4 de mayo de 1883, 27 de junio de 1887, 21 de octubre de 1893, 18 de junio de 1898 y 28 de marzo de 1904.)

rir a que el Registrador estime, sepa, crea o sospeche que el delito se ha cometido, porque seguridad en esto sin sentencia penal es difícil. Por otra parte, los delitos pueden afectar o no a la validez del acto inscribible y los problemas son muchos y poco atendidos por la doctrina, como ocurre con toda la materia de lo penal y el Registro. No obstante, creemos que si el Registrador observa indicios de un delito que precisamente afecte a la veracidad o autenticidad del documento presentado mismo, su despacho debe detenerse aplicando el artículo 101 del Reglamento y la doctrina de la Resolución de 2 de diciembre de 1944. De todas maneras hay una laguna en el precepto reglamentario respecto a lo que ocurre desde que el Registrador suspende la calificación, por sospechar que no hay verdadero documento a calificar (falsedad, etc.), hasta que el Juez de Instrucción toma sus providencias respecto al documento presentado, denunciado por el Registrador, y respecto al comportamiento de éste en relación al mismo y a su publicidad.

Pero repetimos que no creemos que éste fuera el caso cuando el Registrador calificó el documento y no lo denunció. Unicamente quiso reformar la práctica, en el sentido de extender el artículo 241 del Reglamento Notarial a los documentos judiciales. La Dirección, en el último considerando, se atiene a la práctica corriente sin más y sin opinar nada sobre la conveniencia de que, *lege ferenda*, la reseña de pliegos se extienda a los documentos judiciales, como medio de dificultar su falsificación, confirma la revocación de la nota también en este segundo defecto.

T. G. G.

13. OBJETO SOCIAL Y FACULTADES DE REPRESENTACION DE LOS ADMINISTRADORES.—UNA DE LAS FINALIDADES QUE CUMPLE LA NECESIDAD DE DETERMINAR EL OBJETO SOCIAL EN LOS ESTATUTOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA ES PRECISAMENTE LA DE CONCRETAR EL LÍMITE DE LAS FACULTADES DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES, DEBIENDO ENTENDERSE SUSTANCIALMENTE EQUIPARADAS LAS EXPRESIONES «GIRO O TRÁFICO DE LA EMPRESA» Y LA DE «OBJETO SOCIAL».

CERTIFICACIONES DE ACUERDOS SOCIALES.—SI BIEN NORMALMENTE LAS CERTIFICACIONES ACREDITATIVAS DE LOS ACUERDOS DE LAS JUNTAS GENERALES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEBEN EXPEDIRSE POR EL SECRETARIO CON EL VISTO BUENO DEL PRESIDENTE, ES INDUDABLE QUE CUANDO AMBOS CARGOS RECAEN EN UNA MISMA PERSONA, NO CABE NEGAR VALIDEZ A LAS CERTIFICACIONES EXPEDIDAS SÓLO POR ELLA, Y SI, COMO OCURRE EN EL PRESENTE CASO, EL SECRETARIO-PRESIDENTE ES A LA VEZ EL ADMINISTRADOR ÚNICO DE LA SOCIEDAD, TAMPOCO PUEDE DECIRSE QUE EXISTA INCOMPATIBILIDAD PARA QUE, CON ESTE ÚLTIMO CARÁCTER, EJECUTE EL ACUERDO SOCIAL.

*Resolución de 17 de abril de 1972 (B. O. del E. de 9 de junio).*

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura otorgada en Tarrasa, el 27 de octubre de 1969, ante el Notario don José Gabriel Erdozain Gaztelu, la sociedad «Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.», representada por su Administrador, don Antonio Izquierdo Alcolea, en ejecución de acuerdo de Junta General Universal de Accionistas celebrada el 8 de enero anterior, segregó de una heredad que le pertenecía, sita en el término municipal de Viladecaballs, una parcela de terreno edificable de 7,5 metros de anchura por 20 de largo, o sea, 150 metros cuadrados, que vendió al matrimonio recurrente; en la citada escritura de compraventa se reseña la de constitución social de fecha 13 de febrero de 1967, en la que fue nombrado el Administrador por un plazo de cuatro años, y otra de rectificación de 9 de febrero de 1968, en la que se especifica que el plazo de duración del cargo de Administrador es de cinco años y no cuatro, como indicaba la precedente; se transcribió el artículo 14 de los Estatutos Sociales, según el cual: «La administración de la Sociedad y su representación en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, incluso el otorgamiento de poderes generales mercantiles y para

pleitos, corresponderá solidariamente a un mínimo de un Administrador y a un máximo de cuatro, los que usarán el título de Gerente y, en todo caso, no incompatibles, según el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955», y como documento unido figura una certificación de una Junta Extraordinaria celebrada el 24 de octubre de 1969, en que se acordó por unanimidad «la venta de una parcela de terreno de 7,5 metros de anchura por 20 de largo, edificable según las normas de la Urbanización de T. I. U. R., S. A.», segregada de la finca matriz que se describe en la escritura de venta.

Presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrita la segregación a que se refiere el precedente documento en el tomo 1.497, libro 30, de Viladecaballs, folio 124, finca 1.421, inscripción 1.<sup>a</sup> Respecto a la venta, habiéndose observado que entre las facultades del Administrador de la Compañía 'Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.', que se reseñan en el artículo 14 de los Estatutos Sociales, único que se inserta en la escritura, no figura la de vender; que en el acuerdo de la Junta General de dicha Compañía de 8 de enero de 1969, que el señor Izquierdo manifiesta ejecutar, no se especifica ni la superficie métrica ni los linderos de la finca y que la certificación que de tal acuerdo se transcribe en la propia escritura no tiene validez por la incompatibilidad del que la expide al tratarse del propio señor Izquierdo, se suspende la inscripción y a solicitud del presentante tomo anotación de suspensión por el término de sesenta días a favor de Antonia Escudero Pérez y Jaime Segarra Bisbal, en los mismos tomo, folio y finca citados, anotación letra A.»

Se interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación alegando que consta en la propia escritura ser objeto de la Compañía vendedora «la compraventa y explotación de terrenos», y en el transcrito artículo 14 de los Estatutos Sociales se dice que «la administración de la sociedad y su representación, en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, corresponderán solidariamente a un Administrador...»; que el objeto de la sociedad es la compraventa y explotación de terrenos, y el Administrador está facultado para todos los asuntos de giro y tráfico de la Empresa, al vender un terreno que pertenece a la misma no se puede hablar de carencia de facultad de vender; que en cuanto al segundo defecto señalado de no especificarse en el acuerdo de la Junta General de 8 de enero de 1969, ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, prescindiendo de la divergencia en la fecha, error puramente mecanografiado, aparece transcrita la certificación de la Junta General Extraordinaria de accionistas en que se acordó la venta de una parcela de 7,5 metros de ancho por 20 de largo, con cuyos datos puede obtenerse mediante una simple operación aritmética la superficie que echa de menos el Registrador; que si el funcionario calificador admite la inscripción de la segregación será porque ha identificado la finca, y en tal supuesto no es admisible que rechace la inscripción de la venta; que en cuanto al último apartado de la nota que atribuye incompatibilidad para firmar la certificación al señor Izquierdo, resulta de la propia escritura que la sociedad vendedora es una compañía anónima con sólo dos socios, que constituyen válidamente la Junta General Extraordinaria y acuerdan por unanimidad la venta, por lo que lógicamente no existe incompatibilidad al no haber otros socios para certificar, y que, como fundamentos legales citaba los artículos 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento.

El Registrador informó: Que no ha denegado la inscripción, sino que sólo la ha suspendido, por considerar subsanables los defectos observados; que el objeto social se indica en la comparecencia de la escritura de forma vaga e imprecisa, sin que estime suficiente, en cuanto a las facul-

tades del Administrador para vender, la referencia en el artículo 14 de los Estatutos, único que se transcribe, al giro y tráfico de la Empresa; que si bien la Resolución de 16 de octubre de 1964 y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1969 admiten la capacidad jurídica de las sociedades para realizar actos no comprendidos en su objeto social, cuando no están comprendidos en el giro y tráfico de la Empresa, exigen acuerdo específico tomado en Junta General; que reciente jurisprudencia del Centro Directivo y del Tribunal Supremo (Resolución de 24 de junio de 1968 y Sentencia de 20 de abril de 1960) se hacen eco de las modernas orientaciones tendentes a separar el tratamiento de la gran sociedad anónima y la pequeña sociedad con escaso número de socios—a veces sólo dos—, en la cual, dadas sus especiales características, las normas legales deben aplicarse con gran flexibilidad y prudencia para facilitar su funcionamiento y evitar todo posible perjuicio a uno de los socios; que por dichos motivos no se pueden considerar como auténticos ni el acta de la Junta universal, celebrada, según se dice en la escritura, el 8 de enero de 1969, y según la certificación inserta literalmente el 24 de octubre de dicho año, ni tal certificación; que la señalada diferencia de fechas induce también a pensar en su falta de autenticidad, tanto más cuanto que lo mismo el acta que la certificación contienen sólo la firma del señor Izquierdo, que es el socio a quien se faculta para vender, faltando la firma de otro socio, todo ello con infracción de lo dispuesto en los artículos 24, 61 y demás concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas, y que, en cuanto a la falta de expresión de linderos y superficie métrica de la finca, si bien en la escritura se cumple lo establecido en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, no ocurre así en el acuerdo de la Junta en que se basaba la venta, lo que impide saber si la finca que se autoriza a vender es o no la misma que se describe en la escritura, pues aparte de no consignarse los linderos de lo vendido, no basta, a efectos de identificación en su cabida, dar dos medidas lineales, que según la forma del polígono darán resultado distinto.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

Al haberse omitido el preceptivo informe notarial fue solicitado el mismo y el fedatario que autorizó el instrumento expuso: Que si bien no resulta claro, a veces, qué debe entenderse por giro y tráfico de una empresa, en el presente caso aparece claro el objeto social al decirse en la escritura que es «la compra, venta y explotación de terrenos mediante su urbanización, tanto para zonas industriales como para urbanas, construcciones de inmuebles y cualquier otra actividad que tenga similitud con las indicadas»; que aunque los Estatutos se hubieran limitado a decir simplemente que la administración y representación de la Sociedad se encomendaba a un Administrador, sin especificar sus facultades, su representación se extendería a todos los asuntos pertenecientes al giro y tráfico de la empresa, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 76 de la Ley de 17 de julio de 1951, que regula las sociedades anónimas; que dicho precepto formula con carácter absoluto el principio del ámbito legal de la representación, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el Administrador en sus relaciones internas con la Sociedad; que así lo entiende también la doctrina, por lo que carece de fundamento legal la razón que alega el Registrador para suspender la inscripción, de no figurar entre las facultades del Administrador, en el artículo estatutario transcrito en la escritura, «la de vender»; que a mayor abundamiento existe acuerdo de la Junta General Universal de accionistas adoptado por los dos únicos socios existentes entonces, el señor Izquierdo y su esposa, doña Nuria Bolet Solá, para la venta de parcelas, sin que a juicio del informante sea necesario describirlas

con todo detalle, puesto que se indica el número de las mismas en el plano particular de la finca, acuerdo que al proceder de órgano soberano y supremo de la Sociedad debe cumplirse, por no ser contrario a la Ley ni a la moral, y que carece de fundamento igualmente la incompatibilidad que señala el Registrador para expedir el Administrador la certificación que acredita dicho acuerdo, ya que sólo existían los dos socios citados. Y la Dirección General confirma el auto apelado, que revocó la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina.

*B) Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 11, 24, 61 y 76 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento para su ejecución; la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1959, y las Resoluciones de este Centro de 19 de diciembre de 1942, 6 de diciembre de 1954, 5 de noviembre de 1956 y 16 de octubre de 1964.

Considerando que el primero de los defectos atribuidos en la nota calificadora a la escritura hace referencia a que entre las facultades del Administrador de la sociedad anónima vendedora, que se reseñan en el artículo 14 de los Estatutos y que se ha insertado en la mencionada escritura, no figura la de vender, y además, resulta de dicho artículo que la representación de la sociedad «en juicio y fuera de él para todos los asuntos de su giro y tráfico» corresponderá solidariamente a un mínimo de un Administrador y a un máximo de cuatro, según disponga la Junta General, por lo que la cuestión planteada en primer lugar consiste en resolver si para la venta formalizada tenía el Administrador las facultades suficientes para actuar en nombre de la sociedad.

Considerando que una de las finalidades que cumple la necesidad de determinar el objeto social en los Estatutos de la sociedad anónima, establecida en el artículo 11, número 3, apartado *b)*, de la Ley de 17 de julio de 1951, es precisamente la de que dicho objeto social concrete el límite de las facultades de representación de los Administradores, al establecer el artículo 76 de la citada Ley que «la representación de la Sociedad, en juicio y fuera de él, corresponde al Consejo de Administración», y que «en todo caso, la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa», expresión esta última que debe entenderse sustancialmente equiparada a la de objeto social.

Considerando que en la escritura calificada, y a los efectos de delimitar el ámbito de la representación del Administrador, se ha hecho constar en la comparecencia, al expresar el concepto en que intervienen los otorgantes, que el objeto social de la entidad vendedora es «la compra-venta y explotación de terrenos mediante su urbanización, tanto para zonas industriales como para urbanas, construcciones de inmuebles y cualquier otra actividad que tenga similitud con las indicadas», y como, además, el Notario autorizante afirma que tiene a la vista la escritura de constitución de la sociedad y los datos de su inscripción en el Registro Mercantil, de todo ello resulta que el objeto social aparece suficientemente determinado en el título calificado y que el Administrador único ha actuado dentro de sus facultades representativas, por lo que no adolece la escritura del primero de los defectos señalados.

Considerando que el segundo defecto plantea el problema de si la finca que ha sido objeto de segregación y venta en la escritura calificada se corresponde con la que en acuerdo de la Junta General de la Sociedad se autorizó al Administrador para transmitir, y no parece que en este aspecto haya dificultad para su identificación con los datos que se aportan, no completos, pero sí suficientes, ya que en la certificación incorporada se concreta plenamente la finca principal y se indican las medidas

lineales que permiten determinar la superficie de la parcela segregada, y el mismo funcionario calificador lo ha entendido así al practicar la inscripción de la segregación, por lo que, al no haber ninguna duda sobre esta cuestión, no hay obstáculo para la posterior inscripción de la compraventa, dado que en la descripción de la finca en la escritura se han completado las circunstancias exigidas por el artículo 9 de la Ley y 51 de su Reglamento.

Considerando que el tercero de los defectos hace referencia a la validez de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta General Extraordinaria de una sociedad anónima, expedida exclusivamente por el Secretario-Presidente de la misma, que es a la vez el Administrador compareciente en la escritura mediante la cual se ejecuta dicho acuerdo, estando la Sociedad integrada únicamente por dos socios, uno de ellos el citado Secretario-Presidente, y habiendo adoptado ambos el acuerdo por unanimidad.

Considerando que si bien normalmente las certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Juntas Generales de las sociedades anónimas deben expedirse por el Secretario con el visto bueno del Presidente, es indudable que cuando ambos cargos recaen en una misma persona, no cabe negar validez a las certificaciones expedidas sólo por ella, y si, como ocurre en el presente caso, el Secretario-Presidente es a la vez el Administrador único de la Sociedad, tampoco puede decirse que exista incompatibilidad para que, con este último carácter, ejecute el acuerdo social.

14. *Resolución de 25 de abril de 1972 (B. O. del E. de 27 de mayo).*

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura otorgada en Tarrasa, el 10 de enero de 1969, ante el Notario don José Gabriel Erdozain Gaztelu, la Sociedad «Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.», representada por su Administrador, don Antonio Izquierdo Alcolea, en ejecución de acuerdo de Junta General Universal de accionistas celebrada el 8 de enero del mismo año (según certificación expedida el 10), segregó una heredad que le pertenecía, sita en el término municipal de Viladecaballs, una parcela de terreno edificable de 7,5 metros de anchura por 20 de largo, o sea, 150 metros cuadrados (parcela número 86 del plano particular de la Compañía vendedora), que vendió al matrimonio recurrente; que en la citada escritura de compraventa se reseña la de constitución social de fecha 13 de febrero de 1967, en la que fue nombrado el Administrador por un plazo de cuatro años, y otra de rectificación, de 9 de febrero de 1968, en la que se especifica que el plazo de duración del cargo de Administrador es de cinco años y no cuatro, como indicaba la precedente; que se transcribió el artículo 14 de los Estatutos Sociales, según el cual «la administración de la Sociedad y su representación en juicio y fuera de él para todos los asuntos de su giro y tráfico, incluso el otorgamiento de poderes generales mercantiles y para pleitos, corresponderá solidariamente a un mínimo de un Administrador y a un máximo de cuatro, los que usarán el título de Gerente y, en todo caso, no incompatibles, según el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955, y que, como documento unido figura una certificación de una Junta Extraordinaria celebrada el 8 de enero de 1969, en que se acordó por unanimidad «la venta de una parcela de terreno de 7,5 metros de anchura por 20 de largo, edificable según las normas de la Urbanización de TIURSA», segregada de la finca matriz, que se describe en la escritura de venta.

Presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente



documento, por lo que respecta a la segregación, en el tomo 1.497, libro 30, de Viladecaballs, folio 130, finca 1.423, inscripción 1.ª Respecto a la venta, habiéndose observado que entre las facultades del Administrador de la Compañía 'Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.', que se reseña en el artículo 14 de los Estatutos Sociales, único que se inserta en la escritura, no figura la de vender; que en el acuerdo que en la Junta General de dicha Compañía, a 8 de enero de 1969, que el señor Izquierdo manifiesta ejecutar, no se especifican ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, y que la certificación que de tal acuerdo se transcribe en la propia escritura, no tiene validez por la incompatibilidad del que la expide, al tratarse del propio señor Izquierdo; se ha suspendido la inscripción, y a solicitud del presentante, se ha tomado anotación de suspensión por el término de sesenta días a favor de Jaime Segarra Bisbal y Antonia Escudero Pérez, en los mismos tomo, folio y finca citados, anotación letra A.»

Interpuesto recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando que consta en la propia escritura ser objeto de la Compañía vendedora «la compraventa y explotación de terrenos», y en el transcrito artículo 14 de los Estatutos Sociales se dice que «la administración de la Sociedad y su representación, en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, corresponderán solidariamente a un Administrador...»; que si el objeto de la Sociedad es la compraventa y explotación de terrenos y el Administrador está facultado para todos los asuntos de giro y tráfico de la Empresa, al vender un terreno que pertenece a la misma no se puede hablar de carencia de facultad de vender; que en cuanto al segundo defecto señalado de no especificarse en el acuerdo de la Junta General ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, aparece transcrita la certificación de la Junta General Extraordinaria de accionistas en que se acordó la venta de una parcela de 7,5 metros de ancho por 20 de largo, con cuyos datos puede obtenerse, mediante una simple operación aritmética, la superficie que echa de menos el Registrador; que si el funcionario calificador admite la inscripción de la segregación será porque ha identificado la finca y en tal supuesto no es admisible que rechace la inscripción de la venta; que en cuanto al último apartado de la nota, que atribuye incompatibilidad para firmar la certificación al señor Izquierdo, resulta de la propia escritura que la Sociedad vendedora es una compañía anónima con sólo dos socios, que constituyen válidamente la Junta General Extraordinaria y acuerdan por unanimidad la venta, por lo que lógicamente no existe incompatibilidad al no haber otros socios para certificar, y que, como fundamentos legales, cita los artículos 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguiente de su Reglamento.

El Registrador informó que el objeto social se indica en la comparecencia de la escritura en forma vaga e imprecisa, sin que estime suficiente, en cuanto a las facultades del Administrador para vender, la referencia en el artículo 14 de los Estatutos, único que se transcribe al giro y tráfico de la Empresa; que si bien la Resolución de 16 de octubre de 1964 y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1969 admiten la capacidad jurídica de las sociedades para realizar actos no comprendidos en su objeto social, cuando cae fuera del giro y tráfico de la Empresa exigen acuerdo específico tomado en Junta General; que coinciden en ello el Administrador y el Notario autorizante al decir en la escritura que aquél ejecuta acuerdo de la Junta Universal de accionistas celebrada el 8 de enero de 1969, con lo cual se entra en el verdadero fondo de la cuestión; que reciente jurisprudencia del Centro Directivo y del Tribunal Supremo (Resolución de 24 de junio de 1968 y Sentencia de 20 de abril de 1960) se hacen eco de las modernas orientaciones, ten-

dentes a separar el tratamiento de la gran Sociedad Anónima y la pequeña Sociedad con escaso número de socios—a veces sólo dos—, en la cual, dadas sus especiales características, las normas legales deben aplicarse con gran flexibilidad y prudencia para facilitar su funcionamiento y evitar todo posible perjuicio a uno de los socios; que por dichos motivos no se pueden considerar como auténticos ni el acta de la Junta Universal ni la correspondiente certificación inserta literalmente en la escritura firmada sólo por el señor Izquierdo, en su consideración de Secretario-Presidente, sin el visto bueno del otro socio, con lo sencillo que hubiera sido que firmase también ambos documentos, todo ello con infracción de lo dispuesto en los artículos 24 y 61 de la Ley de Sociedades Anónimas, y que, en cuanto a la falta de expresión de linderos y superficie métrica de la finca, si bien en la escritura se cumple lo establecido en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, no ocurre así en el acuerdo de la Junta en que se basaba la venta, lo que impide saber si la finca que se autoriza a vender es o no la misma que se describe en la escritura, pues aparte de no consignarse los linderos de lo vendido, no es suficiente, a efectos de identificación en cuanto a la cabida, dar dos medidas lineales, que, según la forma del polígono, producirán resultado distinto.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

Al haberse omitido el preceptivo informe notarial fue solicitado el mismo y el fedatario que autorizó el instrumento expuso: Que si bien no resulta claro, a veces, qué debe entenderse por giro y tráfico de una empresa, en el presente caso aparece claro el objeto social al decirse en la escritura que es «la compra, venta y explotación de terrenos mediante su urbanización, tanto para zonas industriales como para urbanas, construcciones de inmuebles y cualquier otra actividad que tenga similitud con las indicadas»; que aunque los estatutos se hubieran limitado a decir simplemente que la administración y representación de la Sociedad se encomendaba a un Administrador, sin especificar sus facultades, su representación se extendería a todos los asuntos pertenecientes al giro y tráfico de la Empresa, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 76 de la Ley de 17 de julio de 1951, que regula las Sociedades Anónimas; que dicho precepto formula con carácter absoluto el principio del ámbito legal de la representación, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el Administrador en sus relaciones internas con la Sociedad; que así lo entiende también la doctrina, por lo que carece de fundamento legal la razón que alega el Registrador para suspender la inscripción de no figurar entre las facultades del Administrador, en el artículo estatutario transcrito en la escritura, «la de vender»; que a mayor abundamiento existe acuerdo de la Junta General Universal de accionistas adoptado por los dos únicos socios existentes entonces, el señor Izquierdo y su esposa, doña Nuria Bolet Solá, para la venta de parcelas, sin que, a juicio del informante, sea necesario describirlas con todo detalle, puesto que se indica el número de las mismas en el plano particular de la finca, acuerdo que al proceder de órgano soberano y supremo de la Sociedad debe cumplirse, por no ser contrario a la Ley ni a la moral, y que carece de fundamento igualmente la incompatibilidad que señala el Registrador para expedir el Administrador la certificación que acredita dicho acuerdo, ya que sólo existían los dos socios citados. Y la Dirección General confirma el auto apelado, que revocó la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 11, 24, 61 y 76 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de

julio de 1951; 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento para su ejecución; la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1959, y las Resoluciones de este Centro de 19 de diciembre de 1942, 6 de diciembre de 1954, 5 de noviembre de 1956, 16 de octubre de 1964 y 17 de abril de 1972.

Considerando que este recurso aparece planteado entre los mismos recurrentes y el mismo Registrador y tiene, además, idéntico contenido y ha sido definido con los mismos argumentos que el resuelto por este *Centro directivo el 17 de abril de 1972*, en donde declaró: *a)* que en la venta formalizada en la escritura discutida tenía el Administrador facultades suficientes para obrar en nombre de la Sociedad por estar el acto concluido dentro del giro o tráfico de la Empresa, al ser su objeto social la compraventa de terrenos, lo que le autorizaba para realizarlo válidamente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 11-3.º y 76 de la Ley de Sociedades Anónimas; *b)* que la descripción de la finca segregada y vendida reúne las circunstancias exigidas por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, y que al resultar plenamente identificado el inmueble, y el mismo funcionario calificador lo ha entendido así al inscribir la segregación realizada, no hay obstáculo para inscribir igualmente la posterior venta, y *c)* que si bien normalmente las certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas deben expedirse por el Secretario con el visto bueno del Presidente, es indudable que cuando ambos cargos recaen en una misma persona, no cabe negar validez a las certificaciones expedidas sólo por ella, y si, como ocurre en el presente caso, el Secretario-Presidente es a la vez el Administrador único de la Sociedad, tampoco puede decirse que exista incompatibilidad para que con este último carácter ejecute el acuerdo social.

15. *Resolución de 26 de abril de 1972 (B. O. del E. de 9 de junio).*

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura otorgada en Tarrasa, el 29 de enero de 1969, ante el Notario don José Gabriel Erdozain Gaztelu, la Sociedad «Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.», representada por su Administrador, don Antonio Izquierdo Alcolea, en ejecución de acuerdo de Junta General Universal de accionistas celebrada el 8 de enero de dicho año 1969 (según certificación expedida el 28), segregó de una heredad que le pertenecía, sita en el término de Viladecaballs, una parcela de terreno edificable de 5 metros de ancho por 20 de fondo, o sea, 100 metros cuadrados (parcela número 74 del plano particular de la Compañía propietaria), que vendió a doña Dominica Casanova Tello; que en la citada escritura de compraventa se reseña la de constitución social de fecha 13 de febrero de 1967, en la que fue nombrado el Administrador por un plazo de cuatro años, y otra de rectificación de 9 de febrero de 1968, en la que se especifica que el plazo de duración del cargo de Administrador es de cinco años y no cuatro, como indicaba la precedente; que se transcribió el artículo 14 de los Estatutos Sociales, según el cual «la administración de la Sociedad y su representación, en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, incluso el otorgamiento de poderes generales mercantiles y para pleitos, corresponderá solidariamente a un mínimo de un Administrador y a un máximo de cuatro, los que usarán el título de Gerente, y, en todo caso, no incompatibles, según el Decreto-Lev de 13 de mayo de 1955», y que, como documento unido, figura una certificación, fecha 28, de la Junta General Extraordinaria celebrada el 25 de enero de 1969, en que se acordó por unanimidad «la

venta de una parcela de terreno de 5 metros de anchura por 20 de largo, edificable según las normas de la Urbanización TIURSA», segregada de la finca matriz, que se describe en la escritura de venta.

Presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el presente documento respecto a la segregación en el tomo 1497, libro 30, de Viladecaballs, folio 133, finca 1.424, inscripción 1.º Respecto a la venta, observándose que entre las facultades del Administrador de la Compañía 'Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.', que se rescña en el artículo 14 de los Estatutos Sociales, único que se inserta en la escritura, no figura la de vender; que en el acuerdo de la Junta General de dicha Compañía de 8 de enero de 1969, que el señor Izquierdo manifiesta ejecutar, no se especifican ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, y que la certificación que de tal acuerdo se transcribe en la propia escritura no tiene validez por la incompatibilidad del que la escribe, al tratarse del propio señor Izquierdo, se ha suspendido la inscripción y, a solicitud del presentante, se ha tomado anotación de suspensión por el término de sesenta días a favor de Dominica Casanova Tello, en los mismos tomo, folio y finca citados, anotación letra A.»

Interpuesto recurso gubernativo contra la anterior calificación alegando que consta en la propia escritura ser objeto de la Compañía vendedora «la compraventa y explotación de terrenos», y en el transcrito artículo 14 de los Estatutos Sociales se dice que «la administración de la Sociedad y su representación, en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, corresponderá solidariamente a un Administrador...»; que si el objeto de la Sociedad es la compraventa y explotación de terrenos y el Administrador está facultado para todos los asuntos de giro y tráfico de la Empresa, al vender un terreno que pertenece a la misma, no se puede hablar de carencia de facultad de vender; que en cuanto al segundo defecto señalado de no especificarse el acuerdo de la Junta General, ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, aparece transcrita la certificación de la Junta General Extraordinaria de accionistas, en que se acordó la venta de una parcela de 5 metros de ancho por 20 de largo, con cuyos datos puede obtenerse, mediante una simple operación aritmética, la superficie que echa de menos el Registrador; que si el funcionario calificador admite la inscripción de la segregación será porque ha identificado la finca, y en tal supuesto, no es admisible que rechace la inscripción de la venta; que en cuanto al último apartado de la nota, que atribuye incompatibilidad para firmar la certificación al señor Izquierdo, resulta de la propia escritura que la Sociedad vendedora es una Compañía Anónima con sólo dos socios, que constituyen válidamente la Junta General Extraordinaria y acuerdan por unanimidad la venta, por lo que lógicamente no existe incompatibilidad al no haber otros socios para certificar, y que como fundamentos legales citaba los artículos 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento.

El Registrador informó que el objeto social se indica en la comparecencia de la escritura de forma vaga e imprecisa, sin que estime suficiente, en cuanto a las facultades del Administrador para vender, la referencia en el artículo 14 de los Estatutos, único que se transcribe, al giro y tráfico de la Empresa; que si bien la Resolución de 16 de octubre de 1964 y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1969 admiten la capacidad jurídica de las sociedades para realizar actos no comprendidos en su objeto social, cuando caen fuera del giro y tráfico de la Empresa exigen acuerdo específico tomado en Junta General; que coincide en ello el Administrador y el Notario autorizante al decir en la escritura que aquél ejecuta acuerdo de la Junta Universal de accionistas

—celebrada el 8 de enero de 1969, según la escritura, y el 25 del mismo mes y año, según la certificación inserta en ella—, con lo cual se entra en el verdadero fondo de la cuestión; que reciente jurisprudencia del Centro Directivo y del Tribunal Supremo (Resolución de 24 de junio de 1968 y Sentencia de 20 de abril de 1960) se hacen eco de las modernas orientaciones tendentes a separar el tratamiento de la gran Sociedad Anónima y la pequeña Sociedad con escaso número de socios—a veces sólo dos, en la cual, dadas sus especiales características, las normas legales deben aplicarse con gran flexibilidad y prudencia para facilitar su funcionamiento y evitar todo posible perjuicio a uno de los socios; que por dichos motivos no se pueden considerar como auténticos ni en el acta de la Junta Universal ni la correspondiente certificación inserta literalmente en la escritura firmada sólo por el señor Izquierdo, en su consideración de Secretario-Presidente, sin el visto bueno del otro socio, con lo sencillo que hubiese sido que firmase también ambos documentos, todo ello con infracción de lo dispuesto en los artículos 24 y 61 de la Ley de Sociedades Anónimas, y que, en cuanto a la falta de expresión de linderos y superficie métrica de la finca, si bien en la escritura se cumple lo establecido en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, no ocurre así en el acuerdo de la Junta en que se basaba la venta, lo que impide saber si la finca que se autoriza a vender es o no la misma que se describe en la escritura, pues aparte de no consignarse los linderos de lo vendido, no es suficiente, a efectos de identificación en cuanto a la cabida, dar dos medidas lineales, que, según la forma del polígono, producirán un resultado distinto.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

Al haberse omitido el preceptivo informe notarial fue solicitado el mismo y el fedatario que autorizó el instrumento expuso: Que si bien no resulta claro, a veces, qué debe entenderse por giro y tráfico de una empresa, en el presente caso aparece claro el objeto social al decirse en la escritura que es «la compra, venta y explotación de terrenos mediante su urbanización, tanto para zonas industriales como para urbanas, construcciones de inmuebles y cualquier otra actividad que tenga similitud con las indicadas»; que aunque los estatutos se hubieran limitado a decir simplemente que la administración y representación de la Sociedad se encomendaba a un Administrador, sin especificar sus facultades, su presentación se extendería a todos los asuntos pertenecientes al giro y tráfico de la Empresa, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 76 de la Ley de 17 de julio de 1951, que regula las sociedades anónimas; que dicho precepto formula con carácter absoluto el principio del ámbito legal de la representación, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el Administrador en sus relaciones internas con la Sociedad; que así lo entiende también la doctrina, por lo que carece de fundamento legal la razón que alega el Registrador para suspender la inscripción, de no figurar entre las facultades del Administrador, en el artículo estatutario transcrito en la escritura, «la de vender»; que a mayor abundamiento existe acuerdo de la Junta General Universal de accionistas, adoptado por los dos únicos socios existentes entonces, el señor Izquierdo y su esposa, doña Nuria Bolet Solá, para la venta de parcelas, sin que, a juicio del informante sea necesario describirlas con todo detalle, puesto que se indica el número de las mismas en el plano particular de la finca, acuerdo que al proceder de órgano soberano y supremo de la Sociedad debe cumplirse, por no ser contrario a la Ley ni a la moral, y que carece de fundamento igualmente la incompatibilidad que señala el Registrador para expedir el Administrador la certificación que acredita dicho acuerdo, ya que sólo existían los dos socios citados.

Y la Dirección General confirma el auto apelado, que revocó la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 11, 24, 61 y 76 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento para su ejecución; la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1959, y las Resoluciones de este Centro de 19 de diciembre de 1942, 6 de diciembre de 1954, 5 de noviembre de 1956, 16 de octubre de 1964 y 17 de abril de 1972.

Considerando que este expediente plantea la misma cuestión, que es defendida, además, con idénticos argumentos jurídicos, que las resueltas por las Resoluciones de 17 y 25 de abril de 1972, que declararon: a) que en la venta formalizada en la escritura discutida tenía el Administrador facultades suficientes para obrar en nombre de la Sociedad por estar el acto concluido dentro del giro o tráfico de la Empresa, al ser su objeto social la compraventa de terrenos, lo que le autorizaba para realizarlo válidamente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 11-3.º y 76 de la Ley de Sociedades Anónimas; b) que la descripción de la finca segregada y vendida reúne las circunstancias exigidas por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, y que al resultar plenamente identificado el inmueble—y el mismo funcionario calificador lo ha entendido así al inscribir la segregación realizada—no hay obstáculo para inscribir igualmente la posterior venta, y c) que si bien normalmente las certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas deben expedirse por el Secretario con el visto bueno del Presidente, es indudable que cuando ambos cargos recaen en una misma persona, no cabe negar validez a las certificaciones expedidas sólo por ella, y si, como ocurre en el presente caso, el Secretario-Presidente es a la vez el Administrador único de la Sociedad, tampoco puede decirse que exista incompatibilidad para que con este último carácter ejecute el acuerdo social.

C) *COMENTARIO.*—Las diferentes cuestiones objeto de las Resoluciones que anteceden, pueden, a nuestro juicio, reducirse a las siguientes:

- Si las facultades del Administrador de la Sociedad vienen exclusivamente determinadas por el objeto social consignado en los Estatutos de la misma.
- Si la facultad de certificar de los acuerdos de Junta puede corresponder al Secretario-Presidente o existe incompatibilidad para ello por concurrir ambos cargos en una misma persona.
- Si se cumple o no lo previsto en el artículo 9 de la Ley y 51 del Reglamento—relativos a la exigencia de determinar la superficie de la finca con arreglo al sistema métrico decimal—cuando únicamente se expresan las medidas lineales de frente y fondo.

Respecto de la primera de las cuestiones apuntadas es indudable la equiparación de las expresiones «giro o tráfico» con la de objeto social, ya que con tal analogía se quiere simplemente indicar el techo máximo de actuación lícita de la Sociedad, de manera que ésta sólo pueda acometer válidamente aquellas operaciones que le sean propias por estar comprendidas dentro de su objeto.

Pero en el presente caso, el recelo del Registrador que califica está justificado. En la escritura presentada sólo se transcribe el artículo 14 de los Estatutos Sociales en su dicción literal: «La administración de la Sociedad y su representación, en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro o tráfico...» La interpretación de esta norma estatuta-

ria nos lleva a considerar que el Administrador goza de facultades: de administración indudablemente, como su propio nombre indica; de representación, incluso con la facultad de otorgar poderes; pero ¿las tiene de disposición? Normalmente, en la vida de la Sociedad, todas las facultades de administración y disposición están subsumidas dentro de la figura del Consejo de Administración, órgano que es soberano para actuar sin límite dentro del giro o tráfico de la Sociedad, o sea, dentro de su objeto social. En las grandes sociedades—y ésta es la perspectiva contemplada por nuestra Ley de Sociedades Anónimas—suele existir la figura del Consejo-Delegado investido de todas o de alguna de las facultades del Consejo salvo las de carácter indelegable. Mas esto no quiere indicar que el Consejero-Delegado sea omnímodo, sino que tiene un límite determinado por la previa delegación a su favor. En la pequeña Sociedad, carente de adecuada regulación en nuestro Derecho positivo, propiamente no existe Consejo de Administración, se habla de Administrador y, en consecuencia, todas las facultades corresponden a la Junta General de los socios, siendo los Estatutos Sociales los que habrán de determinar en cada caso concreto el contenido y alcance de las facultades de gestión atribuidas a los Administradores. Estos, sean únicos o colegiados—Consejo de Administración—, normalmente cuentan con un trío de facultades—administración, disposición y representación—. Pero así como las facultades de representación creemos no pueden cercenarse al Administrador único, ya que esto equivaldría a desvirtuar su naturaleza, si los Estatutos y la Junta General son enteramente libres para decidir acerca de la disposición en el sentido de atribuirla con mayor o menor amplitud al Administrador. Por ello, al establecerse en el artículo 14 de los Estatutos las facultades de administración y representación en favor del Administrador único, cabe la duda racional de si tal administración incluye los actos de disposición del patrimonio social o si, por estar limitada la actuación del Administrador, será la propia Junta General la que ejecute los actos dispositivos. Ante la duda, ésta parece ser la solución prudente y adecuada, pero lo que ocurre en el presente caso es que, además, existe un acuerdo adoptado en Junta General facultando al Administrador para la disposición que de por sí elimina toda incertidumbre.

La deficiente regulación de las Sociedades Anónimas familiares o de escasa cuantía económica obliga también a la actuación de una misma persona en una dualidad de funciones, que, según la propia Ley, se atribuyen a diferentes cargos. Es un tanto anómalo que si la Ley exige que las certificaciones de los acuerdos adoptados en Juntas Generales se expidan por el Secretario con el visto bueno del Presidente, caso típico contemplado por la Ley de actuación del Consejo de Administración, se vengan a exigir estos mismos requisitos para aquellos casos en que no existe Consejo. Si la Sociedad es reducida en cuanto al número de miembros, es indudable que lo que interesa es el acuerdo de la Junta decisorio de las operaciones a realizar. Este acuerdo de Junta es lógico que pueda consignarse en certificación expedida por el socio Secretario-Presidente, ya que ello no entraña ningún vicio para la validez y eficacia del acuerdo certificado.

Finalmente, respecto del cumplimiento de lo exigido por el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, constituye una práctica, a nuestro juicio, viciosa y muy frecuente, la de que en la descripción de las fincas sujetas a Registro el título se limite a establecer los linderos de frente y fondo, obligando al Registrador, si quiere sujetarse estrictamente a lo dispuesto en la Ley, a realizar la operación aritmética que ofrezca el resultado de la extensión superficial de la finca. Pero esto no es lo grave; suele ocurrir, y es el caso más frecuente, que las fincas no ofrezcan una figura regular, siendo por eso más complicado determinar

su área. Ello quiere decir que las fincas así descritas si acuden al Registro e ingresan en él, no están delimitadas en cuanto a una característica tan esencial como la de su extensión, que puede dar entrada en el Registro a una serie de fincas con total incumplimiento del principio de especialidad; que puede originar una serie de problemas posteriores respecto de las sucesivas segregaciones que de la finca inscrita se realicen; y que puede hacer ingresar en el Registro excesos de cabida no justificados con violación de lo dispuesto en el artículo 298 del Reglamento. Por ello, aunque el principio de la fe pública no actúa respecto de circunstancias físicas de la finca, entre ellas su superficie, es indudable que si lo hacen los restantes principios del sistema, y además se quiera o no, el Registro cada día está más inclinado hacia el campo de la realidad física de los inmuebles, especialmente en zonas urbanizadas y, sin duda alguna, en las ciudades. En consecuencia, permitir el acceso al Registro de fincas no delimitadas en cuanto a su extensión, supone un paso atrás en el desarrollo e interpretación de nuestro Derecho Registral.

E. F. C.



## II. Sentencias del Tribunal Supremo

### 1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,  
JUAN MANUEL REY PORTOLÉS,  
JOSÉ CERDÁ GIMENO y  
FRANCISCO CASTRO LUCINI

#### I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

*HIPOTECA MOBILIARIA Y EMBARGO JUDICIAL NO ANOTADO* (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1971).

*Hechos.*—Se constituyó hipoteca mobiliaria sobre la maquinaria de la Sociedad J. M., pero no se acreditaba en la escritura de constitución de hipoteca el carácter de representante de dicha Sociedad del constituyente de la hipoteca, de lo cual advertía el Notario a los otorgantes. Estando sin ratificar ni inscribir la escritura de hipoteca mobiliaria, los trabajadores de la Empresa embargaron la maquinaria en un procedimiento de reclamación de créditos laborales, sin que fuera anotado dicho embargo. Con posterioridad, la Sociedad hipotecante ratificó la hipoteca mobiliaria anteriormente otorgada y fue inscrita en el Registro. En ese momento, el titular de dicha hipoteca ejercitó acción de tercería de mejor derecho contra los trabajadores y contra la Empresa, para que sea considerado preferente su crédito hipotecario frente a los créditos laborales de los demandados.

Los trabajadores demandados alegan que la hipoteca, aunque constituida antes, fue ratificada e inscrita con posterioridad al embargo, por lo que es nula, conforme al artículo 2.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, pues hay que considerar fundamental la fecha de la ratificación, ya que, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite el efecto retroactivo de ésta, hace la salvedad específica de que «cabe que el interés del tercero, por derechos adquiridos en el ínterin, impida tal retroacción», que es lo que ha ocurrido en este caso. Y, además, la inscripción registral es un requisito indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida, y en este caso, la fecha de la inscripción de hipoteca es posterior a la del embargo.

El Juzgado de Primera Instancia número 17 de los de Barcelona desestima la demanda y su sentencia fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

*Doctrina de la sentencia.*—El demandante interpone recurso de casación por interpretación errónea del artículo 2.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, pues no puede prevalecer un embargo no anotado frente a una hipoteca inscrita y por aplicación indebida del artículo 6 de la Ley de 26 de julio de 1922.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar al recurso, confirmando la doctrina sentada por la sentencia famosa de 14 de octubre de 1965. En la presente sentencia, el Tribunal Supremo argumenta así:

«Considerando que, en efecto, en la sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 1965 se fija y estudia el valor que debe otorgarse al embargo decretado judicialmente, aunque no anotado en el Registro de la Propiedad Mobiliaria, en contemplación de los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954, destacando los términos en que la Ley se produce, sin aditamento alguno en relación con los bienes ‘embargados’ (letra estricta del texto legal) y ‘como’ esta condición se adquiere jurídicamente, con las demás razones que en dicha sentencia se contienen afectantes al orden registral, haciéndose referencia a los términos potestativos empleados por el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, al decir ‘podrán anotar’ explicando al referirse a los efectos de repercusión sobre terceros, que en el caso entonces enjuiciado estaban perfectamente al corriente del aludido embargo, que al existir quitaba validez a la posterior o posteriores hipotecas que sobre el mismo bien se trataron de constituir.»

«Considerando que la doctrina de dicha sentencia es perfectamente aplicable a la cuestión aquí debatida, así como también lo es en cuanto se refiere a la falta de fuerza vinculante de la ‘exposición de motivos, que sólo puede tener la misma Ley una vez aprobada’; pero, además, debe resaltarse singularmente que en la resolución recurrida se aceptan los fundamentos de la apelada, o sea, la de primera instancia, y en el quinto razonamiento de la misma se expresa claramente que cuando el representante de la Empresa J. M. otorgó su consentimiento a la hipoteca mobiliaria, por escritura de ratificación de 28 de diciembre de 1967, le constaba, por ser ella la ejecutada en el procedimiento laboral, el embargo de 13 de octubre de 1967, y también al tercerista, suegro del Gerente de la mencionada Sociedad, por lo que al carecer de buena fe el titular de la hipoteca mobiliaria no puede gozar de los beneficios que la legislación registral dispensa al tercero de buena fe; doctrina igualmente sostenida en el fundamento tercero de la misma resolución, en donde se añade que al no darse cumplimiento (más bien se diría acatamiento) a una norma que prohíbe la hipoteca mobiliaria de los bienes anteriormente embargados, ‘se había realizado un acto nulo’, y como quiera que la apreciación de esa mala fe ni siquiera es cuestión aludida en el recurso, por esa razón y por las precedentemente expuestas el motivo primero tiene que ser desestimado.»

«Considerando que, asimismo, debe ser desechado el motivo segundo, en el que se aduce la infracción, por indebida aplicación del artículo 6.º de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, pues, en primer lugar, aun sin necesidad de tocar el tema..., pues la cuestión propuesta en este segundo motivo es intrascendente para producir la casación de la sentencia que se impugna, pues el recurrente se limita a atacar un razonamiento más de índole secundario cuando existen otros que, por sí mismos, justifican y determinan el fallo; pero, además, el artículo 6.º de la Ley aquí invocada es citado con excesiva generalidad, puesto que consta de varios párrafos y reglas, y de referirse el recurrente a la segunda, en cuanto esa regla se extiende ‘a toda obligación que pretenda contraer’ el suspenso y ‘para celebrar todo contrato’, el recurrente restringe el sentido amplio y el alcance de la norma expresada, que, por tanto, tam-

poco está indebidamente aplicada. Téngase en cuenta, respecto a este último considerando, que la sentencia recurrida aplicó el artículo 6.º de la Ley de 1922, porque cuando se otorgó la escritura de ratificación de hipoteca, la Sociedad estaba en suspensión de pagos y se hizo sin intervención ni autorización de los interventores de la suspensión de pagos.»

*Comentario.*—Con esta sentencia queda consolidada como doctrina legal la tesis de la sentencia de 14 de octubre de 1965, consistente en que el embargo no anotado prevalece sobre la hipoteca mobiliaria posteriormente inscrita, en el caso de que el acreedor hipotecario conociera la existencia del embargo. Debe darse aquí por reproducido el importante comentario de LA RICA en esta misma Revista (ver el núm. 454, del año 1966, págs. 655 y sigs.).

Únicamente cabe destacar alguna particularidad del supuesto de hecho ahora planteado: que el embargo no anotado se refería a créditos laborales, y este detalle podría determinar la preferencia del crédito de los trabajadores sobre el del titular de la hipoteca mobiliaria, prescindiendo del problema de si el embargo se anotó o no y de si hubo buena o mala fe, pues el artículo 10 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, al señalar la preferencia del crédito hipotecario, deja a «salvo siempre la prelación por créditos laborales». Quizá no se haya planteado el caso por esta vía, por no ser los bienes discutidos de los que están incorporados a la explotación del empresario (aunque esto es dudoso, pues se trataba de maquinaria de la Empresa), pues no siendo bienes con tal carácter, el artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo no concede prelación a los créditos laborales y, como dice GULLÓN BALLESTEROS (*Anuario de Derecho Civil*, año 1964, fascículo IV, pág. 791), el artículo 10 «trata sólo de dejar a salvo la preferencia de los créditos laborales con arreglo a la legislación especial», no de una forma absoluta.

Otra particularidad que ofrece el presente supuesto es que la hipoteca se constituyó en escritura de fecha anterior al embargo, pero como no se acreditó la representación de la entidad hipotecante, ésta hizo la ratificación y posterior inscripción después del decreto judicial de embargo. El Tribunal Supremo no sólo destaca la falta de buena fe del acreedor hipotecario, como destacó en la sentencia de 14 de octubre de 1965, sino que ahora tiene en cuenta, como momento para determinar la buena fe, el de la escritura de ratificación y no el de la escritura de constitución de hipoteca, y ello tanto respecto a la entidad hipotecante como al acreedor hipotecante tercerista, pues señala que *en tal momento* tanto una como otro conocían la existencia del embargo, a pesar de no estar anotado. Es decir, el Tribunal Supremo no aplica la idea de retroactividad de la ratificación, quizá por lo que destaca el demandado en su contestación a la demanda, porque el efecto de la ratificación no puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros en el ínterin.

**ARTICULOS 38 Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. TERCERIA DE DOMINIO CON MOTIVO DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA.** (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1971).

*Hechos.*—El Banco «X» inició el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria contra el titular registral y su esposa, para ejecutar la hipoteca constituida por éstos sobre finca inscrita a su nombre. Doña Angelina R. B. interpone demanda de tercería de dominio por entender que una de las fincas era privativa de la misma y, sin embargo, fue vendida en el año 1944 por su esposo al actual titular registral sin cono-

cimiento de la misma, por lo que la inscripción registral nació viciada de nulidad, y otras de las fincas ejecutadas estaban comprendidas en el documento privado de venta, que el titular registral había otorgado a favor de la demandante y de su esposo con fecha anterior a la hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de la Palma desestima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por la demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que la tercería de dominio implica el ejercicio de una acción reivindicatoria, no olvidando lo prevenido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, según el cual hay que entablar previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones correspondientes a los demandados, y no estando incluido el caso de autos en ninguna de las excepciones establecidas por la jurisprudencia a esta doctrina general, los Juzgadores de Instancia no han incurrido en la imputada interpretación errónea del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria ni, en consecuencia, han podido violar el artículo 348 del Código Civil, como se denuncia en el motivo examinado.»

«Considerando que amparada la garantía hipotecaria de la adquisición por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (considerando cuarto del Juzgado, admitido por la Audiencia), sin impugnación eficaz en el recurso, es inoperante a los efectos de este recurso su motivo cuarto, en que se alega la violación de los artículos 4, 1.261 y 164 del Código Civil y 33 de la Ley Hipotecaria, que en nada afecta al recurrido Banco Español de Crédito, como tercero de buena fe.»

«Considerando que, en todo caso, bastaría para la desestimación íntegra del recurso la falta de legitimación activa proclamada en la sentencia recurrida (considerandos segundo, tercero y cuarto de la Audiencia), al no pertenecer los bienes litigiosos a la parte actora, en el concepto que los pide, de única y exclusiva propiedad, sino que han de ser atribuidos éstos a la sociedad legal de gananciales, formada por ésta y su esposo, lo que ni siquiera se ha intentado combatir en el recurso, cuya firmeza provoca irremediablemente su desestimación total.»

**PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL. FINCA INDEPENDIENTE «ELEMENTO COMUN» DE OTRAS. TERCERIA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1971).**

*Hechos.*—La Comunidad de Propietarios de una urbanización interpone demanda de tercería de dominio contra don José M. M. y contra la entidad L. F., porque la finca que se embargó a ésta, aunque constaba inscrita a nombre de dicha entidad, era un elemento común de las diferentes parcelas vendidas a la Comunidad, según resultaba de las inscripciones de cada una de dichas parcelas, y, por tanto, pertenecía en propiedad a la Comunidad, debiendo alzarse el embargo trabado.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Madrid estimó la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital, que en forma contradictoria sienta que la finca reivindicada por la parte demandante no estaba identificada y que no había demandado la nulidad o cancelación de la inscripción de dicha finca, como exige el artículo 38, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria.

La Comunidad demandante interpone recurso de casación apreciando contradicción en el fallo de la Audiencia, pues si la finca inscrita no ha sido identificada (a pesar de que las pruebas demuestran que sí lo fue), no hay por qué exigir que se impugne la inscripción y, además, entiende la parte recurrente que, en cualquier caso, no hay que impugnar la inscripción de la finca en cuestión, sino interpretarla en relación con las inscripciones de las demás parcelas vendidas, de las que se desprende que la titularidad de la finca embargada correspondía, en realidad, a los titulares de dichas parcelas.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, desestima el recurso, pues aunque admite el motivo del recurso relativo a las pruebas de estar identificada la finca reivindicada con la embargada, destaca que la nueva sentencia que habría de dictarse sería igualmente desestimatoria de la postura del recurrente por las razones que señala en el tercer considerando:

«Considerando que el artículo 38, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, establece el principio de la legitimación registral, a virtud del cual, a todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo, y como aplicación o consecuencia de ese principio, el propio artículo 38, en su párrafo segundo, dispone que no podrá ejercitarse ninguna acción contraria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, conjunción procesal de las dos acciones, que es perfectamente lógica, pues mientras no se ataque a la inscripción, el contenido de ésta constituye un obstáculo para la decisión judicial, por lo que es preciso, de no haberlo reclamado previamente, que en el pleito se pongan a la vez en cuestión la realidad jurídica y los pronunciamientos registrales, y siendo así que la parte demandante reclama como de su pertenencia una finca cuyo dominio figura inscrito a favor de la entidad ejecutada, 'La F. S. A.', sin reclamar al propio tiempo la nulidad o cancelación de tal inscripción, es llano que procede rechazar también el tercero y último motivo, que, amparado en el número primero del mencionado artículo 1.692, denuncia la aplicación indebida del citado artículo 38, párrafo segundo.»

*Comentario.*—Se pueden sacar a relucir algunas cosas a propósito de la teoría de la «finca independiente, 'elemento común' de otras», patrocinada por DELGADO ROLLÁN en esta Revista (núm. 482, de 1971, págs. 121 y sigs.), pues en el presente caso, la finca embargada y reivindicada era una finca que en el folio de las fincas dominantes se configuró como elemento común de las mismas, pero en el folio de la propia finca elemento común no constaba este carácter.

La decepción que habrá sufrido la parte demandante con esta sentencia, debido a que creería que en los libros del Registro aparecía con efectividad plena la titularidad del elemento común, no debe alcanzar o influir en los funcionarios, que, como Notarios y Registradores de la Propiedad, se preocupan de encontrar nuevas fórmulas jurídicas que no estén en contradicción con la Ley. Por ello, creo que la teoría de la finca independiente como elemento común debe abrirse paso, sin que sea obstáculo lo ocurrido con motivo de esta sentencia, pues el desconocimiento de la cualidad de elemento común de la finca se produjo no por no ser admisible tal cualidad registralmente, sino porque la misma no constaba en el folio de la finca común, sino en los folios de las fincas dominantes. Si la titularidad y adscripción como elemento común se

hubieran consignado en el folio respectivo, es decir, en el de la finca común, el principio registral de tracto sucesivo hubiera impedido cualquier anotación de embargo contra persona distinta del titular y, además, el principio de legitimación registral no hubiera actuado como impedimento de la parte demandante, sino como defensa de la misma. Pero como en el presente caso no ocurría así, el Tribunal Supremo aplicó el principio de legitimación registral a base de presumir que la titularidad de la finca no correspondía a la parte demandante.

Ha procedido adecuadamente el Tribunal Supremo, ya que como la finca figuraba inscrita a nombre de la entidad embargada, no puede ejercitarse la tercería de dominio sin solicitar la nulidad o cancelación de dicha inscripción. Y ello a pesar de que el recurrente entiende que no se trata de contradecir tal inscripción, sino de aceptarla y fundar ella, a través de las inscripciones restantes de las otras parcelas (en las que constaba el derecho sobre la finca común), la legal propiedad sobre dicha finca común, ya que este argumento desconoce que el Registro de la Propiedad se lleva por fincas, cada una de las cuales abre folio independiente, y que no se pueden interpretar caóticamente las inscripciones de un folio a través de otras, a modo de interpretación sistemática, dado que la titularidad registral se presume que existe «en la forma determinada por el asiento respectivo» (art. 38, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria), y este asiento respectivo es el de la finca en cuestión, no el conjunto de asientos, pues entonces sobraría la palabra «respectivo». Con ello no se hace más que aplicar al principio de legitimación registral lo que el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo primero, aplica al principio de fe pública.

Entonces, ¿qué tenía que haber hecho la parte demandante para tener éxito? Debería haber ejercitado la acción de rectificación conforme al párrafo penúltimo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, basándose en que la finca debería constar inscrita como elemento común de otras y no con una titularidad determinada y distinta de la real.

Por tanto, creo que hay base para entender que este pleito no se habría producido si se hubiera reflejado adecuadamente la titularidad de la finca en cuestión. Para conseguir esto basta tener en cuenta lo que dice DELGADO ROLLÁN: «El acta de inscripción contendrá un derecho de propiedad y una adscripción, adscripción que determinará de forma subjetivamente real, para el futuro, la titularidad dominical» (pág. 136, *obra citada*). O, en otras palabras, en la inscripción de la finca común constará lo siguiente: «En su virtud, inscribo esta finca como elemento común en propiedad horizontal de las fincas..., a favor de los que en cada momento sean titulares del pleno dominio de dichas fincas.» Obsérvese que llego todavía a más que mi compañero DELGADO ROLLÁN, pues éste opina que «la finca sirviente se inscribirá inicialmente a favor del propietario que la adscribe como elemento común del edificio en propiedad horizontal» (pág. citada), y aunque la diferencia práctica entre las dos opiniones creo que no es sensible, pues en ambos supuestos se señala el carácter de elemento común en el folio de la finca, sin embargo, creo que la teoría de la finca elemento común de otras va unida a la teoría de los derechos subjetivamente reales, en los que no interesa fijar una titularidad concreta, necesariamente transitoria, que lo único que va a producir es confusionismos y el formalismo de tener que exigir en el folio registral de la finca sirviente una constancia registral de la nueva titularidad, para evitar que quede desfasada la antigua titularidad. En cambio, si ya desde el principio se consigna una titularidad determinable, su duración será permanente. Y no debe tenerse, en mi opinión, ningún temor de infringir normas registrales, pues lo único que se hace es cumplirlas, ya que lo que prohíbe el principio de especialidad es una

titularidad indeterminada, no determinable, y lo único que exige la regla novena del artículo 51 del Reglamento Hipotecario es que se hagan constar «en sus respectivos lugares» el nombre, apellidos y circunstancias de las personas a cuyo favor se practique la inscripción, y en este caso, esos respectivos lugares serían las inscripciones vigentes de las fincas dominantes.

Lo que no se debe hacer es dejar en el aire la titularidad de la finca común, creyendo que basta reflejarla en las inscripciones de las fincas dominantes, pues lo que en éstas conste puede llegar a ser letra muerta si no viene confirmada por la inscripción del folio de la finca común, cosa que no sucedió en el presente caso, produciéndose la sentencia que comentamos.

En conclusión, a pesar de este caso, debe llevarse a la práctica, o seguir llevándose, según los casos, la tesis de DELGADO ROLLÁN, pues resuelve problemas prácticos de interés, como, por ejemplo, aparte de los casos que señala dicho autor, el configurar las calles particulares de una urbanización, es decir, los espacios libres que quedan como resto, después de la formación de chalets, como «elemento común» de las fincas de la urbanización, con lo cual los gastos de arreglo de las mismas serán proporcionales a sus respectivas cuotas. Naturalmente, siempre que los interesados prefieran este sistema al de establecer servidumbres de paso y no prefieran que cada cual se encargue de su calle respectiva.

**VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES: ARTICULO 23 DE LA LEY DE 21 DE JULIO DE 1965. CONCEPTO DE TERCERO. EFICACIA DEL REGISTRO (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1971).**

*Hechos.*—En el mes de julio de 1968, la Sociedad A. A. vendió a don César R. R. un camión marca Ebro, con reserva de dominio mientras no se hubieren pagado todos los plazos, conforme a la Ley de 17 de julio de 1965, no constando inscrita la transmisión en el Registro Especial de Ventas a Plazos. En juicio ejecutivo promovido por don Arsenio J. P. contra don César R. R., fue embargado el citado camión, por lo cual la Sociedad A. A. formula demanda de tercería de dominio y, subsidiariamente, de mejor derecho, contra don Arsenio J. P. y contra don César R. R., alegando ser de su propiedad el camión embargado, en virtud del pacto de reserva de dominio, dado que no habían sido pagados todos los plazos del contrato por el comprador.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jaén desestima la demanda, siendo revocada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada.

El demandado, don Arsenio J. P., interpone recurso de casación por vulneración del párrafo primero del artículo 23 de la Ley de 17 de julio de 1965, sobre venta de bienes muebles a plazos.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, estima el recurso casando la sentencia de la Audiencia, por lo siguiente:

«Considerando que entre los motivos que integran el recurso figura el que lleva el número sexto, en el que se denuncia la infracción, por interpretación errónea, del artículo 23, párrafo primero, de la Ley de 23 de julio de 1965, sobre venta de muebles a plazos, por lo que se refiere al concepto de 'tercero', en él contenido. Tal artículo dispone que 'para que sean oponibles a tercero las reservas de dominio o las prohibiciones de enajenar, que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley,

será necesaria su inscripción en el Registro, a que se refiere el párrafo siguiente', y penetrando en el estudio del mismo, se ve que tal precepto presenta las particularidades siguientes: A) Hace referencia al concepto de 'tercero', sin distinción alguna; por tanto, afecta a los que lo sean por creer que les pertenece un derecho, como a aquellos que persiguen la cosa, para hacerse pago con su valor de un crédito que obra en su patrimonio, se refiere al concepto de 'tercero', en toda la generalidad que se deriva del artículo 1.257 del Código Civil, o sea, que los contratos sólo producen efecto entre los que los hayan suscrito y sus herederos, salvo en cuanto a estos últimos la excepción que establece, por lo que toma el concepto de 'tercero civil' en toda su amplitud, extendiéndola a todos los que no hubieren tomado parte en el mismo. B) Se refiere a las dos hipótesis que contempla, o sea, a las reservas de dominio y a las prohibiciones de enajenar, entendiéndose, por lo que respecta a las primeras, que el dueño, al contratar sobre una cosa, en la que conserve algún derecho como tal, deberá hacer constar el mismo en el Registro que se crea, y sólo así, antecediendo la inscripción de su derecho al que esgrimiera sobre la cosa el tercero, podrá el dueño hacer efectivo su derecho sobre la misma. C) El nuevo sistema que en esta Ley se adopta es un remedio oportuno, inspirado en el derecho inmobiliario, contra el principio general que, en materia posesoria, deriva del artículo 464 del Código Civil, que la identifica con el título; las pruebas laboriosas que hubieran debido hacerse para evitar esa identificación se sustituyen con ventaja por la inscripción en el Registro de reservas de dominio, por lo que transferida la posesión con reserva de éste debe el dueño utilizar el Registro que se crea y con ello desaparece la clandestinidad, se conserva el derecho reservado y el tercero sabe a qué atenerse en el momento en que quiere hacer efectivo el suyo; la inseguridad de derechos se convierte en claridad mediante el remedio señalado, el que era necesario adoptar en la venta de objetos muebles de valor, de cuantía parecida a los inmuebles y a los que era preciso aplicar, en lo posible, las medidas asegurativas que para éstos establece la legislación.»

**PROPIEDAD HORIZONTAL: NO PROCEDE LA SEGREGACION DE UN ELEMENTO DEL EDIFICIO (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1971).**

*Hechos.*—El actor ejercita acción contra la Comunidad de Propietarios del edificio del que forma parte el taller-solar de su propiedad, según la inscripción registral, solicitando se declare la segregación de dicho taller-solar, que figuraba por error en la escritura de compra como formando parte del edificio, sin haberse realizado la previa segregación, ya que, en realidad, constituye una finca completamente independiente, con entrada propia y sin más conexión con el edificio que la meramente registral.

El Juzgado de Primera Instancia número 18 de los de Madrid desestima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el actor, por lo siguiente:

«Considerando que... hay que tener presente que cuando, como en este caso, la operación de división por piezas y locales de una misma finca está perfectamente realizada y permanecen como consecuencia de dicha circunstancia una serie de elementos comunes de los que participan todos los propietarios de aquellos locales y pisos, es indudable que se hace im-



procedente la segregación solicitada, y tan ello es así que el artículo 401 del Código civil reduce y encaja la facultad de división precisamente a un inmueble en su conjunto para dividirlo en pisos o locales, es decir, excluyendo, por tanto, la división de los elementos comunes del ya dividido—sentencia de 23 de abril de 1956—, y todo de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley especial de 21 de julio de 1960, en cuanto que establece que las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división, añadiendo 'que esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados, y por eso también los artículos 4 y 21 de la misma sientan la no procedencia de la acción de división para hacer cesar la situación de comunidad, que regula esa Ordenación legal', y.. en este caso, en que el estado de Comunidad se había constituido dos años antes de la adquisición por el recurrente del local sobre el que ejercita la acción de división 'como una porción de la totalidad de la finca', teniendo a su disposición una serie de elementos comunes que le pertenecen y que fueron tenidos en cuenta para la fijación del coeficiente de participación que tiene asignado en la Comunidad, y así se expresa en la sentencia recurrida. , y se deduce también de la doctrina de esta Sala en sus sentencias de 31 de enero de 1967, 9 de julio de 1951 y 16 de octubre de 1964, entre otras, que sientan que el dividir una casa en cada uno de esos departamentos para su adjudicación es salir de la indivisión, a los efectos del artículo 400, y que aquella división constituye uno de los medios de hacer efectivo el derecho establecido en dicho precepto, con la perpetua indivisibilidad del condominio sobre elementos comunes. »

## II. DERECHOS REALES

### *TERCERIA DE DOMINIO DE UN VEHICULO ANTE EL EMBARGO DEL MISMO. FECHA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS. POSESION DE MUEBLES (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1970).*

*Hechos.*—Ante el embargo trabado por la Hacienda Pública sobre un vehículo que el tercerista había comprado del embargado en documento privado de fecha anterior al embargo, dicho tercerista interpone la acción correspondiente para que el vehículo quede libre del embargo.

Estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia de Pontevedra y por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, el Abogado del Estado, en representación del ramo de Hacienda, interpone recurso de casación, por violación del artículo 1.227 del Código Civil, relativo a la fehacencia de la fecha de documentos privados, y aplicación indebida del artículo 464, ya que este artículo no debería haberse aplicado al caso debatido.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso:

«Considerando que... la fecha de estos documentos (los privados) no sólo surte efecto con relación a quienes no hayan intervenido en ellos en los casos previstos en el artículo 1.227, sino también desde que su fecha quede adverbada por cualquiera de los medios establecidos por el artículo 1.215 del mencionado Cuerpo legal (sentencias de 20 de diciembre de 1956 y 4 de febrero de 1957), como ha ocurrido en el supuesto que aquí se contempla.»

«Considerando que el título que la resolución recurrida reconoce al actor no lo constituye la mera posesión del vehículo, sino el documento privado.., y aunque no existiera dicho título escrito..., siempre resultaría que la persona que transmitió el vehículo al tercerista se hallaba protegida por la presunción de legitimidad, que el artículo 464, en relación con el 434 del Código mencionado, establece en favor del poseedor de buena fe.»

*DIVISION JUDICIAL DE COSA COMUN (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1970).*

*Hechos.*—Desestimada por el Juzgado de Primera Instancia la demanda interpuesta por la copropietaria de cuatro pisos de un edificio en proindivisión para que se practicara la división de los mismos adjudicando a la demandante los pisos primero y cuarto, y siendo revocada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que estimó la demanda declarando la división de los pisos, adjudicando a la actora los pisos primero y cuarto, la copropietaria demandada interpone recurso de casación por violación e interpretación errónea del artículo 402 del Código civil, pues el pleito debería haber versado sobre la declaración de divisibilidad e indivisibilidad de la cosa común (los cuatro pisos), y para el caso de declararse la divisibilidad, acudir a la regulación del artículo 402 en trámite de ejecución de sentencia.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, porque siendo muy concreta la petición de la demanda solicitando la división y adjudicación de pisos determinados, la sentencia de la Audiencia, al decidir la división y adjudicación de los pisos primero y cuarto a la parte demandante, es totalmente congruente, y porque no se ha infringido el artículo 402 del Código civil, pues el supuesto de este artículo es muy distinto al de autos, esto es, al de división judicial, que fue solicitada como derivación de la acción ejercitada, que es una de las tres formas de división en la que el Juzgador interviene con más amplitud que en las del artículo 402 y de modo distinto, porque las realiza directamente, ateniéndose a las normas establecidas en los artículos 400 y siguientes de igual Ley sustantiva y, de un modo especial, a las reglas fijadas por la división de la herencia.

*ACCION REIVINDICATORIA. ACCESION DE BUENA FE. DELIMITACION DE PROPIEDADES (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1970).*

*Hechos.*—El actor reivindica el terreno sobre el que los demandados han abierto un pozo, simulando que el terreno perforado les pertenece en base a una supuesta segregación de la finca colindante, por lo que solicita también la nulidad de la escritura de segregación y compra y de la correspondiente inscripción registral, pues todas esas operaciones han sido producto de una falsedad para legitimar las obras de apertura del pozo y quedan denunciadas en la realidad por la existencia de un camino que, según el Catastro, separa la propiedad del actor de la de los demandados.

El Juzgado de Primera Instancia, practicadas las pruebas documental, pericial, testifical, la confesión y el reconocimiento judicial, dicta senten-

cia estimando la demanda y considerando a los demandados como constructores del pozo de mala fe, por lo que debe aplicarse la teoría de la accesión para tal supuesto.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete estima la demanda en cuanto a la reivindicación del terreno discutido, pero desestima la demanda en cuanto a la accesión, pues considera que los demandados han construido de buena fe, por lo que debe aplicarse la opción del artículo 361 del Código Civil.

*Doctrina de la sentencia.*—Los demandados interponen recurso de casación por numerosos motivos, pero el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso desestimando todos los motivos, partiendo de las declaraciones y hechos probados por la sentencia recurrida sobre identificación y título del objeto reivindicado y confirmando dicha sentencia.

**ACCION REIVINDICATORIA: NO PROCEDE SOBRE UN EXCESO DE SUPERFICIE NO ACREDITADO (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1971).**

*Hechos.*—El actor ejercita acción reivindicatoria contra los demandados, reclamando la propiedad de la finca inscrita a su favor, debiéndose tener en cuenta que medida recientemente la finca tiene 52.850,32 metros cuadrados, a pesar de que en la inscripción aparece con 34.635 metros cuadrados y con distintos linderos. Los demandados, que carecen de título escrito de dominio sobre las fincas colindantes, alegan que no puede extenderse la propiedad del actor más allá de la superficie registral, pues las parcelas colindantes les pertenecen a ellos por usucapión.

El Juzgado de Primera Instancia de Castro Urdiales desestimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

*Doctrina de la sentencia.*—El demandante interpone recurso de casación entendiendo que la sentencia de la Audiencia no hace declaración alguna sobre la acción reconvenzional que llevaba consigo la contestación a la demanda, pero el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso, pues en el escrito de contestación a la demanda no se planteó reconvencción, por lo que no había que resolver sobre ésta, limitándose los demandados a alegar la adquisición por usucapión a los solos fines defensivos frente a las pretensiones de la parte actora.

**BIENES MUNICIPALES Y BIENES ESTATALES (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1971).**

*Hechos.*—El Abogado del Estado, en representación de la Dirección General del Patrimonio del Estado, interpone acción reivindicatoria contra el Ayuntamiento de Porcuna (Jaén) sobre el castillo llamado «Torreón de Boabdil», por estimar que es de dominio público estatal, a lo que contesta el Ayuntamiento que tal «Torreón» pertenece al municipio, pues aunque carece de título inscrito y no está incluido en el Inventario de Bienes Municipales, ha sido poseído desde tiempo inmemorial por el Ayuntamiento.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jaén desestima la de-

manda, considerando ser el castillo propiedad del Ayuntamiento por título de prescripción, siendo confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada.

El Abogado del Estado interpone recurso de casación por estimar infringido el artículo 339, número 2, del Código Civil, así como los artículos referentes a la prescripción, por no ser prescriptible un bien de dominio público como es el castillo.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso, pues el recurrente hace supuesto de la cuestión, ya que ha quedado sin demostrar en el proceso que la «Torre de Boabdil» fuera dominio privativo del Estado ni que estuviera dedicado al servicio de defensa del territorio, por lo que la sentencia recurrida no ha cometido violación del número 2 del artículo 339 del Código Civil, ni del 341 ni de los artículos sobre la prescripción.

**TERCERIA DE DOMINIO: NEGOCIO FIDUCIARIO (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1971).**

*Hechos.*—Don Juan G. I. interpone demanda de tercería de dominio contra la entidad «F. I.» y contra don Peter S., ante el embargo trabado por aquella entidad contra este último sobre una finca que don Juan G. I. había comprado en escritura pública de fecha anterior al embargo. La entidad demandada «F. I.» contesta negando validez a la citada escritura, por ser torpe su causa y haber sido otorgada en fraude de acreedores. En la réplica, el actor tercerista expone que la compra no tuvo una causa torpe, sino que fue hecha en nombre propio, pero por cuenta ajena, al objeto de cumplir posteriormente un encargo lícito del mandante, lo cual daba lugar a que su titularidad no fuera ordinaria o normal, pero no por ello obedecía a una causa torpe.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que estima que la titularidad limitada del tercerista es insuficiente para el ejercicio de la acción reivindicatoria de tercería.

El actor interpone recurso de casación, alegando que la sentencia de la Audiencia desconoce la figura jurídica del negocio fiduciario, creador de una titularidad especial, pero con efectos *erga omnes*, tanto si se sigue la llamada «teoría del doble efecto», como si no, pues en cualquier caso, respecto a terceros, la titularidad del tercerista debe tener plena eficacia, no reconocida por la sentencia recurrida.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso, porque el recurrente cambió en la réplica los términos en que planteó la demanda, pues ya no basa su título en la adquisición de propiedad por la escritura de compra, sino en la existencia de un mandato o en un negocio fiduciario, y esta fundación de su título, ajena totalmente a la demanda, contradice la relación jurídica procesal que obliga a los litigantes a no sobrepasar los términos del pleito, circunscritos por la demanda y contestación, principio que no se cumple en este caso, al sustituir el demandante en el escrito de réplica la fundamentación «fáctica y jurídica» sentada inicialmente, alegando otros totalmente distintos, que son los que se mantienen en los dos motivos que se examinan, pues esta variación del pleito infringe en esencia el artículo 548 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, que al permitir que en este trámite puedan los litigantes ampliar, modificar o adicionar sus pretensiones, mas sin que puedan alterar lo que sea objeto principal del pleito, parte de que el mismo no puede ser fundamentalmente alterado en los escritos de réplica y suplica, pues ello llevaría a que hubiera de fallarse sobre un litigio distinto del que inicialmente se planteó. Por todo ello, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, que negó la existencia de justo título de dominio a favor del actor, pues según el propio actor reconoció, en la réplica carecía del señorío abstracto y unitario imprescindible para el éxito de la tercería.

*Comentario.*—El motivo segundo del recurso incitaba doctrinalmente a entrar en el examen de esa figura especial que es el negocio fiduciario, pero el Tribunal Supremo, que se mueve por razones prácticas del caso concreto, ha considerado más adecuado no entrar en el examen de dicha figura, desestimando el recurso por la razón de tipo procesal de haberse producido una ampliación de la demanda en el escrito de réplica, ampliación que, en el sentir del Supremo, produjo un cambio en la fundamentación «fáctica y jurídica» de la demanda. El comentarista no ha tenido ocasión de «vivir» el caso planteado, como han hecho los diferentes juzgadores, pero, a primera vista, parece que si la titularidad del tercerista había de estimarse como titularidad fiduciaria, la ampliación de la demanda no era tan fundamental como se señala, sobre todo desde el punto de vista jurídico, pues frente a terceros tal titularidad tiene idénticos efectos *erga omnes* que la titularidad ordinaria, por lo que debe considerarse suficiente para el ejercicio de la acción reivindicatoria. Pero el Tribunal Supremo no sólo ve un cambio de fundamentación «jurídica», sino «fáctica», y en este aspecto, el comentarista desconoce el alcance de esos nuevos elementos fácticos. En cualquier caso, de esta sentencia no puede extraerse ninguna opinión del Tribunal Supremo sobre el negocio fiduciario, pues, como queda dicho, ha preferido no entrar en el fondo de la cuestión, prescindiendo de calificar si la titularidad del tercerista era o no fiduciaria.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: GASTOS DE PORTERIA (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1971).**

*Hechos.*—El Presidente de la Comunidad de Propietarios de un bloque de viviendas con siete portales, interpone demanda contra el titular del local situado en el sótano del bloque para que contribuya, con arreglo al porcentaje fijado en la escritura, a los gastos de los siete porteros, a lo que contesta el demandado que, a lo sumo, estaría dispuesto a pagar los gastos del portero inmediato al local de su propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santander desestima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

El demandante interpone recurso de casación, tachando de incongruente a la sentencia recurrida, pues el demandado estaba dispuesto a satisfacer, por lo menos, los gastos de una portería y la sentencia le absuelve totalmente y, además, considera infringido el artículo 9 de la Ley de 21 de julio de 1960 y los artículos del Código Civil sobre interpretación de los contratos.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar

al recurso, estimando que la sentencia recurrida es congruente, ya que la declaración del demandado fue puramente defensiva y no constituyó reconvencción, por lo que tenía que recogerse en la sentencia. Y, además, la sentencia hizo una correcta interpretación de los Estatutos, pues «al establecerse tantas comunidades parciales como portales tiene el bloque y hacer participar a los propietarios de locales de negocio de los gastos que solamente corresponden a los de portero y portal, que por razón de su acceso o entrada integre una de esas comunidades parciales», no puede admitirse la tesis de la demanda de hacer contribuir al titular del sótano en los gastos de las siete porterías. Y, respecto a la infracción que se alega del artículo 9 de la Ley de 21 de julio de 1960, «debe prevalecer el principio de autonomía contractual, por lo que no han de tener el concepto de gastos generales los que por pactos han sido excluidos para individualizarlos entre propietarios de determinados pisos y locales de negocio respecto a cosas o servicios sobre los que, por razón de sus más directas relaciones, se han constituido comunidades parciales, cual en el supuesto de autos, y con arreglo a los Estatutos por los que se rige la Comunidad, se establecen en relación a cada uno de los siete portales y porteros que integran el bloque, lo que es perfectamente acorde a cuanto dispone el artículo 9 en su párrafo final, en relación con el artículo 396 del Código civil.»

*MONTE VECINAL EN GALICIA (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1971).*

*Hechos.*—Los vecinos del lugar de Moimente, en el municipio de Boiro, reconocieron a don Fernando G. C. el derecho a compartir en la misma proporción que cualquier otro vecino de los beneficios y aprovechamientos que produzca el monte. Ahora, el citado don Fernando G. C. interpone demanda contra los demás comuneros alegando que le niegan toda participación en los beneficios del monte.

El Juzgado de Primera Instancia de Noya desestima la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por uno de los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que, como puede comprobarse, tanto en la legislación actual, constituida por la citada Ley de 27 de julio de 1968 y su Reglamento de 26 de febrero de 1970, como en la precedente, la titularidad, por ministerio de la Ley, va inherente a la condición de vecino integrante en cada momento del grupo comunitario de que se trata, y claro está que este carácter de vecino, constitutivo de un *status* complejo de derecho administrativo y civil, es un hecho independiente de la voluntad de los demás vecinos, que no pueden crearla, ni extinguirla ni modificarla, porque es de orden público y a los efectos estrictamente civiles está regulada por el artículo 15 del Código Civil, de forma que, como dice la sentencia recurrida, lo que han hecho los demandados no ha sido una enajenación, sino un puro y simple reconocimiento de un hecho, la vecindad, probada no sólo por este reconocimiento, sino por otras pruebas, tales como el padrón de vecinos, la testifical y otros actos demostrativos, como el hallarse viviendo con casa abierta y varias edificaciones anejas a ella desde hace múltiples años, las gestiones por escrito en defensa de los intereses locales con el carácter de vecino, etc.»

**ACCION REIVINDICATORIA. ACCESION** (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1971).

Como en la demanda había partido el actor de que las construcciones las realizó la Delegación Provincial de Industria de Cuenca (entidad demandada) sobre el terreno de su propiedad, el Tribunal Supremo destaca en esta sentencia que no puede prosperar el recurso de casación interpuesto por el demandante, pues en él parte de que tales construcciones fueron realizadas por el propietario recurrente, lo cual es una cuestión nueva, que no puede prosperar, dado el principio procesal de preclusión.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES. ACCESION DE MALA FE** (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1971).

**Hechos.**—Estando en construcción un edificio se vendieron sus diferentes pisos por contratos privados, en los que los vendedores se remitían, en cuanto a descripción y detalles del edificio, al proyecto redactado por el Arquitecto, en el que no figuraba para nada la existencia de sótanos. Ocupados ya muchos de los pisos por los compradores, los constructores modificaron el proyecto y construyeron un sótano, que vendieron a A. M. M. Los compradores de los pisos demandan a los constructores y al comprador del sótano, A. M. M., porque tratándose de un edificio en régimen de propiedad horizontal no puede construirse un sótano bajo suelo común, sin intervención de la Comunidad, debiendo por ello quedar tal sótano, en este caso, como propiedad de la Comunidad, por haber sido construido de mala fe en elemento común del inmueble.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid estima la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad. Ambos juzgadores aplican la teoría de la accesión de mala fe.

Los constructores demandados interponen recurso de casación por interpretación errónea del artículo 396, párrafo primero, del Código Civil, manteniendo que el sótano no es elemento común, sino un anejo del local de la planta baja, y por violación del artículo 5, párrafo primero, de la Ley de 21 de julio de 1969, manteniendo que cuando se construyó el sótano no había surgido aún la Comunidad de Propietarios ni la propiedad horizontal, al no haberse otorgado todavía la escritura pública que serviría de título constitutivo de esta propiedad.

**Doctrina de la sentencia.**—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente: 1.º Porque la sentencia recurrida no declara que el sótano sea elemento común, sino que ha sido construido *sobre un elemento común*, como es el suelo, lo que supone un despojo para la Comunidad. 2.º Porque el título constitutivo a que alude el artículo 5 de la Ley especial no hace nacer la Propiedad Horizontal, sino que deriva de la propia Ley cuando se produce la adquisición de los diferentes pisos, sin que el citado título tenga otra significación que la de acoplar y regular aquellos derechos que la Ley otorga a los propietarios de los distintos pisos de un inmueble. 3.º Porque la existencia de «mala fe» es una cuestión de hecho de la libre apreciación del Tribunal sentenciador, sin que se haya combatido en la forma adecuada.

**PROPIEDAD DE AGUAS. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS** (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1971).

En una cuestión de titularidad de aguas promovida por el Alcalde del Ayuntamiento contra el propietario de la finca en que nacían las aguas, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre Bernardo, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Alcalde, confirmando la «reiteradísima doctrina de esta Sala, en el sentido de que cuanto afecta a la labor interpretativa de los contratos está atribuida privativamente al Tribunal de Instancia y ha de ser respetada, aun en caso de duda, en el recurso, por estimarse no se infringen los preceptos que sobre hermenéutica se contienen en el Código Civil, de no resultar en forma notoria en relación al texto interpretado, ilógica, irracional, errónea o absurda, en atención al que es objeto de litis».

**DESLINDE DE FINCA EN TRAMITE DE EJECUCION DE SENTENCIA** (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1971).

*Hechos.*—Por sentencia firme de la Audiencia Territorial se declaró que la parcela de tierra bosque «Bellanosa», de extensión nominal 18 jornales, pertenece, en cuanto a sus aprovechamientos forestales y derechos de pastos, al actor, debiendo procederse, en ejecución de sentencia, a la delimitación del área del bosque dentro de los límites señalados en la escritura, valiéndose, en su caso, de los planos catastrales e informes periciales, y en caso de no poderse identificar plenamente los lindes, se atribuya un área a partir de los lindes Mediodía y Oriente, una superficie de 18 jornales del país, marcándose y señalándose debidamente.

Al ejecutarse este fallo surgen diferencias de interpretación y el actor interpone recurso de casación contra el auto de la Audiencia (que revocó el del Juzgado) por entender que interpretaba mal la sentencia del juicio declarativo, pues concedía una superficie de 18 jornales dentro de los límites señalados en la escritura, cuando en realidad había que atenerse, en principio, a tales límites (prescindiendo de la superficie), y sólo subsidiariamente (en caso de no poderse identificar los límites de la escritura) debía atenderse a la superficie de 18 jornales.

*Doctrina del Tribunal Supremo.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso, confirmando el auto de la Audiencia, por entender que se adapta a la sentencia del juicio declarativo, ya que la primera declaración de ésta hacía referencia a una parcela de tierra bosque de extensión nominal 18 jornales, por lo que no puede considerarse subsidiaria la referencia a superficie en este caso.

**ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO: DEMOLICION DE OBRAS DE MALA FE** (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1971).

*Hechos.*—El actor solicita se declare la inexistencia de servidumbre de acueducto sobre dos fincas de su propiedad, que pretendía ostentar el «Hostal X», pues éste había realizado obras para conducir el agua procedente de unos manantiales de propiedad del actor hacia la finca de dicho Hostal.



El Juzgado de Primera Instancia de Algeciras estima la demanda declarando la inexistencia de servidumbre de acueducto y la demolición de las obras, por haber sido realizadas de mala fe.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla declara, por un lado, que las fincas del actor están libres de servidumbre de acueducto, pero, por otro, mantiene que debe entenderse constituida una servidumbre forzosa de acueducto a favor del demandado, conforme a los artículos 557 y 558 del Código Civil.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por el actor, que considera contradictoria la sentencia de la Audiencia, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge Martín, estima el recurso, entendiendo que existe la referida contradicción en los pronunciamientos de la sentencia recurrida, «sin que pueda desvirtuarla el fundamento contenido en el considerando once de dicha sentencia, referido a que el tema debatido sobre existencia o inexistencia de servidumbre es completamente distinto de la posibilidad de su constitución forzosa si se dan las condiciones precisas para ello, conforme a los artículos 557 y 558 del Código Civil, pues en los autos no se planteó el derecho de los reconvinentes de hacer pasar el agua de que pueda disponer para una finca suya y el cumplimiento de los requisitos del segundo de los preceptos citados, sino la de la adquisición de los referidos derechos por concesión de los propietarios de las fincas hoy pertenecientes al recurrente, razones por las que procede la estimación del motivo, y con él, la del recurso».

**PROPIEDAD INDUSTRIAL: CUESTION PROCESAL DE QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1971).**

En una cuestión de lesión y perturbación de derecho de explotación de patente, el actor interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma, por denegación de diligencia de prueba, cuya falta ha producido indefensión, y el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso, pues se había propuesto la ampliación de un dictamen pericial ya practicado en Segunda Instancia, por lo que, de acuerdo con el artículo 630 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Sala podía no acordar tal ampliación para mejor proveer, sin que contra ello se dé recurso alguno, según reiterada doctrina de esta Sala (sentencias, entre otras, de 26 de febrero de 1960, 31 de octubre de 1963 y 24 de abril de 1965).

**ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: LEGITIMACION DEL COMUNERO (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1971).**

*Hechos.*—Uno de los copropietarios de una casa con corral ejercita acción negatoria de servidumbre contra el propietario colindante, que había construido un edificio con luces y vistas sobre el corral del que es propietario el demandante y su madre y hermanos. El demandado alega la falta de título justificativo de la propiedad del actor y la existencia de signos de servidumbre antes de levantar el nuevo edificio.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Burgos estimó la demanda y su sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

El demandado interpone recurso de casación alegando error de hecho y derecho en la apreciación de la prueba y que el actor ha accionado en su propio nombre y no en interés de la comunidad de la que es copropietario, por lo que carece de acción contra el recurrente.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso: «Considerando que la sentencia recurrida sienta como hecho, derivado del conjunto de la prueba practicada en los autos, que el actor tiene acreditado suficientemente hallarse correctamente legitimado para la promoción del presente litigio, y que, como coheredero que es, actúa en la litis, no sólo por sí, sino en beneficio de la comunidad hereditaria, de la que aún forma parte, premisa esta de hecho, que mientras no se destruya por el cauce adecuado, ha de subsistir, sin que sea factible que sobre un supuesto contrario al establecido por el Tribunal *a quo* se aplique una norma legal que resulta improcedente, cuando, como en este caso, no encaja en la base de hecho, que permanece inalterable, dado que aquellos motivos, cuarto y quinto, que el recurrente señala como denunciadores del error de hecho y de derecho, al involucrar ambos en cada uno de ellos, llevan en sí una confusión no admitida en la técnica procesal del recurso, por lo que acarrearán ambos su inadmisión, y en este trámite, su desestimación, y, en consecuencia, la del motivo primero, en cuanto a la infracción denunciada.»

#### **INTROMISIONES EN FINCA AJENA: DELIMITACION DE PROPIEDADES (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1971).**

*Hechos.*—Los actores interponen demanda contra los propietarios de finca colindante solicitando se dicte sentencia requiriéndolos para que se abstengan de efectuar ningún descorche en las suertes de tierra que citan como de su propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia, de San Roque estima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

*Doctrina de la sentencia.*—Los demandados interponen recurso de casación basándose en que no se ha ejercitado la acción previa de deslinde entre propiedades ni acreditado que existía tal colindancia, según certificación registral que acompaña, por lo que no se les puede privar de efectuar descorche en unas fincas que no han sido debidamente delimitadas. Pero el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso, entendiendo que «conforme a la constante y reiterada doctrina de esta Sala, ninguno de tales documentos (alegados por el recurrente) tiene el carácter de auténtico a efectos de casación; máxime si se tiene en cuenta que el Tribunal de Instancia llega a su conclusión por el examen conjunto de todas las pruebas practicadas, contra lo que no cabe, según la doctrina jurisprudencial, desarticularla y pretender que prevalezca alguno de sus elementos ya examinados y tenidos en cuenta al resolver».

#### **ACCION REIVINDICATORIA. EXPROPIACION FORZOSA (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1971).**

*Hechos.*—Se interpone acción reivindicatoria contra la Diputación Provincial y contra el Estado respecto a unas fincas que aquélla donó al

Patronato Nacional Antituberculoso del Estado, en base a un título de expropiación de la cedente, que la parte actora estima no ser suficiente, pues no consta haberse realizado el pago del justiprecio.

*Doctrina del Tribunal Supremo.*—Desestimada la demanda en ambas instancias, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso interpuesto por los actores, por carecer los revindicantes de título legítimo de dominio, ya que ha quedado pobado en el pleito que perdieron la propiedad de las fincas al haberles sido expropiadas por la Diputación Provincial, conforme a la Ley de 7 de octubre de 1939, que procedió a su ocupación y pago, por lo que la Sala sentenciadora no ha cometido violación del artículo 349 del Código civil.

*ACCION REIVINDICATORIA: DOCTRINA PROCESAL DE CASACION*  
(SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1971).

*Hechos.*—Ejercitada acción reivindicativa por el dueño de una finca formada por agrupación de otras dos, contra varios demandados, por entender que habían invadido parte de su finca, el Juzgado de Primera Instancia de Mataró desestimó la demanda, pero la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona sienta distinto criterio, ya que condena a uno de los demandados y absuelve a los otros dos.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por la demandada, que había sido condenada a entregar el terreno invadido, alegando error de hecho en la apreciación de la prueba, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, señalando que no puede prosperar la alegación de error en la apreciación de la prueba en base a la escritura que se indica, cuando, como ocurrió en este caso, «la Sala sentenciadora efectúa la identificación de la finca y, por tanto, la determinación de su situación y linderos, como resultado conjunto de las pruebas documental, pericial y de reconocimiento judicial», por ser «reiterada la doctrina de esta Sala, reflejada en las sentencias de 4 de junio de 1941, 23 de enero de 1942 y 1 de febrero de 1947, entre otras, de que no cabe combatir en casación la eficacia de una prueba determinada cuando se aprecia en combinación con otros medios probatorios».

*PROPIEDAD HORIZONTAL· COLOCACION DE UNA MARQUESINA EN LA FACHADA DEL EDIFICIO* (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1971).

*Hechos.*—Doña T. A., arrendataria de un establecimiento destinado a cafetería y pastelería, sito en la planta baja de un edificio, efectuó, previas las oportunas licencias municipales, una obra exterior, consistente en la colocación de una cubierta o marquesina, con cierre del espacio comprendido entre cubierta y suelo, que sobresalía unos tres metros de la línea de fachada, todo ello de estructura metálica.

Ante esta obra, los propietarios de los pisos primero derecha e izquierda del edificio en régimen de propiedad horizontal interponen la correspondiente demanda, estimando que tal obra modifica la estructura, configuración y estado exterior del inmueble e introduce un elemento de inseguridad en las viviendas de los actores. por la gran facilidad de

acceso a las ventanas del piso primero que otorga esa cubierta, y priva a las habitaciones del derecho de vistas vertical, por lo que suplica se dicte sentencia condenando a la demandada a desmontar la cubierta o marquesina existente, devolviendo al inmueble su primitivo estado.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Pamplona estimó la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

La demandada interpone recurso de casación alegando la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandada la propietaria del local, y señalando que la obra realizada no ha menoscabado la seguridad del edificio, pues está simplemente adosada al mismo, sin penetrar en él, y está en la vía pública, y para su ocupación se contó con la correspondiente licencia municipal.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso, entendiéndose que la relación jurídica procesal está bien constituida y rechazando las restantes alegaciones de la recurrente en la forma siguiente:

«Considerando que, asimismo, deben rechazarse los restantes motivos del recurso... Primero: Porque aun cuando las obras adosadas a la pared de un edificio no alteren su configuración ni modifiquen su estructura, a los efectos prevenidos en el párrafo primero del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 y sentencias de esta Sala de 27 de octubre de 1961, 4 de abril de 1964 y 30 de noviembre de 1965, no por ello las que aquí son objeto de debate dejaron de perturbar las facultades dominicales de que con anterioridad a su realización gozaban los propietarios de las viviendas situadas en un plano inmediatamente superior al muro a que fueron anexionadas, puesto que según los hechos que la sentencia recurrida declara probados, les privaron de visibilidad sobre la acera y les produjeron 'molestias e incluso peligros por la mayor facilidad que representa el acceso desde la calle a través de sus ventanas', por lo que supone, por parte de su autor, un ejercicio anormal de derechos y una utilización de los mismos en perjuicio de tercero y en forma contraria a la convivencia, que al estar en contradicción con la doctrina proclamada por las sentencias de 4 de octubre de 1961 y 10 de junio de 1963, y al haberse llevado a efecto sin autorización de los actores e incluso de la Comunidad de Propietarios, en la forma que exige aquel precepto, así como los artículos 10, párrafo cuarto, y 11 de la referida Ley, obligaron al Juzgador de Instancia a decretar su desmantelamiento, por haberse utilizado la acción que a tal fin confirieron los párrafos segundos de los artículos 348 y 349 y de los 441 y 446, todos ellos del Código Civil, que, por consiguiente, no han sido infringidos, sin que de ningún modo pudiera permitir modificar dichas obras si con ello, aunque no totalmente, quedasen mermados o disminuidos los derechos de los demandantes. Segundo: Porque lo acabado de exponer no se desvirtúa por la circunstancia de que la recurrente instalara la marquesina de referencia con la autorización a que alude el artículo 37 de las Ordenanzas Municipales y previo abono de la correspondiente tasa fiscal impuesta por el Reglamento de Administración Municipal de Navarra, puesto que ni ello implica una limitación del dominio *establecido por las leyes*, como para producir tal efecto exige el párrafo primero del artículo 348 del citado Código, ni la obtenida en el presente caso gozaba de semejante extensión, al considerarse en ella que se otorgaba 'sin perjuicio de los derechos de tercero' .»

**PROPIEDAD MINERA: CONCEPTO DE ACCESIONES** (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1971).

*Hechos.*—En trámites de ejecución de una sentencia que condenó a la parte demandada a la entrega al actor de determinadas minas con sus accesiones, este último interpone recurso de casación, entendiendo que entre las «accesiones de la mina» deben figurar diversas edificaciones auxiliares, recientemente derribadas, procediendo la correspondiente indemnización por el derribo.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso, estimando que el problema relativo a la devolución de esas edificaciones auxiliares, situadas fuera del perímetro de las minas e incorporadas a propiedades que pertenecen a personas ajenas al pleito, no fue objeto de discusión ni de prueba en el pleito principal, por lo cual, al condenarse en la ejecutoria a los demandados a entregar «las accesiones de las minas», habían de entenderse las mismas limitadas a las producidas en su interior o a la accesión discreta a que se refiere el artículo 353 del Código Civil, en la que, conforme a los 354 y 355, se incluyen los frutos y productos que de ellas deriven».

**RETRACTO DE COLINDANTES: PROCEDE POR NO SER URBANA LA FINCA** (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1971).

*Hechos.*—Vendida una finca de 50 áreas, 42 centiáreas y 50 decímetros cuadrados, sita en término de Montroig, muy próxima al mar, a un matrimonio de nacionalidad belga, la propietaria colindante ejercita la acción de retracto, entendiendo que se trataba de una finca rústica; a lo que contesta la parte demandada diciendo que la finca comprada, dado su porvenir turístico y proximidad al mar, debe calificarse como urbana, calificación que excluye el retracto.

El Juzgado de Primera Instancia de Reus desestima la demanda, dando prevalencia para la calificación de urbana al elemento de situación junto al mar. Esta sentencia fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

La parte demandante interpone recurso de casación defendiendo la calificación rústica de la finca en el momento de la perfección de la venta, debiendo estarse a la situación en el campo o en la ciudad como elemento de distinción y no a la situación junto al mar, y debiendo excluirse también el propósito concreto del comprador de una finca a efectos del retracto. Cita las sentencias de 14 de noviembre de 1956, 17 de noviembre de 1928 y 6 de noviembre de 1947.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, declara haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que centrada así la cuestión, que, como queda expuesto, sólo afecta a la determinación de si la finca es rústica o urbana, la jurisprudencia de esta Sala viene constante y unánimemente declarando, en las sentencias que se citan en el recurso y en otras muchas, que su determinación no puede deducirse de la calificación que puedan darle los interesados al verificarse la transmisión, debiendo estarse para ello a di-

cho momento, sin que puedan influir las modificaciones posteriores y teniendo en cuenta los extremos siguientes: Primero: Por su situación en el campo o en la ciudad. Segundo: Por su aprovechamiento, explotación agrícola o vivienda, industria o comercio. Tercero: Si concurren los dos elementos anteriores, por la preponderancia de uno sobre otro.»

«Considerando que sentada tal doctrina y sin desconocer la importancia social y económica de la opinión sustentada por el Juez de Instancia, aceptada y ratificada por la Audiencia, lo cierto y positivo es que ello podría dar lugar a la promulgación de nuevas normas jurídicas, pero en tanto no se verifique, la finca de referencia nunca puede ser considerada como urbana al faltarle todos los requisitos expresados, que la Ley y la jurisprudencia exigen para tal calificación, sin que se opongan a ello los aducidos para sostener lo contrario, que podrían influir, como han influido de hecho en la valoración del terreno, que se ha elevado grandemente, pero en igual proporción para la retrayente que para los retraídos y sin que tampoco puedan aplicarse a ello los preceptos de la Ley de 1935, dictada para supuestos de arrendamiento de fincas distintos al contemplado.»

NOTA.—Me remito íntegramente al comentario de la sentencia de 3 de octubre de 1970 (ver núm. 485 de esta Revista, julio-agosto de 1971, página 967).

#### *ACCION REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1971).*

*Hechos.*—La Junta Vecinal del pueblo de O. ejercita acción reivindicatoria contra don J. L. T. A. y su esposa, exponiendo que éstos habían inmatriculado tres fincas en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, a base de crear un título falso por simulación.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Santander estimó la demanda declarando nulas las correspondientes escrituras e inscripciones registrales. Pero esta sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que desestima la demanda.

La Junta Vecinal interpone recurso de casación alegando la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, por no tenerse en cuenta las certificaciones catastrales, y la existencia de error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia v Castaño, declara no haber lugar al recurso, por carecer de autenticidad, a efectos de casación, los documentos reseñados, y por no poder desarticularse la valoración total de la prueba que se practicó en instancia, atacando uno de sus elementos individuales, respecto de los cuales la confesión carece del carácter primordial y superior que aquí se le quiere atribuir para intentar un resultado de excepción.»

#### *PROPIEDAD DE AGUAS: COMPATIBILIDAD DE DERECHOS (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1971).*

*Hechos.*—El Ayuntamiento de J., titular de unos manantiales de aguas potables para el abastecimiento del pueblo, interpone demanda contra don L. G. S., sobre recuperación de propiedad y posesión de aguas sub-

terráneas, exponiendo que el demandado había abierto un pozo en terreno de su propiedad que mermaba y distraía las aguas subterráneas, de las que era titular el Ayuntamiento, y solicitando se condenara al demandado al cierre del citado pozo y a la correspondiente indemnización de perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia de J. estima la demanda sólo en parte, condenando al demandado a reponer 0,31 litros por segundo del caudal al Ayuntamiento, haciendo las obras y distribución de las aguas que sean adecuadas para ello, y absolviéndole de los demás pedimentos de la demanda. Esta sentencia fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por el Ayuntamiento demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso, considerando que no puede prosperar la reclamación de indemnización, pues para ello es necesario con carácter previo justificar los daños y perjuicios en cuya virtud se reclaman, lo que en el caso que se contempla no sólo no se logró, sino que ni siquiera se intentó efectuar, y considerando que no se han infringido los artículos 415 del Código Civil y 23 de la Ley de Aguas, ya que el dueño de un terreno puede alumbrar y apropiarse aguas que existen bajo la superficie de su finca con tal que no distraiga aguas públicas o privadas de su corriente natural, y en este caso, el alumbramiento de aguas subterráneas realizado por el demandado sólo influía en las aguas públicas del municipio en la medida puntualmente discernida con la correspondiente prueba pericial, por lo que es posible la convivencia del derecho del particular y del que ostenta el Ayuntamiento, en la forma decretada por el Juzgador de Instancia, corroborada por la sentencia recurrida.

*ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1971).*

Esta sentencia no contiene doctrina sustantiva. Declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de la Audiencia, que había estimado la acción negatoria de servidumbre interpuesta por los demandantes. Destaca el Tribunal Supremo que la certificación catastral y la certificación del Ayuntamiento, presentadas por el recurrente, no sirven para demostrar que existiera un camino público entre las fincas de las partes en litigio, que posibilitara la apertura de luces y vistas sobre la otra, por lo cual la sentencia recurrida no ha violado los artículos 348, 1.216, 1.218 y 1.281 del Código Civil, cuya infracción denuncia el recurrente.

*FOROS: IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1971).*

*Hechos.*—Se formula demanda por la titular del dominio directo del foro denominado «Torre de Buibal» contra una sociedad compradora de unas fincas gravadas con el foro, reclamando las rentas correspondientes a las cinco últimas anualidades anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 2 de diciembre de 1963, más las cinco anualidades vencidas desde entonces, que totalizan diez anualidades de renta y se concretan en 200 fe-

rrados de trigo, 1.600 ferrados de mediano, 4.000 azumbres de vino, 10 carneros, 10 marranas, 20 gallinas y 10 reales de servicio.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pontevedra desestimó la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por la sociedad compradora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia, declara no haber lugar al recurso, sin entrar en el fondo del recurso, pues el artículo 43 de la Compilación de Galicia de 2 de diciembre de 1963 dice que las reclamaciones del tipo de las de este pleito se ajustarán al procedimiento de los incidentes y, en tal caso, según el párrafo segundo del artículo 759, en relación con el 761, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no cabe recurso de casación, sino recurso de súplica ante la propia Sala, salvo algunas excepciones, que no comprenden este caso.

*LUCES Y VISTAS: EJECUCION DE SENTENCIA* (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1971).

*Hechos.*—En el pleito principal se condenó al demandado a tapar las ventanas con vistas rectas, así como toda clase de huecos que había abierto sobre el predio del actor que no se encontrasen a las distancias legales, realizando las obras correspondientes.

En ejecución de sentencia, dicho demandado procedió a tapar algunas ventanas, dejando abiertas otras, por estimar que éstas se encontraban a la distancia permitida por el artículo 582 del Código Civil. Requerido por el Juzgado, por providencia que quedó firme, se acordó fueran realizadas las obras a su costa, y contra esta nueva providencia el demandado interpone recurso de casación, que fue resuelto por auto en sentido negativo. Apelada la anterior resolución por el demandado, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó auto confirmando el del Juzgado, salvo lo relativo a costas.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso, considerando que el Juzgado no proveyó en contradicción con el acuerdo judicial objeto de ejecución, sino que se limitó a dar cumplimiento a lo que el párrafo primero del artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa, toda vez que el demandado no había llevado a efecto las obras que estaba obligado a realizar según aquella ejecutoria, a pesar de haber sido para ello requerido por providencia que adquirió firmeza. Y, además, en la citada resolución no se le condenó a tapar parte de los huecos o ventanas que tomasen luces y vistas del predio del demandante, sino su totalidad, como se desprende del penúltimo considerando de la sentencia de Primera Instancia, que constituye un factor esencial para la interpretación de la parte dispositiva, pues en él se ordena que se tapen los 30 huecos o ventanas que se practicaron a menor distancia de la ordenada por el artículo 582 del Código Civil, por lo cual la escueta parte dispositiva del fallo ha de ser interpretada con arreglo a dicho considerando.



**PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGITIMACION ACTIVA DE CADA PROPIETARIO PARA DEFENDER A LA COMUNIDAD. SERVIDUMBRE DE LUCES (SENTENCIA DE 31 MAYO DE 1971).**

*Hechos.*—Se constituyó servidumbre de luces sobre un patio del predio sirviente de 62,40 metros cuadrados. Sobre el predio sirviente se construyó un edificio, que ocupaba incluso el patio, sobre el que directamente recaía la servidumbre de luces. Los constructores del edificio en el predio dominante habían vendido diferentes pisos en propiedad horizontal, pero conservaban la propiedad de la planta baja y del sótano, y al verse privados de luz, formulan demanda contra los propietarios del edificio construido sobre el patio sirviente, suplicando se declare la existencia de servidumbre de luces y se condene a los demandados a hacer las obras necesarias para que sea efectiva tal servidumbre.

El Juzgado de Primera Instancia número 24 de los de Madrid desestimó la demanda por falta de legitimación activa de los actores, pues tratándose de un edificio en propiedad horizontal, la representación corresponde al Presidente de la Comunidad. Esta sentencia fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara haber lugar al recurso, concretando que la cuestión que se plantea es si al Presidente elegido, por los copropietarios le corresponderá siempre la representación en juicio de la comunidad, en los asuntos que la afectan, o si tal representación es compatible con la de los socios que, individualmente, comparezcan en juicio a tal fin, se haya personado o no el Presidente dicho. Continúa diciendo el Tribunal Supremo que en la línea seguida por la jurisprudencia se afianza, cada vez más, el reconocimiento de tal legitimidad, y en tal sentido cita la sentencia de 10 de mayo de 1965, la de 28 de abril de 1966 y la de 23 de abril de 1970, en las cuales se parte de la posibilidad de ejercicio de acciones individualmente por los propietarios, dada la naturaleza de la propiedad horizontal como yuxtaposición de dos tipos de propiedad.

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo declara que deben ser aceptadas todas las peticiones de la demanda, salvó la señalada en el apartado F) (sobre reclamación de daños y perjuicios), «ya que los actores contribuyeron, en cierto sentido, con su pasividad, a que las obras continuaran hasta su final, reservándose hacer la reclamación oportuna hasta este momento; por otra parte, los daños y perjuicios causados no han sido probados y, en todo caso, sería aplicable la prescripción que determina el número segundo del artículo 1.966 del Código Civil».

**DECLARACION DE DOMINIO SOBRE EXTENSION SUPERFICIAL DE UNA FINCA (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1971).**

En un pleito sobre declaración de dominio respecto a un exceso de superficie de la finca se desestima la demanda por el Juzgado de Primera Instancia de Sueca y por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

El demandante interpone recurso de casación, alegando fundamentalmente error de hecho en la apreciación de la prueba. El Tribunal Supre-

mo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, por no evidenciar los documentos alegados el error del Juzgador en la apreciación de la prueba.

**DECLARACION DE DOMINIO. CONCEPTO DE BUENA FE A EFECTOS DE ACCESION. ACUMULACION DE ACCIONES. CONFESION. NEGOCIO VERBAL CONDICIONAL (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1971).**

*Hechos.*—Según hechos probados en el juicio, don Serafín G. I. concertó con don Salvador A. G., verbalmente, la entrega de una nave industrial sobre terreno propiedad del citado don Serafín, para que el cesionario, don Salvador, hiciese en la nave, no terminada, una serie de obras por su cuenta, sin perjuicio de tener que desalojar la industria que en la nave instalaba el citado don Salvador, cuando las posibilidades económicas del cedente le permitieran continuar por su cuenta las obras de terminación, que había tenido que suspender por falta de medios.

Don Serafín G. I. interpone demanda contra don Salvador A. G. para que se declare que la nave industrial es de la propiedad del actor y que el demandado debe dejarla libre, a disposición de aquél, retirando los elementos de instalación de su industria.

El Juzgado de Primera Instancia número 15 de los de Madrid estima en lo fundamental la demanda, siendo su sentencia revocada en parte, pero confirmada en lo principal por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El demandado interpone recurso de casación por incompetencia y defecto del procedimiento, por tratarse de acción de desahucio y por considerarse constructor de buena fe de la nave, por lo que no puede condenársele al desalojo, pues puede ejercitar su derecho de retención mientras no se le indemnice del importe de la construcción.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso, destacándose lo siguiente de esta sentencia:

1.º Que en caso de acumulación de acciones en la demanda hay que atender a la acción principal por su contenido económico o por afectar al mayor número de obligaciones, para determinar la competencia y el procedimiento.

2.º Que la prueba de confesión tiene por objeto acreditar hechos, pero no alcanza a la calificación jurídica de las obligaciones, que es función privativa del Juez, que calificó las mismas como procedentes de un negocio verbal condicional.

3.º Que la buena fe que exige el artículo 361 del Código Civil ha de fundarse en la ignorancia de que el predio sobre el que se construyó era de pertenencia ajena, supuesto distinto al que se contempla, en el que, según los hechos declarados y no rebatidos, la entrega de la nave se hizo a cambio de la realización de determinadas obras de acomodación y su duración se condicionaba en la forma antedicha, siendo esta contra-prestación suficiente según el convenio.

*NOTA.*—Esta sentencia confirma la opinión que mantuvimos sobre el concepto de buena fe en materia de accesión en el comentario de la sentencia de 29 de abril de 1970 (ver el núm. 484 de esta misma Revista, pág. 688).

*PROPIEDAD DE AGUAS (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1971).*

En un pleito sobre preferencia de aprovechamiento de aguas, el Tribunal Supremo, confirmando las sentencias del Juzgado y de la Audiencia, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandante, por no atacarse por la vía adecuada los supuestos de hecho de los que parte como probados la sentencia recurrida, por lo cual no puede prosperar la alegación de infracción del artículo 5, párrafo segundo, de la Ley de Aguas o de inaplicación de los artículos 5, 7 y 10 de la misma, pues no se trata de aguas públicas, sino privadas.

*ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE PASO DE ENERGIA ELECTRICA. ABUSO DEL DERECHO. ACCESION. COSAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1971).*

*Hechos.*—Doña Benjamina A. A. ejercita acción reivindicatoria y negatoria de servidumbre contra los Ayuntamientos de J. y A. y contra Leandro P. A., por haber instalado éstos sobre las fincas de la actora una serie de postes que sostenían los hilos conductores de una línea eléctrica, sin que para esta instalación hubieran obtenido el correspondiente permiso de la propietaria o el reglamentario expediente de servidumbre forzosa de paso de energía eléctrica, por lo que solicita se declare su propiedad libre de cargas y se condene a los demandados a retirar los postes e hilos de sus fincas.

El Juzgado de Primera Instancia de Elda estimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

Los demandados interponen recurso de casación basándose en que debía haber sido demandado también el Estado, dado su interés en la línea eléctrica y en que hay abuso de derecho por la propietaria, pues al solicitar que se retiren los postes procede de forma antisocial e inhumana, ya que la línea proporciona luz eléctrica a varias pedanías rurales. También se basan en que si se aplica la teoría de la accesión invertida, dado que lo más importante es la línea eléctrica respecto al terreno, se llega a la conclusión de que los postes e hilos deben ser mantenidos, sin perjuicio de conceder a la propietaria la oportuna indemnización.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso, destacándose los siguientes pronunciamientos de la sentencia:

1.º La aportación que realizó el Estado, la provincia y el municipio y la comunidad de usuarios al costo de la instalación de la línea no comporta una adquisición dominical, puesto que se trata de subvenciones. Por tanto, no había necesidad de haber demandado a dichas entidades, sino sólo a los propietarios de la línea, por lo que no falta el litisconsorcio pasivo en el planteamiento de la demanda.

2.º En cuanto al abuso de derecho alegado por los recurrentes, «resulta paradójico sostener que abusa de su derecho el propietario de unos predios que ejercita la acción negatoria de servidumbre contra quien, sin haber obtenido autorización de aquél, ni haber cumplido los trámites legales precisos para ocuparlos, levante o implante en ellos unos postes y tienda una línea de conducción de energía eléctrica, por la cual lleva

a ésta donde le conviene, lucrándose con su distribución; si existe acto contrario a derecho es el del concesionario ocupante. El ejercicio de la acción negatoria de servidumbre es el medio legítimo de librarse de la que, sin derecho alguno, pretende imponerse, y como no se demuestra que se ejercita sin un fin lícito, no puede sostenerse que ello constituye un supuesto de abuso de derecho, ya que para ello habría que acreditar que tal ejercicio se realizaba precisamente sin utilidad para su titular y sólo con el fin de causar daño a otro. Aparte de que resulta fácil trasladar los postes a otro lugar próximo.

3.º En cuanto a la aplicación de la teoría de la accesión invertida al caso de colocación de postes de energía eléctrica en suelo ajeno, el Tribunal Supremo hace las siguientes declaraciones:

«Considerando que esta manera de argumentar, aunque parezca sugestiva, no deja de ser sofisticada, porque si la línea de conducción, como el propio recurrente establece, constituye un todo indivisible, resulta evidente que una porción de ese todo no puede calificarse de accesorio, pues es principal como cualquier otra porción; la clasificación de las cosas en principales y accesorias, complementando la teoría moderna de las partes integrantes y las pertenencias, tiene como base la relación de dependencia o subordinación de las unas respecto a las otras.»

«Considerando que... resulta también sofisticada la manera de argumentar respecto a que la implantación en terreno ajeno de unos postes para soporte de una línea de conducción de energía eléctrica sea un supuesto de accesión invertida o extralimitada, porque, como ya ha declarado este Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de julio de 1925, 'para dar nacimiento al derecho de accesión debe existir previamente dominio sobre el cual recaiga la misma, siendo ineficaces para producirla aquellas construcciones o setos que se realizan contraviniendo las leyes y rebasando las limitaciones impuestas legalmente sobre el derecho de propiedad, ya se proceda con buena o mala fe', y, por otra parte, como sostiene la doctrina científica, al exigir el artículo 361 que el dueño del terreno indemnice al que de buena fe edificó, plantó o sembró, parte del supuesto de que dichas operaciones resultaron beneficiosas para él...»

«Considerando que... la admisión de la tesis del recurrente implicaría la imposibilidad de ejercitar la acción negatoria de servidumbre contra el que de buena fe intentase implantarla, pues 'ello vendría a comportar un nuevo modo de adquisición de servidumbre no prescrito por el Código Civil y no admitido tampoco por la Ley especial', y, además, 'el artículo 363 del Código Civil no puede entenderse desconectado de los que le preceden y siguen, y sólo se refiere a los supuestos de accesión que allí se reglamentan y no a la constitución de servidumbre, en los que la buena o mala fe no tiene trascendencia para que se pueda optar por el levantamiento de lo que se haya construido'...»

*Comentario.*—Vamos a hacer unas consideraciones sobre esta sentencia a propósito de la accesión.

El Tribunal Supremo ha estado acertado en el resultado que obtiene: la teoría de la accesión no puede aplicarse al supuesto de colocación de postes de conducción de energía eléctrica. Pero el razonamiento seguido no acaba de ser todo lo convincente que cabría desear.

El recurrente trata de hacer una interpretación desmedida de los preceptos de la accesión en beneficio propio: si se aplicaba la teoría de la accesión invertida al supuesto planteado, obtenía el beneficio de adquirir la porción de terreno en que estaban los postes y con ello man-

tenía la instalación, pues aparte de la base de que lo accesorio debe seguir a lo principal, que es la línea de conducción de energía eléctrica con todos sus elementos, y si se aplicaba la teoría de la accesión directa, obtenía el beneficio derivado de la buena fe, en su opinión, con idéntica consecuencia de ser mantenida la instalación, sin perjuicio de indemnizar al propietario.

Ante esta interpretación, hace bien el Tribunal Supremo en rechazarla. Pero debería ser más convincente en el razonamiento seguido. Así, cuando dice que la línea es un todo indivisible y no puede aplicársele la distinción entre cosa principal y accesorio (por ser todo principal), incurre en un sofisma parecido al del recurrente, sólo que de signo contrario, ya que si se lleva a sus últimas consecuencias tal declaración, no habría más remedio que prescindir de muchos artículos del Código Civil; por ejemplo, del artículo 375, que contempla el supuesto de dos cosas que vienen a formar «una sola» (un todo indivisible) y, sin embargo, alude a la cosa principal y a la accesorio. Lo mismo cabe decir del supuesto de accesión invertida por construcción extralimitada, que ha desarrollado la jurisprudencia. Y es que, desde el punto de vista físico y actual, podrá decirse que un todo indivisible carece de partes principales o accesorias, pero desde un punto de vista jurídico (de atribución de titularidades) cabe separar la cosa principal y la accesorio de ese todo, atendiendo a su pasado, es decir, a su estado anterior a la unión, para atribuir la titularidad del todo al propietario de la cosa principal. Este segundo punto de vista parece ser el seguido por el recurrente, por lo que no parece adecuada una contestación partiendo del primer punto de vista (estado físico y actual de la cosa), como se desprende de esta sentencia.

Creemos que la tesis del recurrente debía haberse rechazado por otro camino, que es el de negar que la colocación de postes en suelo ajeno sea el supuesto de hecho de la accesión. Según el Código Civil, la accesión da derecho a todo lo que «se les une o incorpora» a los bienes (artículo 353). En los artículos 358 y siguientes se alude a «lo edificados». Se trata de unir, incorporar o adherir edificios, construcciones u obras al terreno. No se trata de «colocar» objetos en el terreno. Distinción ésta, entre incorporación y colocación, importante, porque la primera da lugar a la accesión y la segunda no. Pero ¿dónde está el límite entre el «incorporar» y el «colocar»? Creo que para contestar a esta pregunta hay que partir de la interpretación sistemática del mismo Código: el artículo 334 nos da la contestación. En él se distingue la unión o adhesión fija al suelo (núms. 1, 2 y 3) de la colocación (con propósito de unión: núms. 4 y 6). Esta última no atribuye por sí misma la condición de inmueble al objeto colocado, pues es necesario que vaya añadido el elemento finalista o de destino. Pues bien, a la vista de estos artículos, cabe ahora preguntar: la instalación de postes, ¿es una unión o una simple colocación? Creemos que es una simple colocación de materiales en suelo ajeno, que pueden ser retirados sin detrimento alguno para los postes, aunque se produzca alguna molestia por el traslado, pues objetivamente la línea no se estropea por el hecho de que se cambien los postes de lugar y se coloquen unos metros más allá, como destaca la sentencia que comentamos. Refuerza esto la propia jurisprudencia, cuando niega el carácter de inmuebles, a propósito del número 1 del artículo 334, a las construcciones no fijas, sino transitorias, y perfectamente transportables. Pero se nos podría decir que por qué relacionamos el artículo 334 con la teoría de la accesión. Y contestaríamos que porque en él se encuentran los datos legales para saber qué es unión e incorporación, términos que son recogidos por el artículo 353 cuando define la accesión, y, además, porque el fundamento de la accesión puede considerarse la regulación de derechos en conflicto cuando se produce una unión inseparable, ya

que si se trata de una simple colocación de objetos en suelo ajeno que pueden ser retirados sin detrimento, entonces no se da el supuesto de la accesión. Así se desprende del párrafo último del artículo 360, que dice: «El dueño de los materiales tendrá derecho a retirarlos sólo en el caso de que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construida o sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones u obras ejecutadas.»

Pero el Tribunal Supremo no recoge este razonamiento, sino el antes apuntado, y lo refuerza con la cita de la sentencia de 4 de julio de 1925 y con la declaración que hace al final de que la teoría de la accesión no puede aplicarse a la adquisición de las servidumbres, en primer lugar, porque no podría dirigirse contra el titular de la servidumbre de buena fe la acción negatoria (lo cual, en nuestra opinión, no es un argumento, sino un simple efecto de admitir la tesis contraria, igual que no se daría la acción reivindicatoria); en segundo lugar, porque sería añadir un nuevo modo de adquirir las servidumbres no previsto (razonamiento éste de cierta fuerza, pero cabe contestar que el artículo 537 puede interpretarse como enunciativo, al igual que el artículo 609, que no menciona la accesión entre los modos de adquirir el dominio, y, sin embargo, produce el efecto de tal adquisición), y en tercer lugar, dice el Tribunal Supremo, porque los supuestos de la accesión no se refieren al caso de servidumbre (lo cual es cierto, pero podría pensarse que cabe la interpretación analógica).

En fin, que tampoco nos convence mucho esta teoría de que no cabe aplicar a las servidumbres la teoría de la accesión. Seguimos considerando la cuestión muy discutible. Sobre todo, teniendo en cuenta que puede existir una construcción importante y fija a propósito de una servidumbre de acueducto, y en tal supuesto parece que debía aplicarse la misma *ratio* que inspira la regulación de la accesión a propósito del dominio, si bien con diferentes efectos adecuados a la distinta naturaleza del derecho en cuestión. Por todo ello, seguimos dejando la cuestión en suspenso, hasta haber hecho un estudio a fondo de la misma, remitiéndonos entre tanto a lo que dijimos en el comentario de la sentencia de 29 de abril de 1970 (véase el núm. 484 de esta misma Revista, año 1971, página 689).

**SERVIDUMBRE DE PASO: REQUISITOS PARA SU CONSTITUCION CONFORME AL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1971).**

*Hechos.*—Se ejercita acción negatoria de servidumbre de paso, a pesar de existir una puerta abierta hacía mucho tiempo en la finca de los actores, ya que ella no constituía signo aparente de servidumbre de paso, por no haber sido abierta por el propietario común de las dos fincas en litigio, sino por el que luego fue titular de una participación indivisa de una de las fincas y padre de los actores, que más tarde vendieron la otra finca (en parte, por segregación).

El Juzgado de Primera Instancia número seis de Málaga desestima la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que declara que el demandado carecía de todo derecho de uso y posesión de la puerta existente entre ambas fincas, por no haber servidumbre de paso.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso, puntuali-

zando así los requisitos de constitución de servidumbre en el caso del artículo 541 del Código Civil:

«Considerando que, por último, ha de ser igualmente desestimado el motivo cuarto del recurso, al denunciar, al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la interpretación errónea del artículo 541 del Código Civil, toda vez que la constitución por signo aparente de las servidumbres, y que la doctrina viene denominando por determinación o destino del padre de familia, a que se refiere dicho artículo, precisa el cumplimiento de los siguientes requisitos, aparte de otros que no afectan al supuesto de autos: *a)* separación actual de los predios que venían perteneciendo a un solo propietario; *b)* existencia de un estado de hecho aparentemente de acuerdo con la pretendida servidumbre entre ambos predios, fácilmente visible y evidente del servicio prestado; *c)* que el establecimiento del estado de hecho o signos demostrativos de la servidumbre lo hubiese sido por el propietario de ambos predios, de tal modo que existiese al tiempo de la separación de los fundos por enajenación de cualquiera de ellos, y como el signo aparente de la servidumbre que es objeto de litis, constituido por esa puerta de paso entre los fundos, hoy propiedad de una y otra parte, fue establecido, allá por el año de 1917, por don R. G. O., quien no era propietario de ninguno de ellos, puesto que uno lo era de su madre, de la que a su muerte lo heredó proindiviso con sus hermanos en el año 1934, y el otro lo era de sus hijos, que lo enajenaron a quien, a su vez, vendió al demandado, con lo que, fácilmente se aprecia, no llegaron a ser en ningún momento de un solo propietario, y faltaban dos de aquellos esenciales requisitos—el *a)* y el *c)*—necesarios para tener por constituida, por signo aparente o destino del padre de familia, el derecho a aquella pretendida servidumbre, y en tal sentido, al negar la recurrida sentencia la existencia de título al amparo del mencionado artículo sustantivo, el Tribunal sentenciador lo interpreta correctamente, sin que, por tanto, pueda decirse incida la sentencia en el vicio del que se le acusa.»

*DIVISION DE COSA COMUN: CUESTION DE EXCESO DE PODER EN LA EJECUCION DE SENTENCIA (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1971).*

*Hechos.*—Como consecuencia de una sentencia firme en pleito de división de cosa común, fue vendida en trámites de ejecución de sentencia la cosa común, otorgándose la correspondiente escritura pública a favor del adjudicatario en la subasta, el cual solicitó del Juzgado que se le diera posesión de los bienes, pues el demandado en el pleito principal ocupaba el local en cuestión en base a una supuesta condición de arrendatario (condición que fue negada en el pleito principal, que versó sobre división de la cosa común).

Contra la providencia del Juzgado de Primera Instancia requiriendo al ocupante para que desalojara el inmueble, éste interpone recurso de reposición, que fue resuelto por auto desestimatorio. Por lo cual, el citado ocupante interpone recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, que fue igualmente desestimado.

En vista de ello, interpone recurso de casación, entendiendo que la resolución impugnada incurre en «exceso de poder en la ejecución», pues resuelve una cuestión de desahucio en un pleito que había versado sobre división de cosa común.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar al recurso,

partiendo de que quedó negada en el pleito principal la condición de arrendatario del ahora recurrente, y destacando que «para la viabilidad del recurso preciso es que, en efecto, se resuelven en la resolución que se recurre puntos sustanciales no controvertidos en el pleito y que, como se sostiene en la sentencia de esta Sala de 27 de febrero del año en curso, recogiendo y reiterando conocida doctrina jurisprudencial, para determinar si existe realmente la infracción anotada, no sólo han de tenerse en cuenta los estrictos términos de la sentencia de origen, sino también todos los que sean consecuencia natural e ineludible de la esencia jurídica de la situación que resuelve o, en otras palabras, que no existirá extralimitación ni, consiguientemente, exceso de poder, cuando en la ejecución de la sentencia originaria a cumplir se decida sobre una cuestión accesoria que sea también lógica y natural consecuencia de lo acordado o dispuesto en el fallo a ejecutar, interpretado éste de acuerdo con los razonamientos informadores de la parte dispositiva en cuanto sean demostrativos de su verdadero alcance, debiendo citarse al respecto las sentencias de este Tribunal de 10 de marzo de 1950 y 12 de marzo de 1959, así como las que en éste se mencionan, aparte la primeramente citada».

**PROPIEDAD INTELECTUAL: PAGO DE DERECHOS DE AUTOR CORRESPONDIENTES A LA MUSICA LIGERA INTERPRETADA EN SALAS DE BAILE, ARTICULOS 4 Y 5 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1971).**

*Hechos.*—El objeto de la litis consiste en determinar qué cantidades son las que los demandantes deben satisfacer a la demandada, la Sociedad General de Autores de España, por los derechos de autor correspondientes a la música ligera que se interpreta en las salas de baile explotadas por los demandantes.

Los accionantes entienden que sólo vienen obligados a pagar el 1 por 100 de la recaudación total obtenida, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 100 del Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual de 3 de septiembre de 1880. La parte demandada opone, al reconvenir, que las tarifas discutibles son las plasmadas en el Convenio suscrito el 26 de noviembre de 1964 por el Grupo de Salas de Baile del Sindicato Nacional del Espectáculo o, en otro caso, las tarifas establecidas por la Sociedad General de Autores de España en el año 1960.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de los actores y estima la demanda reconvenzional de la parte demandada, en el sentido de ser los abonos que los actores han de verificar, de acuerdo con las tarifas aprobadas en el año 1960, sin que pueda ser aplicable el porcentaje determinado en el artículo 100 del Reglamento de Propiedad Intelectual. Esta sentencia fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

*Doctrina del Tribunal Supremo.*—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso, considerando:

1.º Que la sentencia recurrida no vulnera el artículo 5 del Código Civil, pues es de notar que el artículo 96 del Reglamento de la Propiedad Intelectual decía que cuando los autores no hayan fijado sus derechos, al conceder el permiso se estará a las tarifas que se fijen en este artículo y siguientes, y como los autores sí fijaron el importe de sus derechos



en las tarifas generales de 1960 (y posteriormente de 1966), no cabe aplicar las tarifas del Reglamento; por ello no hubo derogación, sino que los autores, usando el derecho que el Reglamento les concedía, fijaron nuevas tarifas, y por ello no puede hablarse de disposiciones contradictorias, sino armónicas y complementarias, y no puede alegarse la infracción del artículo 5 del Código Civil.

2.º Que la sentencia recurrida no puede decirse que haya incurrido en violación del artículo 4 del Código Civil en relación con el 31 de los vigentes Estatutos de la Sociedad General de Autores, que obliga a todos los órganos de gobierno de la Sociedad General de Autores a que sus acuerdos y resoluciones se atengan a la Ley y Reglamento de la Propiedad Intelectual, y que en este caso se oponen al artículo 100 de este último las tarifas aprobadas, puesto que, como dijo la sentencia de 27 de febrero de 1964, la jurisprudencia de esta Sala, al enfrentarse con el texto del artículo 4 del Código Civil, apartado primero, no ha podido menos de reconocer su importancia y, al mismo tiempo se ha visto precisada a delimitar su alcance, estableciendo que tal precepto se limita a formular un precepto jurídico de gran generalidad, lo que restringe mucho su eficacia práctica, como resorte para dar impulso a la casación, sin que deba ser interpretado con rígido criterio, sino, como sugiere la doctrina científica, con moderación, por lo que es posible admitir que no toda disconformidad con una Ley cualquiera puede producir la sanción extrema de la nulidad; por todo ello, no citando la Ley en que, concretamente, se apoya la nulidad, siendo de la misma categoría las dos disposiciones (el art. 100 del Reglamento de la Propiedad Intelectual y los Estatutos que la reformaron) y dada la doctrina de esta Sala en punto a nulidad, el motivo no puede ser admitido.

#### *RETRACTO DE COLINDANTES (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1971).*

*Hechos.*—En el año 1964, los ahora demandados compraron un caserío con todos sus pertenecidos, sin concretar que entre éstos figuraba la finca «Bidebea», pero realizando desde aquella fecha actos posesorios sobre la citada finca. En el año 1969, para lograr la oportuna inscripción registral, otorgaron una escritura de compra de dicha finca. Entonces, los propietarios de la finca colindante ejercitan la acción de retracto, entendiendo que el plazo de la acción de retracto debe contarse desde que conocieron la transmisión realizada en el año 1969.

El Juzgado de Primera Instancia de Guernica estima la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, destacando el segundo considerando de la sentencia, que dice así:

«Considerando que tampoco puede ser acogido el motivo segundo. ., basado en la inaplicación del artículo 1.523 del Código Civil y jurisprudencial que lo interpreta, porque, indudablemente, la inaplicación de toda norma jurídica requiere que, no obstante haberse acreditado la realización de su supuesto, sea desconocida. Toda la argumentación de los recurrentes denota que crea por sí el supuesto de dicho precepto, consistente en que el hoy recurrido cuando adquirió la heredad objeto de

retracto fue el 7 de febrero de 1969 y no el 19 de enero de 1967, prescindiendo de la fundamentación de hecho de la sentencia recurrida, que al no ser combatida eficazmente, por el cauce procesal adecuado, según se razonó anteriormente, ha de ser aceptada, según la cual, «la heredad objeto del retracto y las demás integrantes del lote número tres fueron poseídas y explotadas, sin solución de continuidad desde el año 1923, por los sucesores titulares dominicales de dicho lote, y así llegaron a la pertenencia del hoy recurrido, sin que por virtud de la escritura pública de 1969 ingresara finca alguna en su patrimonio: que tanto en la heredad mencionada como en las demás del lote, desde 1967, realizó el recurrido, por sí y por jornaleros suyos, actos de ostensible significación posesoria, a título de dueño, y que la finalidad de la escritura otorgada al recurrido, base de la acción retractual, fue la de revestirlo de un título formal de dominio para la reanudación del tracto sucesivo.»

*Comentario.*—Cabe destacar dos conclusiones a propósito de esta sentencia:

1.ª Que las escrituras cuya finalidad probada en los autos no consiste en transmitir realmente la propiedad, por estar ya anteriormente transmitida, sino que tienen por objeto revestir simplemente de un título formal al que ya es propietario en la realidad (por el contrato más la tradición, por ejemplo), no generan la posibilidad de ejercicio de la acción de retracto a que se refiere el artículo 1.523 del Código Civil. Por ello, en el presente caso, no se tuvo en cuenta, a efectos de conceder el retracto de colindantes, una escritura cuyo único efecto era la reanudación del tracto registral, por quedar demostrado que la adquisición se había producido con anterioridad.

2.ª Que, a efectos del retracto regulado por el artículo 1.523 del Código Civil, interesa no sólo el contrato o título de compra, sino también la entrega o tradición de la finca. En este sentido, la sentencia contiene un matiz (nada más que un matiz) interesante, pues, confirmando la sentencia recurrida, destaca que el comprador no sólo había comprado la finca antes de otorgar la escritura de 1969, que motivó la acción de retracto, sino que había realizado en ella actos de *ostensible significación posesoria a título de dueño*. ¿No significa esto reforzar el elemento de la tradición como cómputo del plazo de la acción de retracto? Ver un comentario sobre este elemento en la nota a la sentencia de 27 de noviembre de 1969 (en esta misma Revista, núm. 478, de 1970, pág. 791). De todos modos, a efectos de doctrina legal del Tribunal Supremo, debe prescindirse de este matiz, que en todo caso sólo sería eso: un simple matiz.

#### RETRACTO DE COLINDANTES (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1971).

*Hechos.*—Se trata del mismo supuesto que el de la sentencia reseñada anteriormente, salvo que esta otra se refiere a las heredades «Bidegano», «Bidebea» y «Echegoyena», y que son otros los actores colindantes que ejercitan la acción de retracto. Pero el problema es el mismo: se trata de saber si una escritura otorgada a los solos efectos de reanudar el tracto registral y de concretar las fincas ya adquiridas por otra escritura anterior (en la que aparecían bajo el término genérico de «pertenecidos del caserío») puede dar lugar al nacimiento del retracto de colindantes.

El Juzgado de Primera Instancia de Guernica estima la demanda en cuanto a las fincas «Echegoyena» y «Bidebea», pero no así en cuanto

a la finca «Bidegano». Esta sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que desestima totalmente la demanda, respecto a las tres fincas.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso, manteniendo la misma doctrina que la sentencia de igual fecha reseñada bajo el apartado precedente, si bien la que ahora se resume se muestra más explícita en cuanto a los razonamientos de fondo, destacando los tres últimos considerandos:

«Considerando que, como se ve (se refiere a la existencia de una escritura ficticia de venta, a efectos exclusivos de tracto registral), aparece configurada una ficción con una finalidad accesorio, que en nada podía influir en la situación sustantiva del dominio del que las que aparecen como vendedoras en el documento citado se habían entendido con gran anterioridad en favor de otras personas no traídas al pleito, por lo que no podían transmitir un dominio que no tenían ni era ésa la finalidad del indicado documento.»

«Considerando que, ciertamente, ninguno de los documentos señalados en el motivo primero del recurso hace alusión a las fincas del pleito en la serie de transmisiones a que se refieren; pero ninguno de ellos sirve para demostrar que la tesis de la sentencia recurrida sea inexacta, porque la compraventa es un contrato consensual, creador de obligaciones, que no requiere una forma específica, en términos generales, y que la traslación del dominio se consuma con la tradición material, circunstancias conocidas y aceptadas por los hoy recurrentes a los anteriores poseedores, y en su virtud hay que desestimar el motivo primero del recurso.»

«Considerando que, igualmente, ha de desestimarse el segundo no sólo por ser consecuencia del anterior, en el que tiene su base, sino porque el retracto requiere como requisito esencial la existencia de una compraventa o dación en pago efectivas, en cuyos derechos y obligaciones se subroga el retrayente en los casos en que la Ley concede este derecho por razones económico sociales prevalentes, por lo que si se parte del principio de que la supuesta transmitente nada transmitió porque no estaba en su patrimonio, no hubo precio efectivo ni el negocio buscaba otra finalidad que la de ofrecer un medio de suplir la omisión sufrida en anteriores documentos, que no puede confundirse con el título, es visto que faltan los requisitos del retracto, porque en otro caso llegaríamos por esta vía a privar de efectos a todas las transmisiones anteriores, en favor de personas, los recurrentes, que por conocer esta situación, según afirma la sentencia recurrida, sin impugnación en este punto, no pueden considerarse terceros de buena fe.»

NOTA.—Lo que hemos dicho al comentar la sentencia precedente de la misma fecha puede trasladarse también aquí, consolidándose la doctrina legal (al producirse dos sentencias), consistente en que una escritura otorgada con fines exclusivamente formales de reanudación de tracto registral no puede generar la acción de retracto del artículo 1.523 del Código Civil, cuando queda probado que los colindantes conocieron la transmisión real de las fincas realizada en fecha muy anterior y que reunió los requisitos necesarios para ser efectiva, como son el título y la tradición.

J. M. G. G.

## III. CONTRATOS

*CULPA EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO. COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL SOBRE ELLA. PRESUNCIONES (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1971).*

Don Antonio Romero Miranda se hallaba ligado por contrato laboral con Industrias Plásticas Zeg, S. A. (1). Su trabajo consistía en estar al frente de una máquina soldadora de vacío, donde se troquelaban y modelaban planchas de plástico. Al introducir éstas, veíase obligado a introducir también parte de su cuerpo entre las valvas del troquel, que funcionaban automáticamente. El día 3 de junio de 1969, y al meter una plancha, se desprendió sobre el infortunado productor la parte superior del troquel, quedando aprisionado en su interior y falleciendo a consecuencia del impacto recibido. Los servicios de Inspección de la Delegación de Industria y de Trabajo dictaminaron que el accidente se produjo por la ruptura imprevisible de la pieza que accionaba el marco de la máquina desplomado. La viuda de don Antonio Romero, que quedó con un hijo menor de edad, recibió las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social, pero probablemente por su no muy considerable cuantía dedujo, además, ante el Juez de Primera Instancia de Durango, demanda contra Zeg, S. A., reclamando 500.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios derivados de la culpa aquiliana en que, a su juicio, incurrió aquélla. El Juzgado acogió su petición, que fue confirmada por la Audiencia Territorial de Burgos. Contra la sentencia de ésta interpuso recurso de casación la entidad demandada, con base en los siguientes motivos: 1.º) Violación del artículo 1.253 del Código Civil, porque la sentencia recurrida partía de que el accidente se produjo como consecuencia de un fallo técnico no imputable a la demandada y, sin embargo, la condenaba con base en que ya había ocurrido un accidente similar y en que conocía el funcionamiento de las máquinas por haber construido una. A juicio de la sociedad recurrente faltaba entre esos datos y la conclusión «el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano», que exige aquel precepto. 2.º) Violación de los artículos 1.250 y 1.251 del Código Civil, porque la recurrente gozaba de una presunción de idoneidad de su maquinaria, como consecuencia de las aquiescentes inspecciones a que fue sometida oficialmente, presunción que no había sido desvirtuada por la contraparte. La sentencia combatida, por el contrario, invertía la carga de la prueba y obligaba a Zeg, S. A., a demostrar la suficiencia de las medidas de seguridad de sus máquinas. 3.º) Error de hecho al desconocer los «documentos auténticos», constituidos por los informes absolutorios de las Delegaciones de Industria y Trabajo. 4.º) Error de derecho, por los mismos motivos y subsidiario del anterior. 5.º) Exceso en el ejercicio de la jurisdicción, pues la reclamación tenía su base en la presunta infracción de uno de los deberes—el de seguridad—accesorios a la prestación integrante de un contrato de trabajo. Es así que se trataba de una responsabilidad contractual y no aquiliana y, además, derivada de un contrato laboral, luego era inconcuso que resultaba competente la Magistratura, a tenor del artículo 1 del Decreto 909/1966 de 21 de abril.

«Considerando que afectando el quinto y último motivo del recurso a la competencia, por razón de la materia, debe ser resuelto con prela-

(1) Recogemos la denominación más reiterada en la sentencia, donde, junto a Zeg, S. A. se habla casi en igual número de ocasiones de Reg, S. A.; Seg, S. A.

ción a toda otra cuestión al estar sustentado en el número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y basarse en que corresponde el conocimiento del asunto a la jurisdicción de la Magistratura del Trabajo, por derivarse la relación entre el causante de la actora y la sociedad demandada de un contrato laboral y la pretensión deducida del accidente de trabajo que sufrió aquél, y como quiera que los derechos emanados de dichos contrato y accidente quedaron solventados y cumplidos mediante el pago de las indemnizaciones correspondientes y que la dilucidada en el presente proceso se hace deducir de la supuesta culpa o negligencia del patrono al no adoptar medidas suficientemente eficientes para evitar el accidente, al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, es evidente la competencia de la presente jurisdicción para entender en el asunto y decae el motivo estudiado.

Considerando que los motivos tercero y cuarto del recurso, amparados ambos en el número séptimo de dicho artículo 1.692, denuncian, respectivamente, el error de hecho y el de derecho en la apreciación de las pruebas por la sentencia de instancia, alegando como documentos que lo acreditan, en cuanto al primeramente citado, el informe de la Delegación Provincial de Trabajo de Vizcaya y el de la Delegación de Industria de la misma provincia, que obran en autos a los folios 132 y 133, que acreditan, a juicio del recurrente, que el accidente no se produjo a consecuencia de falta de medidas de seguridad y que las máquinas tienen las condiciones suficientes de ellas, por lo que la avería resultó imprevisible; aduciendo, en cuanto al segundamente citado, la inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1.218, párrafo primero del Código Civil, en relación a los mismos documentos, y habida cuenta que conforme a la constante y reiterada jurisprudencia moderna, los documentos administrativos, como los alegados, no tienen el carácter de auténticos a efectos de casación, es evidente que no puede prosperar ninguno de los motivos estudiados, dado el carácter eminentemente formal del recurso, y quedan subsistentes en toda su integridad las declaraciones de hecho consignadas en la resolución impugnada.

Considerando que el primer motivo del recurso, encauzado procesalmente por el número primero del tan repetido artículo 1.692, denuncia la inaplicación en la sentencia recurrida del artículo 1.253 del Código sustantivo y la subsiguiente aplicación indebida de su 1.902, basándose para ello en que al darse por probado que el accidente se debió a la rotura de un casquillo de bronce, que hizo fallar el sistema de seguridad de la máquina, fabricada en el extranjero y en cuya construcción no intervino ni es técnico el recurrente, no cabe deducir su responsabilidad en la acaecida desgracia, y como quiera que la sentencia no llega a su declaración por la prueba de presunciones, sino por la directa de haberse acreditado que se produjo otro accidente en condiciones similares al de autos con anterioridad, sin que se adoptaran las medidas precisas para evitar los sucesivos, como se hizo con posterioridad al contemplado, pese a que la parte recurrente conocía perfectamente los detalles de la máquina, al haber fabricado alguna copiando las extranjeras, resulta evidente que lo que se pretende no es impugnar la deducción obtenida por la Audiencia, que no hizo uso de la prueba de presunciones, sino, por el contrario que no obtuviere la deducción que pretende el recurrente y no puede prosperar el motivo.

Considerando que, por último, tampoco tiene viabilidad el segundo de los motivos, por el mismo cauce procesal que el anterior, y en que alega la interpretación errónea en la sentencia de los artículos 1.902 y 1.903 del Código y la violación de los 1.250 y 1.251 y de la doctrina de las sentencias de esta Sala que cita, ya que las disposiciones de los preceptos últimamente citados se refieren a las presunciones legales únicamente

y entre ellas no figura la que pretende el recurrente, deducción del reconocimiento de la máquina y su buen funcionamiento, por lo que entran en juego los artículos 1.902 y 1.903, como consecuencia de la negligencia apreciada (que) deriva de los hechos declarados probados.»

Dos son las conclusiones fundamentales, aunque discutibles, que se desprenden de esta sentencia: a) que la jurisdicción ordinaria es competente para dilucidar la culpa o negligencia de un empresario en la adopción de medidas de seguridad, solución tan oscura como todo el deslinde de competencias entre aquella jurisdicción y la laboral; b) que los informes de los servicios de Inspección de las Delegaciones de Industria y Trabajo no son documentos auténticos a los efectos casatorios del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

J. M. R. P.

#### IV. FAMILIA

*DECLARACION DE FILIACION NATURAL. Interpretación del artículo 135, párrafos primero y segundo, del Código Civil: el escrito indubitado y la voluntad de reconocer. El artículo 1.251 del Código Civil y la cosa juzgada. La contradicción y la incongruencia del fallo judicial: Lado c. Piñero y el Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1971).*

*Antecedentes:* I) La demandante era hija natural, inscrita en el Registro Civil como hija de doña... y de padre desconocido. II) Don A. había fallecido en estado de soltero en el extranjero, por lo que el demandado —hijo natural del difunto don A.—promovió juicio para que le declarase hijo natural y único heredero del fallecido, dictándose por el Juzgado sentencia de acuerdo con lo pedido, cuya sentencia era firme en el momento de iniciarse este litigio. III) La actora hacía constar que su madre natural y el fallecido, don A., habían sostenido relaciones durante varios años, a consecuencia de las cuales nació la demandante. IV) Reconocida la actora sólo por la madre, el padre nunca dejó de considerarla como hija suya, la hizo vivir con su familia y la rodeó de grandes muestras de afecto; todo ello lo probaba con varias cartas escritas por el fallecido, don A., con frases como éstas: «querida hija»; «tu papá»; «es tu deber llamarme papá, no sobra saber que eres hija mía, que soy tu propio padre», etc.

La actora finalizaba su demanda suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1) que la actora es hija natural del fallecido, don A., teniendo derecho a usar como primer apellido el de P., haciéndolo constar en el Registro Civil de...; 2) que tal hija natural es heredera de su fallecido padre, teniendo derecho a la mitad del haber hereditario del mismo, en concurrencia con el demandado; 3) que es nulo el pronunciamiento de la sentencia del Juzgado, a virtud del cual se adjudicaba todo el haber hereditario del difunto al demandado.

El Ministerio Fiscal contestó y se opuso a la demanda, en tanto en cuanto los puntos alegados no aparezcan debidamente acreditados.

El demandado contestó a la demanda, reconoció los hechos alegados por la demandante y opuso la excepción de cosa juzgada, en base a que: la sentencia del Juzgado a su favor declarándole heredero del fallecido.

don A., era firme; la demanda va contra dicha declaración de cosa juzgada, como evidencia el pedimento tercero; la actora tuvo conocimiento de la acción ejercitada por el demandado en el pleito anterior citado, en el que se hizo un llamamiento genérico a las personas a quienes pudiera afectar; la actora no se personó en el anterior juicio, cuando su petición podía compatibilizarse con la del demandado, y si no lo hizo fue porque no quiso (*sibi imputet*). Concluyó solicitando se dictase en su día sentencia desestimando en todas sus partes la demanda.

El Juzgado de primera instancia dictó sentencia desestimando la demanda y absolviendo de ella al demandado.

La Audiencia dictó sentencia por la que revocando, en parte, la sentencia apelada y estimando, en parte, la demanda, declaró: 1) que la actora es hija natural del fallecido don A., teniendo derecho a usar como primer apellido el primero de su padre natural, haciéndose constar este reconocimiento por nota marginal en la inscripción de nacimiento de la actora en el Registro Civil de...; 2) que, como tal hija natural, es heredera de su fallecido padre, teniendo derecho en propiedad a la mitad del haber hereditario del mismo, al concurrir en dicha herencia con el demandado..., su otro hijo natural. Condenaba al demandado a que así lo reconociera y consienta. Y desestimaba las demás pretensiones de la demanda.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, con apoyo en los siguientes motivos:

1.º Por infracción del artículo 135, números primero y segundo, del Código Civil, infringido por interpretación errónea: porque la voluntad de reconocer ha de ser expresa, indubitada y deliberada, y su manifestación, ser clara y terminante; porque la posesión de esto sólo puede dimanar de actos directos realizados por el padre y no únicamente por los parientes; porque el escrito indubitado no puede ser suplido por presunciones; porque los elementos integrantes de la posesión de estado—*nomen, tractatus, fama*—son especialmente relevantes al equivaler a la continuidad y la publicidad de dicho estado. Citaba las sentencias de 26-4-1951, 28-10-1954 y las de 29-11-1958, 8-10-1957 y 22-3-1919, todas ellas infringidas.

2.º Por infracción del artículo 1.251 del Código Civil y 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación, y sentencias de 23-10-1950 y 13-6-1962; ambos artículos y doctrina legal sobre ellos consagran la firmeza en nuestro Derecho, ya que la presunción de verdad de la sentencia firme sólo cabe atacarla por medio del recurso extraordinario de revisión, y ello no obstante, la sentencia impugnada—al declarar heredera a la actora, con derecho a la herencia...—, al hacer tal declaración, está anulando parcialmente el fallo del Juzgado firme, en que se declaraba heredero único al demandado.

3.º Con base en el artículo 1.692, cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por contener el fallo recurrido disposiciones contradictorias: se parte del hecho de que la parte final del último considerando de la sentencia recurrida dice: «...que procede la estimación de la demanda, con excepción de lo peticionado en el apartado tercero del suplico..., toda vez que al existir una sentencia firme que contiene determinados pronunciamientos, que, en parte, discrepan con los dictados en este juicio, el procedimiento idóneo será el de un juicio de revisión, pero nunca se podrá, en el trámite actual, decretar la nulidad de lo ya juzgado por sentencia firme», en manifiesta contradicción con lo dispuesto en el número segundo de la parte dispositiva del fallo; cita una larga serie de sentencias, cuya doctrina legal ha sido inobservada; alega que el artículo 1.692, cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no nos aclara en relación con qué ha de estimarse la contradicción del fallo, pero que

nuestra doctrina y jurisprudencia han venido de siempre entendiendo que la contradicción ha de contenerse en los mismos términos del fallo, y hoy se considera que el fallo es contradictorio si no hay adecuación entre la fundamentación del fallo y el fallo mismo. Es, por tanto, notoria y evidente la contradicción e incompatibilidad entre el considerando y la parte del fallo denunciada.

4.º En base al artículo 1.692, séptimo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del 1.251 del Código Civil y 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concepto de error de derecho en la apreciación de las pruebas; al ser declarado el recurrente y demandado heredero único en sentencia precedente firme, comete indudable error de derecho la sentencia de la Audiencia posterior, que declara heredera a la actora, y pese a haber tenido en cuenta en sus considerandos a la sentencia firme del Juzgado, no le otorga el valor probatorio adecuado.

El Tribunal Supremo rechaza este recurso del demandado, con base a la interesante doctrina siguiente, en sentencia de la que es ponente el Magistrado don Antonio Peral García:

Considerando que *sobre la base aducida por el recurrente de que la interpretación que ha de darse al escrito o cartas del padre ha de ser expresa, precisando la manifestación clara y terminante de la voluntad indubitada y deliberada de reconocer, monta dicho litigante el primer motivo del recurso, denunciando la interpretación errónea del artículo 135 del Código Civil, sin advertir que la doctrina de esta Sala viene estableciendo reiteradamente que es suficiente el reconocimiento expreso por escrito indubitado del padre, sin que sea preciso aquel aditamento que señala el recurrente en relación con la exigencia de que sea hecho con el deliberado propósito o finalidad directa de tener por hijo al reconocido* (sentencias de 14 de junio de 1967, 11 de diciembre de 1960 y 30 de abril y 16 de mayo de 1963, entre otras muchas) y como, a mayor abundamiento, *el apartado B) de dicho motivo plantea una cuestión que, como la del segundo caso de aquel artículo 135, lleva en sí la apreciación de las probanzas que se practiquen y, por consecuencia, sólo es combatible por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que, como cuestión de hecho que es, su apreciación corresponde a la Sala sentenciadora, y como el motivo involucra esta cuestión de hecho, no perseguida en forma adecuada, con la infracción de Ley se hace inviable este motivo primero.*

Considerando que *la sentencia recurrida rechaza la excepción de «cosa juzgada» aducida por la parte demandada, y ahora recurrente, y ello por no concurrir las identidades procesales que la Ley exige, por lo que la inaplicación del artículo 1.251, en su apartado segundo, del Código Civil, que se denuncia en el motivo segundo, se hace rechazable; porque en el pleito anterior, promovido por un hijo natural del fallecido, resuelto conforme a las pretensiones de aquél, ni fue parte el que en el presente procedimiento es demandante ni tampoco los que figuraban como demandados, y porque, dada la situación especial del actor, establecida dentro de la familia como hijo natural también del causante, no existe entre los hermanos de vínculo paterno verdadera solidaridad, en virtud de la que deban estimarse uno y otro identificados para los efectos del anterior juicio, cuyo fallo no puede afectar al hoy actor, por todo lo cual no es dable pretender la estimación de una presunción de cosa juzgada que no aparece por parte alguna, por lo que declina este motivo segundo.*

Considerando que *siendo una nota distintiva del recurso de casación el estrecho rigorismo formal a que ha de acomodarse su interposición, de tal modo que si en él se omite alguno de los requisitos esenciales que*



impone el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso no es admisible, y aun admitido a trámite, carece de viabilidad y ha de ser necesariamente desestimado, conforme viene declarando reiteradamente esta Sala (sentencias de 30 de abril de 1928, 21 de junio de 1945 y 1 de julio de 1947), en estricto incumplimiento de los preceptos citados, *por lo que, en este aspecto, debe desestimarse el motivo tercero del recurso, en cuanto, amparado en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley ritual, no se alega la infracción del artículo 359 de la misma Ley*, que da relación al vicio de *incongruencia*, en el aspecto de precisión y claridad de las sentencias; y como *el motivo cuarto denuncia un error de derecho* como cometido en la sentencia que se recurre, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la ya mencionada Ley de procedimientos civiles, *sin citar precepto alguno valorativo de prueba, es evidente la improcedencia del mismo*, puesto que no es factible combatir la apreciación de la Sala sin alegar la infracción del precepto de valoración legal de la misma, por todo lo cual se hace imperativo la *desestimación del recurso* y, en su consecuencia, ha de tenerse en cuenta, en lo que respecta a las costas en él producidas, el artículo 1.748 de la Ley Procesal Civil.

J. C. G.

## V. SUCESIONES

### USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER. INTERPRETACION DE TESTAMENTO (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1971).

Don Gerardo Rodríguez Corral falleció en 1922 bajo testamento ológrafo, otorgado en 23 de abril de 1912, por el que legó una tercera parte de su herencia a sus tres hermanas, doña Javiera, doña María y doña Rosa; otra tercera parte a su hija natural, doña María Rodríguez del Corral, actora en el presente proceso, y la tercera parte restante a su esposa, doña Elisa Meléndez López, a título de usufructo y «con la facultad de disponer de ella en el caso de que después de haber agotado o consumido su haber ganancial le fuese necesario el todo o parte de ella para sus necesidades personales», pasando el remanente que restase al fallecimiento de doña Elisa a la mencionada hija natural de don Gerardo (el entrecomillado es reproducción literal de la correspondiente cláusula testamentaria). Se realizaron y protocolizaron las oportunas operaciones particionales, con general acuerdo de los legatarios, en 11 de marzo de 1924. En 1946 doña Elisa, ejercitando su facultad de disponer, vendió a su administrador, don Delfín González Yáñez, dos fincas de las comprendidas en el usufructo legado; en 1957 volvió a vender, esta vez a los hijos de don Delfín, don Dictino y don Higinio González Basteiro, un lote de otras cinco fincas, y, finalmente, en 1959, de nuevo vendió otra finca de las que usufrutuaba a don Manuel Fernández González, cuya relación con los otros compradores no se desprende de la sentencia. Doña Elisa fallece en 1960, dejando, al parecer, un remanente de más de 100 fincas que debieron pasar a doña María. Esta, sin embargo, estima que la esposa de su padre natural se había extralimitado en la facultad de enajenar de que había gozado, pues ni al vender las ocho fincas litigiosas había consumido completamente su haber ganancial ni al hacerlo le impulsaba la necesidad, sino más bien el deseo de favorecer a sus propios herederos y, en consecuencia, insta un juicio declarativo de mayor

cuantía, solicitando la nulidad de pleno derecho de las tres transmisiones. Todas las instancias desestiman su pretensión con argumentos que sintetiza el Tribunal Supremo en su tercer considerando:

«...Doña Elisa no sólo no buscaba defraudar con un dispendio de malicioso arbitrio los expectantes derechos de la demandante, sino que mesuró las ventas con arreglo a las eventualidades de su vivir normal, conformándose al propósito del testador..., y cuando tales ventas fueron realizadas, lo que restaba de la porción de gananciales reservada a la viuda estaba constituido por 38 pensiones forales, prácticamente sin valor, debido a la aleatoria precariedad en orden a la realización de sus rendimientos económicos, ...de lo que se sigue que incluso de atenerse exclusivamente al texto literal de la cláusula testamentaria de que se trata, siempre resultará que la viuda usufructuaria, al disponer de los bienes discutidos, obró dentro de las facultades que en la misma le habían sido conferidas, porque el testador quiso que así pudiese hacerlo 'después de haber agotado o consumido su haber ganancial', y a ello equivale que lo que le restaba del mismo, las 38 pensiones forales, careciesen prácticamente de valor, por causas completamente ajenas y extrañas a la voluntad de la usufructuaria enajenante.»

El causante subordinó el ejercicio de la facultad de disposición, aneja al usufructo legado a su mujer, a la concurrencia de dos requisitos: a) que lo exigiesen sus necesidades personales, y b) que hubiese agotado o consumido su haber ganancial. El primer presupuesto es una cuestión de hecho, que el Juzgador es el más idóneo para apreciar; el segundo requiere, además, en este caso, una calificación conjetural, pues se interpreta que el testador habría considerado consunción la casi total desvalorización de los gananciales. Una vez más se indaga no lo que el *de cuius* quiso decir en determinada cláusula oscura, sino lo que *hubiera dicho* en presencia de tal o cual circunstancia imprevista. Aunque la calidad de los dos primeros compradores no deja de suscitar sospechas, la apreciación que el Supremo hace de los dos requisitos y, por tanto, la solución del litigio resulta, en definitiva, justa y equitativa.

Es de observar que la esposa del testador aceptó el resultado de la partición sin reclamar (quizá porque testamentariamente se había prohibido litigar sobre la herencia) los posibles dos tercios en usufructo de su legítima (cf. art. 838 del Código Civil); esta eventualidad, que aquí no se dio, hubiera obligado a decidir si los descendientes de que habla el artículo 838 son sólo los legítimos o pueden ser, como doña María, naturales.

J. M. R. P.

*CUARTA MARITAL CATALANA. Artículos 147 y 151 de la Compilación de Cataluña (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1971).*

No procede la cuarta marital si se prueba la suficiencia de los medios económicos de la viuda reclamante.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Lev. interpuesto por la demandante y apelada contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Barcelona (el cual había reconocido el derecho a la cuarta marital, declaración revocada por la Audiencia), siendo la recla-

manente viuda de segundas nupcias y dirigiéndose su pretensión contra los hijos del primer matrimonio del causante, quien no tuvo descendencia con la recurrente. Y ello conforme a la siguiente doctrina:

Que el motivo primero del recurso, amparado en la causa séptima del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, no puede prevalecer, porque el error de hecho que se atribuye al Tribunal de Instancia deriva del acta en la que se consignó el dictamen pericial y de la discrepancia de los juzgadores de instancia en cuanto al avalúo de la finca «Manso Vila», y es evidente que el dictamen pericial, no obstante su documentación en el acta correspondiente, no es medio probatorio documental, porque aunque tanto una y otra clase de prueba tengan de común el obtener la convicción judicial respecto a la existencia de datos procesales favorables a la parte que los formule, difieren en que en la documental se utiliza un objeto mueble, cual es el documento, y por eso es prueba real, y en la pericial, el elemento probatorio es una persona extraña a la litis, por lo que es prueba personal por tercero; así, pues, el elemento invocado por la recurrente para evidenciar el error de hecho no es idóneo para ser comparado con la sentencia recurrida.

Que tampoco puede prosperar el motivo segundo, formulado por el número uno de idéntico precepto, por violación de los artículos 1.243 del Código civil y el 632 de la Ley Procesal citada, porque, como reconoce la recurrente, «los preceptos citados contienen reglas formales, que no pueden alegarse en casación como infringidos». En la valoración de la prueba pericial, el Juzgador de Instancia no está sujeto a determinadas reglas legales; el dictamen pericial no la vincula, y en cuanto a la regla de la sana crítica, que, según la recurrente, ha sido infringida, ya que la valoración de la finca se ha efectuado teniendo en cuenta la posibilidad de su urbanización, tiene declarado esta Sala en las sentencias de 4 de julio de 1947, 15 de diciembre de 1950, 10 de marzo de 1960 y 24 de octubre de 1961, entre otras, «que las reglas de la sana crítica no constan en precepto legal alguno que pueda invocarse como infringido en casación.

Que el motivo tercero, aducido por igual vía procesal que el anterior, consiste en interpretación errónea del artículo 147 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña de 21 de julio de 1960, infracción que fundamenta la recurrente en que, «según la sentencia recurrida, lo que ese artículo quiere establecer es una obligación legal que han de satisfacer los herederos, entregando una cantidad de bienes o dinero a la viuda, que completará los bienes propios de ella, no las rentas», motivo que igualmente ha de ser rechazado, porque en la sentencia recurrida no se atribuye ese contenido al artículo 147, sino al 151—considerando quinto—. El Tribunal de Instancia aplica el artículo 147 de la Compilación mencionada asignándole su verdadero sentido y obteniendo la consecuencia jurídica derivada de la fundamentación de hecho de la sentencia, que al no haber sido combatida eficazmente, ha de ser aceptada totalmente, y con dicha finalidad determina la cuantía del patrimonio de la recurrente, ateniéndose no sólo al reconocimiento de las partes y a la prueba pericial, sino, además, a la prueba documental, que no ha sido combatida, examinando también los demás módulos establecidos en el artículo 147, cuya cuantía igualmente señala, para llegar a la conclusión de que la suficiencia de los medios económicos de la recurrente, conjugada con dichos módulos, se opone a la tutela del pretendido derecho a reclamar la cuarta marital.

*TITULOS NOBILIARIOS. MEJOR DERECHO A LA SUCESION. Ley segunda, título XV, de la partida 11; Ley 40 de Toro; artículo 4 del Decreto de 4 de junio de 1948 (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1971).*

Tratándose de colaterales ha de atenderse al grado y no a la línea para establecer la preferencia.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal interpuesto por el demandado y apelado contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que, revocando la del Juzgado de Primera Instancia número 18 de la misma capital, había estimado la demanda conforme a las siguientes consideraciones:

Que la sentencia hoy recurrida, estimando la demanda, declara el mejor derecho del actor sobre el disfrute de la dignidad honorífica Marqués de Saavedra frente al recurrido, sienta como hechos fundamentales que el tronco común de demandante y demandado lo forman don Manuel Gómez Imaz Simón y su esposa, doña Victoria Vázquez Rodríguez, respectivamente, abuelos del demandante y bisabuelos del demandado, de cuyo matrimonio nacieron doña Victoria Gómez Imaz Vázquez, primogénita, y doña María Candelaria Gómez Imaz Vázquez, segunda hija; que del matrimonio de la primera de éstas nació don José Mora Figueroa Gómez Imaz, en 17 de junio de 1899, demandante, y del segundo, don Carlos Cañal y Gómez Imaz y Orozco, nacido el 15 de enero de 1905, siendo la relación parental entre el actor y demandado colateral y consanguínea respecto a la última tenedora legal del título, apareciendo que el demandante es pariente colateral en 21 grado del concesionario del título y en 22 grados de la última poseedora legal, y que el demandado lo es en 22 y 23 grados, respectivamente, y que el padre de este último, rehabilitante de dicho título, lo fue en los mismos grados que el actor respecto a la última tenedora legal, y afirmados estos hechos, a combatirlos en cuanto interesa al recurrente, se alza el segundo de los motivos, articulado conforme al número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual denuncia como vicios de la resolución denunciada la existencia de error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción del artículo 1.214 del Código Civil, así como la del artículo 1.218 del mismo texto legal, y carece el mismo de virtualidad, porque respecto tanto al uno como al otro precepto, no se cita el concepto específico de dicha infracción, vulnerando lo ordenado en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a tenor del número cuarto del artículo 1.729 de dicha Ley, lo que constituye causa de inadmisión del motivo que en este trance se convierte en fundamento de desestimación, razones que conducen a desestimar el motivo examinado.

Que al no haber sido combatidos eficazmente los hechos afirmados por la sentencia y deber ser, por tanto, respetados, ha de partirse de ellos para el examen del primero de los motivos del recurso, articulado por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, que se funda en la violación de la Ley II, título XV, de la partida 11 del Código Alfonsino, en relación con las demás disposiciones en vigor sobre derecho sucesorio que mantienen la vigencia del orden sucesorio establecido en el precepto inicialmente citado, poniendo de manifiesto los hechos declarados por la sentencia la coincidencia de grados entre

el actor y el padre del demandado respecto a la última poseedora del título y deben enfrentar los discutidos derechos entre el actor y quien rehabilitó la merced; mas partiendo de que la misma no supone, como ha proclamado la doctrina de esta Sala, la creación del título, sino reintegrar a la vida el título que había caducado, y de que la rehabilitación otorgada lo es sin perjuicio de tercero de mejor derecho, habría de llegarse siempre a la misma conclusión, puesto que aun estimando como acertada la tesis de que ha de compararse el derecho del actor con el de la persona a cuyo favor fue el título rehabilitado, por lo que su sucesión, a falta de disposición en contrario de la concesión de título, ha de seguirse la tradición en el derecho histórico, conforme al artículo 4 del Decreto de 4 de junio de 1948, ajustándose a la Ley, título XV, partida 2 y Ley 40 de Toro, siguiéndose el orden regular de primogenitura, masculinidad y representación, siendo preferida la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la hembra, y en el mismo sexo, el mayor al menor, y tratándose de colaterales, la doctrina de esta Sala proclama reiteradamente que ha de atenderse al grado y no a la línea, normas tenidas en cuenta por la resolución recurrida, como conducente a declarar el mejor derecho del demandante, que ampara el disfrute de la merced, lo que determina la inexistencia de vicio que el motivo denuncia y conduce a su desestimación.

Que el último de los motivos del recurso amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil acusa la violación del artículo 4, párrafo primero, del Código Civil, en relación con lo dispuesto en el artículo 446 del mismo texto legal, e independientemente de que este último no se cita expresamente como infringido, es lo cierto que no cabe aceptar la alegación de que mientras no se impugne la rehabilitación del título debe el demandado, como sucesor, a favor del cual fue ésta otorgada, ser mantenido en la posesión del mismo, pues ha de objetarse que dicha rehabilitación fue otorgada sin perjuicio de tercero de mejor derecho y ello hace improcedente dicha impugnación, y que la sentencia recurrida no contraría las normas sobre protección del poseedor, pues reconocido el mejor derecho del demandante, éste ha de prevalecer con todas sus consecuencias sobre el del poseedor del título, sin que con ello se contrarie el principio de seguridad jurídica que el recurrente invoca, razones que determinan el perezimiento del referido motivo del recurso.

F. C. L.

## 2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

Por RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS

## I. COMERCIANTES Y AUXILIARES

*Prueba mediante libros de comercio.*—Respecto de la prueba de libros de comercio, esta Sala ha declarado que va contra lo expresamente determinado en el artículo 47 y sus concordantes del Código de Comercio vigente, al que se refiere el artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la diligencia de prueba que tiende indudablemente a conseguir que se autorice sin la menor limitación el examen de los libros de contabilidad y la correspondencia (sentencia de 28 de abril de 1894), que formulada en términos vagos y generales y no concretándose los hechos a que el reconocimiento se refiere, viene a constituir una investigación de la contabilidad, prohibida por los artículos 45 y 46 del Código de Comercio y no autorizada tampoco por el 47, al disponer en su párrafo segundo que el reconocimiento se limite a los puntos que tengan relación con la cuestión que se ventila, siendo éstos los únicos que pueden comprobarse, lo cual supone que han de ser previamente determinados por la parte a quien la diligencia interesa—sentencia de 14 de octubre de 1902—(sentencia de 22 de junio de 1971).

## II. SOCIEDADES

*Sociedades anónimas*

*Separación de Administradores. Nombramiento de un nuevo Consejo de Administración. «Orden del día».*—No es necesario que figure en el «orden del día» la separación de los Administradores y, en su caso, Gerente, según se desprende del artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, pudiendo, en consecuencia, ser adoptados tales acuerdos por la Junta, tanto Ordinaria como Extraordinaria, pues tal exigencia sería contraria a ese «cualquier momento» que emplea el precepto citado, como reconocen tanto la doctrina, como las sentencias de 31 de mayo de 1957, 22 de febrero de 1967 y 31 de enero de 1969, y como los Administradores constituyen un órgano necesario no ya para el funcionamiento de la Sociedad, sino para su existencia y subsistencia, forzoso es que la Junta Ordinaria o Extraordinaria que acuerde su separación tenga facultades para constituir el nuevo Consejo de Administración que reemplace al separado, como órgano necesario de la vida de la Sociedad y, por tanto, teniéndolo que hacer en la propia sesión en la que tomó el acuerdo de separación, no puede decirse se haga necesario su inclusión en el anuncio de la convocatoria de la Junta (sentencia de 30 de abril de 1971).

*Normas de Derecho imperativo.*—Los artículos 53, 108 y 110 de la Ley de Sociedades Anónimas constituyen normas de auténtico Derecho imperativo o necesario, no susceptibles de modificación y mucho menos de derogación por los particulares. En contra de ellos no cabe utilizar el pacto societario, aunque sea anterior a la expresada Ley, según confirma su disposición transitoria primera, de modo que las controversias que

surjan sobre la aplicación de dichos preceptos no pueden ser objeto de arbitraje ni de cláusula compromisoria (sentencia de 19 de octubre de 1971).

### III. TÍTULOS VALORES

*Valor de la cláusula «sin gastos» en la letra de cambio.*—La letra de cambio, como instrumento de crédito mercantil, tiene su efectividad amparada por las distintas disposiciones del Código de Comercio, que al establecer la acción cambiaria que de la misma nace, con su necesaria secuela de limitar la defensa del obligado a su pago restringiendo las excepciones oponibles e independizando al título valor, salvo contadas excepciones, del contrato causal subyacente, fija todos aquellos requisitos formales que son garantía necesaria de quienes intervienen en la relación cambiaria, requisitos que por la indicada razón son de obligado cumplimiento.

Es evidente la absoluta necesidad del protesto para acreditar el impago del título valor, pues así lo exige de forma imperativa el artículo 483 del Código de Comercio, y con respecto a la responsabilidad de los endosantes, el 467 del mismo Cuerpo legal, sin que, por tanto, los usos y costumbres puedan prevalecer contra ellas (art. 5 del Código Civil).

Al quedar perjudicada la letra de cambio por la falta de algún requisito esencial, pierde su valor como instrumento de crédito mercantil, así como de las acciones privilegiadas que como tal amparan su efectividad, convirtiéndose en un documento que podrá acreditar la existencia de un negocio jurídico y servir como prueba del mismo, pero en modo alguno servir de base al *ejercicio de acciones cambiarias*, bien sea la ejecutiva o se produzca en el juicio ordinario correspondiente.

La acción cambiaria no puede ser ejercitada ni en juicio ejecutivo ni en el ordinario con sustentación en una letra perjudicada, pues tal documento no tiene más valor que el de principio de prueba de la obligación de pago que en ella consta y habrá necesariamente que hacerse valer mediante el *ejercicio de las acciones ordinarias*.

R. G. S. DE F.

## 3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

*EL COMPUTO DEL PLAZO PARA LA PRESENTACION DE PROPOSICIONES EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA LOCAL (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1972).*

## I. ANTECEDENTES

1. El Ayuntamiento de M. de V. acuerda contratar mediante subasta las obras de ampliación y reforma de la Casa consistorial. Así lo decide en sesión de 1 de agosto de 1967. En la condición novena del pliego de condiciones se especificaba:

«El plazo de presentación de proposiciones será de veinte días hábiles contados a partir del siguiente al de la publicación del anuncio de subasta en el *Boletín Oficial del Estado*, de diez a catorce horas.»

2. Publicado el anuncio correspondiente a la celebración de la subasta el día 21 de diciembre de 1967, el día 29 siguiente se ordenó la inserción en *La Vanguardia* de otro anuncio, en el que se decía:

«La subasta se celebrará el día 19 de enero de 1968 a las doce horas, y hasta el día anterior se pueden presentar las proposiciones oportunas.»

3. En el acto de apertura de plicas, uno de los concursantes presentó reclamación en el sentido de que el día 26 de diciembre de 1967, festividad de San Esteban, era hábil. Por lo que los veinte días para la presentación de plicas finalizaba el 17 de enero y, por tanto, la subasta debió celebrarse el siguiente día 18.

4. En el plazo de los cinco días siguientes a la adjudicación provisional, el oponente presentó escrito, en el que solicitó se dejase sin efecto la adjudicación provisional y se declarasen inadmisibles todas las ofertas presentadas fuera de plazo.

5. El Ayuntamiento declaró la validez de la subasta.

6. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, previo el de reposición, fue resuelto por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Barcelona de 29 de noviembre de 1968, que confirmó el acuerdo municipal.

## II. SENTENCIA DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JUNIO DE 1972

Interpuesto recurso de apelación, fue resuelto por sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (ponente: Martín del Burgo), que



desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de la Audiencia. En los considerandos segundo a sexto se sienta la siguiente doctrina:

«Considerando que, sin embargo, el actor no puede por menos de reconocer que 'una arraigada tradición hace que este día—el de San Esteban—se considere en Cataluña como festivo—y así lo es a efectos laborales—, hasta el punto que, en todos los órdenes, la costumbre ha impuesto la abstención de toda actividad que no sea la de conmemorar con devoción y lícito esparcimiento, principalmente en el seno familiar, el día siguiente a la Navidad de Jesucristo', como tampoco debe desconocer ahora la cita que hace la defensa de la parte adversa, en su escrito de alegaciones en esta alzada, de la sentencia de este Tribunal Supremo de 25 de enero de 1968, en lo que se refiere a que ésta declaró procedente la admisión de un recurso de apelación interpuesto en la isla de Gran Canaria, por entender que en ésta tiene el carácter de fiesta local la festividad de Nuestra Señora del Pino, con arreglo al Decreto de 21 de diciembre de 1964, que aprobó el calendario de fiestas locales para 1965.

Considerando que conjugando ahora lo expuesto en los considerandos precedentes, ello sirve ahora para comprender las dudas que debió tener el Ayuntamiento demandado sobre el día final del plazo de veinte concedido a los posibles licitadores para la presentación de plicas en los *Boletines Oficiales del Estado y de la Provincia de Barcelona*, dudas que motivaron el que, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 26 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953, se puntualizara que el plazo para la presentación de proposiciones finalizaba el 18 de enero de 1968, lo que ciertamente implicaba haber considerado al tan repetido día 26 de diciembre de 1967 como fecha inhábil.

Considerando que si la duda en el Derecho es un factor que no se puede desconocer, puesto que lo que procede con él es superarlo, como se desprende de lo dispuesto en el artículo de la Ley Orgánica del Poder de 1870, en el caso de autos ya ha quedado dicho que la incertidumbre era explicable, por las circunstancias concurrentes y por la forma de producirse la normativa aplicable, máxime en una Corporación Municipal de una pequeña localidad; por otra parte, bastaba aquí la concurrencia de una situación dubitativa de grado mínimo para justificar la puntualización realizada por la Alcaldía en los aludidos edictos publicados en diarios de Madrid y Barcelona, pues de no estar muy seguros en la determinación del cómputo del plazo de que se trata (en la hipótesis de que no se pensara que el día de San Esteban era inhábil sin discusión) entre resolver la duda con un criterio restrictivo, bajo el temor de una unidad radical, como resulta inevitable, de acortar, aunque sólo sea en veinticuatro horas, el mínimo de veinte dispuesto en el artículo 27 del mencionado Reglamento de Contratación de 9 de enero de 1953 y resolverla en sentido contrario, compensando con un día la segura o posible inhabilidad de una fecha intermedia; la opción ante esta alternativa tan dispar tenía que desembocar en una sola conclusión: la adoptada por el Ayuntamiento recurrido.

Considerando que precisamente porque este plazo de veinte días es un mínimo infranqueable, al contrario de lo que ocurriría si se estableciera un plazo mayor, la jurisprudencia se ha mostrado muy celosa de su observancia, por lo que sentencias como la de 10 de febrero de 1959 han podido decir que al emplear el artículo 27 del tan repetido Reglamento de Contratación la palabra 'mediar', se ha de entender que el acto de apertura no puede tener lugar el vigésimo día hábil, contado desde el siguiente a la fecha de publicación del anuncio, va que entonces no mediarían los preceptivos veinte días, sino sólo diecinueve; rigurosidad que ha llevado a la anulación de pliegos de condiciones o de anun-

cios de subastas en que se infringía esta garantía del plazo mínimo para la presentación de propuestas: sentencias de 16 de noviembre de 1946 y 18 de noviembre de 1930.

Considerando que la conducta del Ayuntamiento, al obrar de esta forma, denota, por una parte, un propósito de clarificar lo que podía considerarse confuso, para bien de la seguridad jurídica del procedimiento de selección del contratista buscado, y, de otra, un fuerte indicio de buena fe, puesto que al actuar así no cabía pensar que lo hiciera sino con el sano designio de evitar posibles equívocos futuros y para favorecer al máximo la libre concurrencia de licitadores; principio éste de la buena fe, que cada día conviene destacar más, como no deja de hacer la jurisprudencia (sentencias de 23 de diciembre de 1959, 13 de junio de 1960, 16 de diciembre de 1963 y 16 de octubre de 1965), dado el alto valor moral que el mismo encierra.»

### III. CRÍTICA

#### 1. *El problema de los días inhábiles*

Son días hábiles todos los del año, menos los domingos y fiestas religiosas o civiles. Es éste un principio general del Derecho Procesal y del Derecho Administrativo (1).

La determinación de los días inhábiles ha sido objeto de una cuidadosa reglamentación. No obstante lo cual, se han planteado no pocos problemas interpretativos. Ejemplo expreso de ellos, el que contempla la sentencia que comentamos.

El problema no es otro que el de si es hábil en Cataluña el día de San Esteban.

A tenor de los textos legales, parece evidente la respuesta negativa. En efecto:

a) Dicho día no es ninguna de las fiestas civiles que como tales enumera el Decreto de 23 de septiembre de 1957 y disposiciones complementarias. Y para que pudiera considerarse fiesta religiosa sería necesario que estuviera entre las que así se precisan por la propia disposición—lo que no ocurre—o que estuviere en el supuesto del artículo 2 del Decreto de 23 de diciembre de 1957, que dispone: «Serán también inhábiles, pero sólo dentro de los límites de la diócesis o territorio respectivo, los días en que se celebre una festividad religiosa local que por disposición de la autoridad eclesiástica sea de precepto.» Tal es el caso del día de San Saturnino, en Pamplona, según sentencia de 24 de enero de 1958. Pero éste no es el caso de San Esteban, en Cataluña, ni concretamente en el municipio a que se refiere la sentencia.

b) El hecho de que un día sea inhábil a efectos laborales, no supone que lo sea a efectos procesales y administrativos. Son esferas distintas. Y aun cuando normalmente existe coincidencia, a veces no ocurre así.

c) Es cierto que el Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala Tercera de 25 de enero de 1958, declaró inhábil para la isla de Gran Canaria la festividad de Nuestra Señora del Pino. Pero este argumento no puede invocarse en favor de la tesis del carácter inhábil del día de San Esteban. Porque la sentencia de 25 de enero de 1958 hace aquella declaración sobre la base de que en el calendario oficial de fiestas hecho en 1965 así figura. Pero justamente en el calendario oficial no figura el día de San Esteban

(1) Me remito a mis trabajos, *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed. Madrid, 1966, II, páginas 593 y sigs., y *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 292 y sigs.

como festivo, ni en el ámbito provincial ni en el concreto a que se refiere la sentencia.

La sentencia que comentamos no llega a afirmar el carácter inhábil del día señalado. Después de la afirmación que se contiene en el segundo considerando, se limita a reseñar la duda que razonablemente existe acerca del carácter hábil o inhábil de ese día. Duda que resolvió en el sentido más favorable a la libre concurrencia de licitadores.

## 2. *El plazo de presentación de propuestas*

El plazo de veinte días que establece el artículo 27 del Reglamento de contratación de las Corporaciones locales, entre la publicación del anuncio de la subasta y el acto de apertura de pliegos, es un plazo *mínimo*.

Análogamente a como ocurre en las normas reguladoras de la contratación administrativa en la esfera estatal, las normas de régimen local consagran una elemental garantía. Se trata, en definitiva, de establecer un plazo suficiente, a fin de asegurar la concurrencia de licitadores. Como ha dicho BOQUERA: «El plazo mínimo para la presentación de proposiciones será siempre de veinte días, porque el plazo mínimo de publicación del anuncio son también veinte días hábiles contados desde el siguiente a la fecha de inserción del anuncio en el último *Boletín Oficial* hasta el día anterior, inclusive, al de la apertura de pliegos. Entre la publicación del primer anuncio y la apertura de pliegos está comprendido el período de presentación de proposiciones, y entre ambas fechas no podrán mediar nunca menos de veinte días. El pliego de condiciones que señale los plazos sin sujetarse a las disposiciones legales y reglamentarias expuestas adolece de un vicio sustancial que lo invalida (2) e, igualmente, se anulará la subasta celebrada que se inició con un anuncio que padece vicio de esta naturaleza» (3).

Precisamente por este carácter del plazo, la sentencia que comentamos, en el quinto considerando recuerda la doctrina jurisprudencial anterior, según la cual el acto de apertura de pliegos no podía tener lugar el vigésimo día hábil, contado desde el siguiente a la fecha de publicación del anuncio, ya que entonces no mediarían los preceptivos veinte días, sino sólo diecinueve.

## 3. *Principio de favorecer al máximo la libre concurrencia de licitadores*

Si la finalidad y razón de ser de la contratación administrativa es asegurar que la Administración adjudique los contratos a aquel que mejores condiciones ofrezca, es lógico que procure favorecer al máximo la concurrencia de licitadores. Cuanto más licitadores haya donde escoger, mayores serán las posibilidades de obtener mejores condiciones en la contratación.

La sentencia que comentamos interpreta y aplica correctamente este principio, al que se refiere expresamente el sexto considerando.

J. G. P.

(2) En este sentido se pronuncia la sentencia de 16 de noviembre de 1946

(3) En *La selección de contratistas*, Madrid, 1963, págs. 90-91



### III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

#### SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESSIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

Por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS

5. *PROPIEDAD HORIZONTAL: El artículo 57, 2, del texto refundido grava cualquier división de casas por pisos sin atender al momento de nacimiento de la propiedad horizontal* (RESOLUCIÓN DE 2 DE MARZO DE 1972).

A) *Hechos*.—Se planteó la procedencia o improcedencia de liquidar el Impuesto de Transmisiones a la vista de una escritura pública en la que la Sociedad recurrente y otra, copropietarias de un solar, que les pertenecía en la proporción de un 70 y un 30 por 100, respectivamente, declararon la edificación que habían construido sobre dicho solar y la constitución del referido edificio en régimen de propiedad horizontal, distribuyéndose los distintos pisos y locales en proporción a sus expresadas participaciones, habiendo sido calificado dicho acto por la Oficina Gestora como una división material de cosa común liquidable por el concepto de «Sociedades», en virtud de lo prevenido por el artículo 57 del texto refundido del Impuesto, tal como quedó redactado por Ley de 30 de junio de 1969.

Los argumentos de la recurrente eran los siguientes:

1.º Que cuando compró al otro copropietario el 70 por 100 indiviso del solar, reservándose la entidad vendedora el 30 por 100 restante, fue condición expresa del contrato de compraventa que ambas Sociedades copropietarias habían de destinarlo a la construcción de un edificio que se constituiría en régimen de propiedad horizontal, a cuyo efecto cada una de ellas costearía exclusivamente la ejecución de los locales o pisos que, en su día, habrían de serles adjudicados y pagarían, en proporción a sus respectivas participaciones, el costo de los elementos comunes.

2.º Que dado ese pacto, el edificio nació *ab initio* en régimen de propiedad horizontal; que no fue creado por la escritura pública liquidada, sino que ésta se limitó a declarar lo que ya existía.

3.º Que, en consecuencia, el edificio nunca perteneció a las Sociedades interesadas en copropiedad o comunidad ordinaria, pues en esta última forma sólo fueron dueños del solar en que el edificio fue construido.

El Tribunal Central desestima las alegaciones expuestas en base a la doctrina siguiente:

B) *Doctrina*.—Que ha de partirse del hecho indudable de que la recurrente y la otra Compañía mercantil eran copropietarias de un solar en la proporción antes indicada y, en su consecuencia, con arreglo a la terminología del artículo 392 de nuestro Código Civil, existía entre ellas una comunidad de bienes, caracterizada por la simultaneidad del dominio de varias personas sobre un mismo objeto.

Que lo edificado sobre el referido solar, antes del otorgamiento de la escritura pública de cuya liquidación se trata, pertenecía, evidentemente, a los dueños del suelo en la misma forma y proporción que éste, puesto que, en primer lugar, ello resulta de los principios de la accesión recogidos en el artículo 359 del mismo Código, y, en segundo término, porque no cabe pensar que sin la previa existencia de un acto o negocio jurídico susceptible de originar tales efectos pudiera darse una situación jurídica tan anómala como la de que sobre un suelo común existiera una construcción perteneciente a sus mismos dueños en una modalidad jurídica o régimen de propiedad diferente.

Que no cabe tampoco sostener que el edificio nació *ab initio* en régimen de propiedad horizontal aun antes de otorgarse la escritura pública correspondiente, porque la existencia de ese régimen singular requiere inexcusablemente el previo otorgamiento del título constitutivo del mismo, que es el que lo constituye y regula (1).

De ahí que dicho título jurídico operó una verdadera división material entre los copropietarios, consolidando en locales y pisos concretos el derecho abstracto e indeterminado que anteriormente tenían sobre la totalidad, por todas cuyas razones el Tribunal Supremo tiene proclamado, en sentencia de 9 de julio de 1951, que la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal y la adjudicación de sus pisos entre sus copropietarios es un medio de salir de la indivisión, y que esa división por pisos es de efecto traslativo.

Que carece de sentido afirmar que la construcción del edificio se hizo ya en régimen de propiedad horizontal, porque esa figura jurídica no es un procedimiento o sistema regulador de la construcción de edificaciones entre varios interesados, sino un régimen del goce de la propiedad de tales edificaciones, con especiales derechos y obligaciones atinentes a las facultades dominicales ejercitables sobre ellas.

6. *ESTACIONES PARA VENTAS DE CARBURANTES: Son concesiones administrativas y para determinar el tipo de gravamen aplicable, en caso de transmisión, es preciso distinguir lo que propiamente constituye la concesión administrativa de los terrenos e instalaciones (RESOLUCIÓN DE 9 DE MARZO DE 1972).*

A) *Hechos*.—El objeto de la escritura pública que motivó la liquidación reclamada lo constituía la transmisión a título oneroso de una Estación de Servicio dedicada a la venta y distribución de carburantes monopolizados juntamente con los terrenos e instalaciones que formaban parte de la misma. La cuestión planteada era si las autorizaciones administrativas para el funcionamiento de tales instalaciones constituyen o no

(1) Véase artículo 5.º de la Ley de 21 de julio de 1960.

verdaderas concesiones administrativas y, en caso afirmativo, su contenido y alcance con relación a los terrenos e instalaciones incorporadas a las mismas, así como el tipo de gravamen aplicable en caso de transmisión a título oneroso de tales concesiones juntamente con los terrenos e instalaciones.

B) *Doctrina*.—Que el artículo 32 de la Ley de 17 de julio de 1947 atribuye a CAMPSA la explotación, como administradora, del Monopolio de Petróleos, figurando entre las funciones que como tal le corresponden la de promover dentro del territorio nacional la venta de los productos objeto del mismo. Y el artículo 1.º del Reglamento para el suministro y venta de carburantes y combustibles líquidos, aprobado por Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de marzo de 1970, determina que el suministro y venta de los mismos corresponde en todo caso a CAMPSA, que podrá realizarlo bien directamente o a través de los concesionarios que ostenten tal cualidad, especificándose en otros preceptos los requisitos que deben reunir estos concesionarios.

Que según las anteriores disposiciones, la instalación por particulares de una estación de servicio para la venta de productos monopolizados requiere en todo caso el otorgamiento formal de una concesión de la Administración, llevada a cabo por intermedio de la Compañía arrendataria y con sujeción a unas condiciones previas que han de ser aceptadas por el titular de la concesión, entre las que figuran la aportación de los terrenos sobre los que haya de establecerse y la reversión de los mismos al Estado al transcurrir el plazo de duración de la concesión.

Que así centrada la naturaleza de tales adjudicaciones como verdaderas concesiones administrativas, los artículos 50, 66 y 68 a 71 del Reglamento citado claramente diferencian los conceptos de concesión, terrenos e instalaciones, elementos todos a los que únicamente se concede carácter unitario a efectos de posible transmisión de las concesiones, pero sin que en forma alguna implique tal vinculación unitaria la inclusión como elementos integrantes de la concesión de los mencionados terrenos.

Que admitida, en consecuencia, tal separación, es evidente, por lo que respecta al tipo de gravamen aplicable, que el mismo debería ser el correspondiente a las concesiones administrativas, y el de transmisión de bienes inmuebles, por lo que respecta a los terrenos e instalaciones (2).

7. *SUSCRIPCION Y DESEMBOLSO DE ACCIONES: El plazo de presentación en la Oficina Liquidadora del documento que lo formaliza ha de computarse a partir del día en que termine el conferido por la Sociedad para la suscripción o desembolso de las acciones de que se trate (RESOLUCIÓN DE 16 DE MARZO DE 1972).*

A) *Hechos*.—El problema a dilucidar en la presente Resolución era si, a tenor de las normas reguladoras del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, un documento en que se formalizó el desembolso parcial de acciones de la Sociedad recurrente fue presentado fuera de plazo y, en consecuencia, debió girarse a ésta la multa e interés de demora correspondiente.

La cuestión había de ser resuelta a la vista de los siguientes antecedentes fundamentales: 1.º) La Junta General de accionistas, en sesión de 19 de junio de 1969, acordó el aumento del capital social mediante la

(2) En el caso concreto contemplado por esta Resolución no se aplicó la doctrina expuesta por no haber especificado los interesados en la escritura la parte correspondiente a cada concepto, girándose la liquidación sobre el valor de ambos elementos y por el tipo más elevado

emisión de nuevas acciones, que fueron suscritas en su totalidad y desembolsadas en el 50 por 100 de su valor, señalando la Junta que el 50 por 100 restante habría de ser desembolsado antes del 15 de septiembre de 1969. 2.º) Alegaba la Sociedad recurrente que ese plazo para efectuar el segundo desembolso fue luego prorrogado por acuerdo de la Junta General de accionistas de 5 de septiembre de 1969, si bien el Tribunal Provincial no admitió la realidad ni la eficacia de dicha reunión, que estimó fue simulada *a posteriori* para eludir la multa impuesta. 3.º) En todo caso, resultó acreditado que el desembolso efectivo del segundo 50 por 100 se verificó el día 22 de enero de 1970. 4.º) La escritura pública que formalizó el referido desembolso se otorgó el día 31 de enero de 1970 y se presentó ante la Oficina Liquidadora del Impuesto el 18 de febrero siguiente.

B) *Doctrina*.—Que el texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales declara sujetos a gravamen la constitución de sociedades y los aumentos del capital social (art. 54, 3.º), debiendo servir de base imponible en ambos actos el valor de los bienes y derechos aportados por los socios (art. 70, 13).

Que los referidos preceptos han sido constantemente interpretados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Tribunal Central, en el sentido de que en los casos generales de constitución de sociedades anónimas y aumentos de su capital social, lo que se grava es la aportación o desembolso y, consiguientemente, en tanto que una u otro no se realizan, no se hace exigible el tributo (3).

Que, de conformidad con el criterio expresado, este Tribunal Central tiene declarado (4) que la escritura en que no consta más que el acuerdo social de aumento del capital y los anuncios para la suscripción de las nuevas acciones, sin que se conozca a través de ella si la suscripción llegó efectivamente a realizarse, no debe ser objeto de liquidación.

Que un problema distinto, aunque relacionado con el que antecede, es el de la determinación de la fecha en que la aportación o desembolso efectivo gravado por el Impuesto deba entenderse realizado a efectos de computar el plazo de presentación del documento ante la Oficina Liquidadora, habiéndose proclamado reiteradamente que ese plazo de presentación se ha de computar a partir del día en que termine el conferido por la Sociedad para la suscripción o el desembolso de las acciones de que se trate (5), doctrina que se basa en que la liberación o desembolso de todas las acciones que componen la serie o grupo a que el citado acuerdo afecte es un solo acto continuado y debe ser considerado como tal a efectos tributarios.

Que en el caso concreto que se contempla está acreditado que la aportación efectiva tuvo lugar el día 22 de enero de 1970, y que la formalización documental de la misma y su declaración o presentación ante la Oficina Liquidadora tuvo lugar dentro del plazo de treinta días que señala el artículo 107 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales en armonía con el artículo 115, 1, del texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

(3) Véanse sentencias de 23 de abril de 1915, 22 de febrero y 29 de septiembre de 1928, y Resoluciones de 16 de noviembre de 1943, 5 de junio de 1945 y 15 de mayo de 1958, entre otras.

(4) Resolución de 23 de noviembre de 1954.

(5) Véanse Resoluciones del Tribunal Central de 14 de noviembre de 1954, 5 de junio de 1945, 10 de mayo de 1950, 20 de septiembre de 1955, entre otras.



8. *ANOTACION DE SOLICITUD DE SUSPENSION DE PAGOS: No puede estimarse incluida entre las de oficio y, por tanto, está sujeta al Impuesto por el valor del interés que se garantice, si no excede del que tengan los bienes sobre los que se practica* (RESOLUCIÓN DE 23 DE MARZO DE 1972).

A) *Hechos*.—Las cuestiones planteadas eran dos esencialmente: a) La sujeción o no al pago del Impuesto de Transmisiones (Actos Jurídicos Documentados) de un mandamiento de anotación preventiva en el Registro, relativo a la solicitud de declaración de suspensión de pagos formulada por el titular dominical de las fincas objeto de anotación. b) En caso de ser resuelta la primera cuestión de modo afirmativo, la determinación de la base a aplicar.

El Tribunal Central aborda ambas del modo siguiente:

B) *Doctrina*.—Que el texto refundido del Impuesto, al regular el tratamiento fiscal de las anotaciones preventivas a practicar en los Registros de la Propiedad, ha extendido el hecho imponible a toda clase de anotaciones que, con independencia de la Oficina en que se practiquen, tengan como principal finalidad prevenir una especial situación jurídica.

Que tal principio de generalidad tiene como única limitación la exención contenida en el apartado 12 del número 2 del artículo 101 del texto legal, según el cual gozarán de exención del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados «las anotaciones preventivas cuando no tengan por objeto un derecho o interés valuable susceptible de ser determinado y las que se practiquen de oficio en virtud de precepto legal expreso que así lo ordene»; supuesto, el primero, de carencia de valoración no aplicable al caso debatido en la reclamación, no sucediendo lo propio con la forma de practicarse la anotación.

Que en orden a este extremo, si bien, en principio, tal clase de anotación, al ordenarse su práctica de oficio por el Juzgado llamado a resolver el expediente de la suspensión de pagos en cumplimiento de un precepto legal expreso (6), pudiera estimarse comprendida entre las que declara exentas el artículo 101 del texto refundido, es lo cierto que la razón causal de la anotación deriva, en definitiva, de la voluntad del suspenso, al solicitar la declaración de tal estado de suspensión y, por ello, no puede ser estimada como de oficio.

Que admitida la sujeción al pago del Impuesto resta por examinar el extremo referente a la determinación de la base liquidable, que, conforme a los términos del artículo 105 del texto refundido, debe fijarse por el valor del derecho o interés que se garantice, publique o constituya, que en los supuestos de declaración del estado de suspensión de pagos debe constreñirse al importe de las obligaciones figuradas en el pasivo del balance, sin que tal base pueda exceder en ningún caso del valor real o comprobado de los bienes sobre los que tal anotación se practica (7).

9. *PRESTAMO HIPOTECARIO CONCERTADO ENTRE COOPERATIVAS: Debe tributar exclusivamente por el concepto de «préstamo», siendo la persona obligada al pago la Cooperativa prestataria. No procede aplicar la exención prevista en el artículo 65, 1, número 5, del texto refundido* (RESOLUCIÓN DE 23 DE MARZO DE 1972).

A) *Hechos*.—El supuesto se refiere a un préstamo con garantía hipotecaria concertado entre una Cooperativa de Crédito-Caja Rural y una

(6) Artículo 4º de la Ley de 26 de julio de 1922

(7) Véase artículo 60 del Reglamento del Impuesto y, entre otras, las Resoluciones de 17 de abril de 1956 y 17 de noviembre de 1959

Cooperativa del Campo, ambas inscritas en el Registro Oficial del Ministerio de Trabajo, que motivó una liquidación por el número 12 de la tarifa al 1,90 por 100. Las cuestiones que las Cooperativas recurrentes plantearon fueron, en esencia, las siguientes: 1.ª) Quién sea la persona obligada al pago del Impuesto que recae sobre los préstamos hipotecarios. 2.ª) Si el préstamo a que la liquidación se refería debió o no gozar de exención, por razón de la persona legalmente obligada al pago del Impuesto.

Veamos la doctrina del Central:

B) *Doctrina*.—Que el acto jurídico a calificar es un préstamo garantizado con hipoteca y, por tanto, debe tributar exclusivamente por el concepto de préstamo, o sea, por el número 12 de la tarifa, como acertadamente estimó la Oficina Liquidadora, siendo igualmente evidente que la persona obligada al pago del Impuesto ha de ser la Cooperativa prestataria, porque así lo dispone, sin lugar a dudas, el artículo 67, apartado f), del texto refundido.

Que precisado el gravamen y el sujeto legalmente obligado al pago del mismo debe estudiarse si, en el caso concreto en que el prestatario lo sea una Cooperativa protegida, es o no procedente hacer aplicación de la exención establecida en el apartado quinto del artículo 65, 1, del texto refundido, a cuyo tenor están exentos los actos y contratos mediante los cuales las Cooperativas protegidas... lleven a cabo adquisiciones de bienes inmuebles o derechos para sí o para sus asociados, siempre que tiendan directamente al cumplimiento de sus fines y recaiga sobre ellas la obligación de satisfacer el Impuesto; exención que literalmente reproduce el apartado b) del artículo 11 del Estatuto fiscal de las Cooperativas de 9 de mayo de 1969, publicado en cumplimiento de lo ordenado en el párrafo 6 del artículo 230 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964.

Que la redacción de esa exención presenta una relevante diferencia con la que venía establecida, hasta el momento de la publicación de la citada Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964, en la legislación reguladora del Impuesto de Derechos Reales, puesto que la Ley y el Reglamento de este último tributo declaraban exentos los actos y contratos mediante los cuales las cooperativas protegidas llevasen a cabo adquisiciones de bienes muebles, inmuebles o derechos, mientras que a partir de la Ley de 11 de junio de 1964 se silencian las adquisiciones de bienes muebles.

Que mediante el préstamo hipotecario a que el expediente se refiere, la Cooperativa del Campo Nueva Alcoholera—que es la obligada al pago del tributo—llevó a cabo la adquisición de la propiedad de la suma de dinero en el mismo estipulada, o sea, que adquirió un bien mueble, no pudiendo compartirse el razonamiento que hacen los recurrentes de que lo que la citada Cooperativa adquirió fue simplemente el derecho a percibir la expresada suma, porque—aparte otras obvias consideraciones—el contrato de préstamo es de naturaleza real y su perfección se opera por la entrega y consiguiente transmisión del dominio de la cantidad prestada (1).

Que tratándose de un contrato mediante el cual la Cooperativa prestataria, o sea, la persona sobre la que recae la obligación de satisfacer el Impuesto, adquiere única y exclusivamente la propiedad de un bien mueble, no puede venir amparado por la norma que regula la exención, la cual no puede ser aplicada con criterios extensivos o analógicos a supuestos distintos de los que estrictamente comprende, no siendo necesario examinar si mediante el contrato gravado adquiere o no la entidad

(1) Véanse, entre otras, sentencias de 10 de junio de 1927, 12 de febrero y 2 de julio de 1946, y artículo 1.753 del Código Civil.

prestamista bienes inmuebles o derechos que tengan esa misma concepción, porque la norma legal que consagra la exención atiende exclusivamente a las adquisiciones que lleve a cabo la persona sobre quien recaiga la obligación de satisfacer el tributo.

*En lo que respecta al gravamen de los préstamos hipotecarios, la legislación reguladora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales ha introducido una radical innovación o cambio de punto de vista, en relación con la del antiguo Impuesto de Derechos reales, puesto que: 1.º En el tributo últimamente mencionado, el apartado IX del artículo 2.º de la Ley de 21 de marzo de 1958 y el artículo 27-2 del Reglamento de 15 de enero de 1959 seguían el criterio de que los préstamos garantizados con hipoteca satisfacerían el Impuesto únicamente por el concepto de hipoteca, y de ahí que el número 54 de la Tarifa, comprensivo del concepto «préstamos», excluía expresamente los hipotecarios (como también los pignoratícios), aplicándose sólo a los préstamos personales, mientras que el número 40, que contenía el concepto «hipotecas», se aplicaba a todos los derechos reales de esa naturaleza, ya se constituyeran en garantía de préstamos o de cualquiera otra obligación; siendo derivación de tal criterio, que en los préstamos hipotecarios—en que, como es visto, se gravaba el derecho real accesorio de hipoteca y no el contrato principal de préstamo—el obligado al pago era el prestamista o acreedor hipotecario (art. 59-1-5.º). 2.º La vigente legislación de Transmisiones Patrimoniales adopta abiertamente el criterio opuesto al disponer el artículo 58 del Texto refundido que la constitución del derecho de hipoteca en garantía de un préstamo tributará exclusivamente por el concepto de préstamo, es decir, que lo que se grava es el contrato principal y no la garantía real accesorio del mismo; y, como consecuencia de ello, existe—dentro del concepto «préstamos»—el número 12 de la Tarifa que comprende los préstamos garantizados con hipoteca, quedando el número 5 para gravar la constitución del derecho real de hipoteca en garantía de todas las demás obligaciones, siendo de notar—por último—que el artículo 67-f) del propio Texto refundido dispone expresamente que en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza (personales, pignoratícios e hipotecarios) el obligado al pago es el prestatario, lo mismo que si se tratara de la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación distinta del préstamo, el obligado al pago lo será el acreedor hipotecario, por aplicación de la regla c) del mismo artículo.*

F. M. C.



# LIBROS



GARRIGUES, JOAQUÍN: *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*. Escritos, lecciones y conferencias. Editorial Tecnos. Un volumen de 352 págs. Madrid, 1971.

En el Preliminar, GARRIGUES justifica la denominación del título que da a su Obra, por creer que es el que mejor traduce su constante preocupación y desvelo a lo largo de su dilatada vida como jurista y refleja su pensamiento de profesor de Derecho Mercantil durante más de cuarenta años en la Universidad de Madrid y de jornalero del Derecho como Abogado.

Se incluyen en el libro diversos Ensayos, Conferencias y Epistolarios, combinándolos en atención a su amplitud o brevedad, de tal modo que hacen, juntamente con la prosa airosa de GARRIGUES, muy agradable e interesante su lectura.

El primer Ensayo, y también el de mayor amplitud, es el titulado *Nuevos hechos, nuevo Derecho de la sociedad anónima*. Consta de nueve apartados:

1. *La visión de los grandes problemas*, en el que GARRIGUES fija la directriz de su estudio, investigando primero cuáles son los problemas actuales dentro de la ordenación de las sociedades anónimas, para ver luego cuál debe ser su solución jurídica formulada en el Derecho vivo. Mas para ello es preciso arrancar del origen de la sociedad anónima siguiendo una rápida evolución conceptual.

2. *Los rasgos esenciales de las primitivas sociedades anónimas*, que fueron las Compañías de Indias Occidentales, son fundamentalmente dos: la dependencia absoluta respecto del Estado, que crea, interviene y tutela la sociedad, y la desigualdad de derechos dentro de la sociedad, con la preponderancia de los grandes accionistas y la carencia o exigüidad de los derechos de los pequeños accionistas. Ambas características son reflejo del régimen político imperante en la Europa del siglo XVII.

Paralelamente a la evolución política, la sociedad anónima se democratiza y libera en el siglo XIX.

3. *La democratización de la sociedad anónima*, dice el profesor GARRIGUES, se manifiesta en un triple sentido: se libera de la intervención estatal en su nacimiento, sustituyéndose el primitivo sistema del «octroi» por el de la «concesión», y éste por el de las «disposiciones normativas»; se erige la Junta General de Accionistas como órgano soberano, y en la vida interna de la sociedad rige el principio de igualdad de derechos para todos los accionistas.

Estudia el autor la postura de nuestro Código de Comercio ante esta concepción de la sociedad anónima, destacando las notas fundamentales de la sociedad en las legislaciones anteriores a la guerra de 1914.

Sin embargo, hace ya mucho tiempo que los hechos no se corresponden con las palabras de la Ley. El político y financiero alemán WALTER

RATHENAU contraponía, en 1922, *Aktienrecht* y *Aktienwesen*, derecho y realidad de la sociedad anónima. Surgen:

4. *Los nuevos hechos*, que repercuten tanto en el aspecto externo como en el interno de la sociedad.

En el primero de ellos, lo que mejor caracteriza la última evolución de la sociedad anónima, que estamos presenciando hoy, es la penetración del influjo del Estado no sólo en las empresas concesionarias de obras públicas, sino en todas las sociedades por acciones, y no ya para proteger los derechos privados de los accionistas, como punto de transición entre el liberalismo y el intervencionismo, sino para incorporar la sociedad por acciones al organismo total de la economía pública. Estudia GARRIGUES en este capítulo V las repercusiones que la *socialización de la sociedad* tiene, tratando con detenimiento las posiciones de los Derechos austriaco y soviético, así como la postura de la doctrina mercantilista española.

Esta creciente intervención del Estado en la vida de la sociedad anónima plantea, en el terreno del Derecho, la cuestión, a la que el autor dedica el capítulo VI, de la *subsistencia de la forma jurídica privada de la sociedad por acciones*. Esta sociedad, que comenzó su vida bajo la tutela del Estado, se acerca hoy nuevamente a la esfera del Derecho Público. Pero, con todo, concluye GARRIGUES, «la sociedad anónima, especie de *perpetuum mobile*, sigue viviendo y sale vigorizada de los múltiples conflictos que en su estructura cada día plantea la nueva economía».

En el aspecto interno, el desenvolvimiento de la sociedad anónima ha sido obra de antítesis inconciliables, que son, fundamentalmente, dos: la oposición entre accionistas y administradores, es decir, entre «capital» y «personalidad», ya que éstos buscan, ante todo, el interés de la empresa, su conservación y prosperidad, mientras que para aquéllos el motivo determinante de su actuación en la Junta General puede y suele ser el propio interés egoísta, en contraposición con el de la empresa; y la oposición entre los diversos grupos de accionistas, pues, como dice GARRIGUES, citando a JOSÉ DE LA VEGA, mientras unos buscan una colocación a su capital («principes de renta»), otros se proponen comprar acciones para revenderlas o especular con ellas en Bolsa («mercaderes» y «jugadores»).

Pero frente a estos intereses contrapuestos en la vida interna de la sociedad, el Derecho vivo responde con dos tendencias fundamentales: la defensa de la administración y de la empresa contra los accionistas (a través de las llamadas «acciones de administración», que se manifiestan bajo la doble figura de «acciones de voto plural» y «acciones reservadas», ambas objeto de profundo estudio por el autor) y la privación de derechos al pequeño accionista, volviendo así las legislaciones modernas al criterio aristocrático holandés del siglo XVII, detenidamente tratado por GARRIGUES, tanto en su origen como en el Derecho vigente, extranjero y patrio.

El último capítulo, el IX, de esta primera parte de la obra que recensamos, trata *Del derecho de voto de los Bancos depositarios de las acciones*. Tiene importancia esta materia, porque la influencia de estos Bancos en la marcha de las sociedades anónimas es tan destacada, que en casi todos los países puede decirse que todas las grandes sociedades anónimas están controladas por los grandes Bancos. La divide en tres aspectos concienzudamente expuestos: a) Los hechos, destacando una profunda divergencia entre la legislación y la realidad; la mayoría de los accionistas no actúan personalmente más que una sola vez en la vida de la sociedad: cuando aportan su capital; para evitar los riesgos de la propia custodia y facilitar el cobro de dividendos, depositan sus acciones en establecimientos bancarios; por indolencia o por congratu-



larse con el Banco, autorizan a éste para que vote con las acciones depositadas, las fórmulas empleadas son diversas. b) ¿Esta cesión legítima-dora es lícita en Derecho legislado? El problema en Derecho comparado tiene soluciones contrapuestas. GARRIGUES estudia las posturas seguidas en Alemania, Inglaterra, Norteamérica, Francia, Suiza, Italia, etc., tratando, por último, de la absentista de nuestro Código y de la contrapuesta seguida en la realidad por los estatutos de las sociedades y la práctica bancaria. c) Y, por último, se plantea GARRIGUES el problema jurídico-político de si debe admitirse ese derecho de voto por los Bancos depositarios. Después de razonar las soluciones adoptadas por los Derechos alemán e italiano, llega a la conclusión que una solución prohibitiva no es aconsejable; que es preciso adecuar la conducta del Banco a los intereses del cliente, estableciéndose una responsabilidad del Banco para el caso de que votase acuerdos que el depositante no hubiese votado según la experiencia de un diligente comerciante.

La segunda parte del libro contiene un *Intermedio Epistolar y Discurso en el Homenaje de la Universidad de Madrid a Ortega y Gasset*.

El *Intermedio Epistolar* es un cruce de cartas entre el filósofo y el jurista. Versan sobre el tema del «Derecho» (como realidad jurídica vivida, como jurisprudencia, como filosofía del Derecho), de lo «justo» y lo «legal», sucinta y muy agradablemente tratados.

En el *discurso-homenaje*, el profesor GARRIGUES, después de dirigir un merecido elogio a Ortega como «universitario»—en sentido amplio—, trata de la Universidad, de las relaciones entre ésta y el estudiante, del papel de éste en la Universidad, de la Universidad y Europa, terminando con el estudio del concepto que Ortega tenía sobre el Derecho.

*Problemas actuales de la sociedad anónima* es el título que encabeza la tercera parte del libro. Consta de cuatro lecciones:

1. *La sociedad anónima y el Estado*.—Lo inicia el profesor tratando del origen de la sociedad, de su evolución, de sus criterios de dependencia e independencia frente al Estado. Destaca los rasgos de las primitivas compañías, de cómo se van desarrollando en España desde 1829 hasta 1860 y desde 1885 hasta la vigente Ley de Sociedades Anónimas. Esta Ley, de 1951, proclama, para el autor, el concepto exacto de la libertad, es decir, de la libre creación de la sociedad anónima, pero con sumisión a las llamadas «disposiciones normativas» en su fundación y funcionamiento.

Pero, con todo, el Estado, frente a la actividad externa de una sociedad anónima, se muestra receloso; son tres las manifestaciones del poder económico y social de las grandes compañías que inquietan al Estado: concentración de los recursos de capital disponible, alimentación de los obreros situados al margen de las empresas dominadas por grandes sociedades anónimas y la amenaza constante a los principios del mercado libre y de la libre formación de los precios por consecuencia de las alianzas entre las grandes compañías anónimas. Frente a esta realidad, el Estado reacciona mediante procedimientos que, fundamentalmente, son: participación en el capital e incluso nacionalización de las grandes compañías, legislación antimonopolística v. a través del llamado «sistema de la coestión o de la codeterminación en las sociedades anónimas», es decir, concesión de una participación minoritaria a los obreros en el seno de los Consejos de Administración.

2. *La sociedad anónima y los accionistas*.—La sociedad anónima es una corporación que tiene dos órganos fundamentales: una asamblea deliberante o Junta General y un órgano ejecutivo. Es una democracia con Gobierno popular. Entre la Corporación y los socios se establecen

relaciones jurídicas reguladas por la Ley y los estatutos. Caracterizan a estas relaciones la abundancia de derechos, económicos y políticos, del accionista. Como contrapartida, una sola obligación: aportar íntegramente el capital ofrecido al suscribir sus acciones.

Pero esta estampa democrática de la sociedad es opuesta a la realidad de la vida social. «La Junta de Accionistas—dice GARRIGUES—es una comedia bien representada, pero que goza de escaso público.» La causa es que no todos los accionistas se mueven por los mismos impulsos económicos. Centra de nuevo el autor la materia en la distinción entre el grande y el pequeño accionista, cita la posición de JOSÉ DE LA VEGA, habla del desinterés del pequeño accionista y se concreta a la intervención de los Bancos depositarios de las acciones, distinguiendo dos sistemas: el prohibitivo, al que responde el artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas, y el seguido por la Ley alemana de 1965, que consiste en imponer minuciosos requisitos a la delegación de la representación del accionista, a fin de que el Banco obre en interés de aquél y no en el suyo propio.

Trata seguidamente de la relación entre las mayorías y las minorías, centrandose fundamentalmente su estudio en torno al artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas; de la «defensa de las minorías»; de su justificación, según se trate de grandes o pequeñas sociedades, así como de la llamada «sindicación de acciones».

Uno de los puntos de mayor tensión en la vida interna de la sociedad anónima, que trata el profesor GARRIGUES en esta lección, es la coordinación de los intereses de los accionistas y de los administradores. «En las pequeñas sociedades anónimas los accionistas marchan de acuerdo, generalmente, con los administradores. En las grandes sociedades anónimas suelen ir de acuerdo con los administradores los grandes accionistas, pero no los pequeños accionistas.» Hay una oposición entre capital y personalidad.

3. *La sociedad anónima y los terceros.*—Estudiando el debatido tema de la «persona jurídica» y, en concreto, de la sociedad anónima como tal, surgen una serie de relaciones con los terceros, o sea, con los no socios y también con los socios cuando éstos aparecen como terceros. Esa concesión de personalidad jurídica otorga a la sociedad autonomía patrimonial; los terceros tienen como garantía, pero como garantía única, el patrimonio de la sociedad; los socios no responden personalmente por las deudas sociales; el artículo 1 de la Ley de Sociedades Anónimas sienta el principio de la «limitación de la responsabilidad» de los socios por aquellas deudas que representan una «incomunicación» entre el patrimonio social y el de los socios. Estudia GARRIGUES las consecuencias que esta «incomunicación» puede acarrear, los peligros a que están expuestos los acreedores de la sociedad (cuando ésta se utiliza para fines indirectos) y los medios de defensa de aquéllos.

4. *El movimiento de reforma de la sociedad anónima.*—En esta cuarta lección, desde un punto de vista de política legislativa, se plantea el autor una doble pregunta: si la sociedad anónima es una creación perfecta del legislador que sobrevive a todas las mudanzas en su fisonomía originaria y si la experiencia y los nuevos postulados sociales y económicos exigen la reforma de la sociedad. Y contesta: la estructura clásica de la sociedad anónima no ha sido alterada, a pesar de sus múltiples reformas; sin embargo, las modernas Leyes han contribuido a mejorar su estructura.

Procede al estudio de la evolución legislativa de la sociedad en las modernas Leyes dictadas en Alemania, Francia, Inglaterra, Italia, terminando con la cuestión sobre la conveniencia de la modificación de la Ley española de 1951 y las diversas orientaciones que en un futuro deberían alimentar aquella reforma.

La cuarta parte del presente libro es una conferencia pronunciada por el profesor GARRIGUES en el Instituto Jurídico Español de Roma. Se titula: *Crisis del Derecho Mercantil contemporáneo*. Dice que el Derecho Mercantil, como rama del Derecho Privado que regula un determinado sector de la actividad económica, vuelve a estar en crisis en el momento actual. «Se trata—añade—de una crisis de concepto y de una crisis de autonomía; crisis provocada, como ocurrió en el siglo XIX, por los nuevos postulados de la política. En el siglo XIX fueron los postulados de la libertad industrial; ahora son los postulados que tienden a negar precisamente esa libertad.»

Con referencia especialmente a los Derechos italiano y español, estudia con profundidad y, a la vez, amena lectura, la evolución y crisis de los conceptos Derecho Mercantil y Comercio, empresa y comerciante, acto de Comercio aislado y acto de Comercio en masa; se refiere a la influencia del capitalismo en el campo mercantil; al papel desempeñado por las sociedades anónimas; a la dependencia o independencia del Derecho Mercantil frente al Civil; y a la más acuciante actualmente de la fuerza arrolladora del Derecho de la Economía, «que va penetrando cada vez más en los sectores tradicionales del Derecho Mercantil, deformando sus normas y suprimiéndolas cuando así conviene a los intereses de la comunidad nacional». Y termina el profesor la conferencia afirmando que «a la doctrina mercantilista compete demostrar ahora que sigue en posesión de ese espíritu ágil y flexible de que tantas veces ha dado muestra para adaptar sus normas tradicionales a los nuevos postulados».

La siguiente parte del libro que recensamos es el *Discurso de contestación al ser concedido al profesor GARRIGUES el título de doctor «honoris causa» por la Universidad de Génova (10-I-1966)*. En este breve discurso habla el mercantilista español, como abogado y como catedrático, de la necesidad de actuar sobre «la observación de la realidad económica, escenario de la incesante pugna de contrapuestos intereses», que constituye «la base del método de nuestra disciplina». Dice, con MOSSA, que la misión del jurista es «la de llevar a la sociedad juicios, convicciones, formas armoniosas de vida y de libertad». Y termina tratando brevemente de la influencia del Estado, de la sociedad anónima, de la empresa dentro del ámbito del Derecho Mercantil.

*Reto sin respuesta* es un trabajo publicado por el autor en el libro homenaje a JAVIER ZUBIRI (Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1970). Después de tratar sobre la conexión entre la Economía y el Derecho, penetra en el tema fundamental de la influencia del capitalismo a través, de modo preponderante, de la sociedad anónima. Citando a SCHUMPETER, centra GARRIGUES la cuestión primordial en los siguientes términos: «El amo, el propietario, es sustituido por el accionista, y la libertad de contratar se ve desplazada por los contratos estereotipados, anónimos, impersonales y burocratizados. De esta suerte, la evolución capitalista relega a un segundo plano todas las instituciones que respondían a las necesidades y a la práctica de una necesidad económica verdaderamente privada. Las condiciones de funcionamiento de las empresas privadas no difieren en nada de la planificación socialista auténtica. Hemos llegado al punto en que el régimen capitalista tiende a destruirse por sí mismo y a ser sustituido por el socialismo centralizador. La evolución capitalista, después de haber destruido el cuadro institucional de la sociedad feudal, está en vías de minar su propia base por una creación muy análoga.»

Frente a esta insoslayable realidad económica se pregunta el autor: «¿Cuál ha sido la actitud de los legisladores y de los profesionales del Derecho Privado?» Y contesta: «La del silencio inoperante. Mientras los economistas hacen el proceso del capitalismo, certifican su defunción

y eligen el nombre de su sucesor, los juristas continuamos sesteando a la sombra de los viejos códigos de Derecho Mercantil, como si nada hubiera pasado, insensibles a los cambios estructurales, que reclaman la revisión de nuestros caducos esquemas jurídicos.»

Estudia seguidamente la significación que todo ello tiene para el Derecho Mercantil y las posibles soluciones a esta avasalladora influencia del capitalismo en el campo del Derecho.

*La empresa desde el punto de vista jurídico*, es una conferencia pronunciada por el profesor GARRIGUES en 1962, en el Instituto de Estudios Políticos. La inicia tratando del concepto de la empresa en sentido económico para pasar al terreno jurídico; estudia la disociación de los conceptos empresa y empresario, la empresa como objeto de tráfico jurídico, y lo finaliza con el tema de la influencia de la sociedad anónima en el terreno de la empresa.

La octava parte del libro, *Acotaciones de un jurista sobre la reforma de la empresa*, es una serie de artículos publicados en el diario *Ya* en diciembre de 1969. Se compone de cinco capítulos:

1. *Reforma de la empresa y reforma de la sociedad anónima.*—Señala GARRIGUES que hoy está de moda hablar de la reforma de la empresa, es decir, «de la armónica ponderación y jerarquía de sus elementos, de la asignación de derechos a cada uno de ellos».

Añade que «la verdadera reforma de la empresa es inevitablemente un quehacer jurídico, una elaboración de normas jurídicas que organicen la empresa por dentro». «Lo demás serán supuestos económicos o sociológicos para la reforma de la empresa, que, en esencia, se traducen en recomendaciones al empresario para que reforme su mentalidad tradicional a fin de que la empresa produzca más y los obreros estén más contentos. Será la reforma del empresario y no la reforma de la empresa.»

«Otro hecho—dice—que el jurista no acierta a comprender es que se habla indistintamente de reforma de la empresa y de reforma de la sociedad anónima, como si se tratara de una misma cosa. Marca la diferencia existente entre ambos problemas y profundiza en los puntos de unión y separación de empresa y sociedad anónima.»

2. *La falsa reforma de la empresa.*—Enfoca el autor esta materia a través de la participación de los trabajadores en los órganos administrativos o de fiscalización en las sociedades capitalistas, bien sea por medio del sistema alemán de la «codecisión» o del español de la «cogestión», reflejado en la Ley de 21-VII-1962; marca las diferencias existentes entre ambos sistemas; la finalidad perseguida por la Ley española, a la que critica por llevar consigo el confucionismo entre empresa y sociedad anónima, y, además, «por haber injertado en una corporación esencialmente capitalista, como es la sociedad por acciones, una pieza discordante que rompe la armonía del sistema, sin ventaja para nadie. Los obreros nada tienen que opinar sobre los problemas que afectan al capital exclusivamente».

3. *Las etapas de la participación obrera en la empresa.*—Como complemento del apartado anterior, y con fundamental referencia a la legislación española moderna, distingue tres etapas de esa participación obrera: a) Participación en los beneficios. b) Participación en la política de trabajo. c) Participación por parte de los representantes de los jurados de empresa en los Consejos de Administración (sistema de la cogestión). Y como síntesis del movimiento actual de reforma de la empresa existente en España, afirma: «Hay que rebajar el capital de su posición de mando y elevar a ella el trabajo dentro de la empresa.»

4. *La asociación empresa y las soluciones socialistas.*—«Si la empresa es una comunidad de trabajo, parece oportuno aplicar a ella la vestidura jurídica de las comunidades de personas que persiguen un fin común. Todo consistirá en sustituir el contrato de trabajo, como contrato de lucha económica, por un contrato asociativo, como instrumento de organización económica.»

Para llevar a cabo ese paso se han presentado dos soluciones: la francesa de la «asociación empresa», es decir, asociación formada por obreros que participaría de los beneficios a nivel de capital, y una vez pagado éste, un interés equivalente al salario, y la seguida por la legislación yugoslava, con la llamada «autogestión», que estima que el poder debe pasar pura y simplemente a los trabajadores, a través de una verdadera «democracia industrial».

GARRIGUES aconseja una *solución prudente al problema* (apartado VI). Su postura es: «La estructura clásica de la sociedad anónima no se opondrá a ninguno de los avances sociales que una política prudente estime viables, según las condiciones peculiares de cada economía nacional.»

«Si estamos atentos a las realidades sociales de nuestra época—añade—habremos de procurar, eso sí, dar entrada a los obreros en las sociedades que son hoy titulares de las empresas más importantes. Pero darles la entrada por la puerta, es decir, como accionistas, no por la ventana, como simples trabajadores.»

*La última lección como catedrático, pronunciada el día 6 de mayo de 1970*, cierra el libro. Después de dirigir un cariñoso elogio a la Universidad, entra en la materia propia de la lección sobre el futuro y la futura unificación del Derecho Mercantil. Este Derecho, que en su nacimiento fue internacional, en su evolución se convirtió en un Derecho nacional. Hoy se tiende de nuevo a darle el mismo carácter de su primitivo origen. El nacionalismo del Derecho Mercantil trae una consecuencia grave: «La preponderancia de los países superindustrializados, es decir, de los económicamente poderosos, en las transacciones con los países en estado de desarrollo. Son aquellos países los que formulan los contratos y las cláusulas generales, los que imponen los contratos dictados y los contratos tipo. Con ello queda destruida la equidad en las relaciones internacionales.»

Se refiere a los esfuerzos hechos en el ámbito de las Naciones Unidas, a través de la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional—de la que es delegado de España—, con el fin de conseguir aquella igualdad.

Termina la lección el profesor dirigiendo unos sencillos y profundos consejos a los estudiantes.

JOSÉ ANTONIO FERREÑO VILLAR

GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Editorial Tecnos. Madrid, 1971.

La Editorial Tecnos nos brinda en esta su nueva publicación una obra monográfica sobre un tema de auténtica actualidad. Es autor de la misma GÓMEZ-FERRER, Letrado del Consejo de Estado adscrito a la Sección de Educación Ciencia y Vivienda y ha administrado la vigencia de la Ley de Zonas Verdes de 2 de diciembre de 1963.

El tema de la publicación está centrado en torno a lo que en estos momentos carecen las ciudades: zonas verdes y espacios libres. LE CORBUSIER, en su famosa *Carta de Atenas*, patéticamente decía: «En el interior de algunas ciudades existen todavía superficies libres. Son lo que ha sobrevivido, milagrosamente en nuestra época, de las reservas constituidas en el curso del pasado: parques que rodean moradas señoriales, jardines contiguos a mansiones burguesas, paseos sombreados que ocupan el cinturón militar desmantelado. Los dos últimos siglos han devorado con ferocidad estas reservas, auténticos pulmones de la ciudad, cubriéndolos de inmuebles y sustituyendo el césped y los árboles por obras de albañilería. En otro tiempo, los espacios libres no tenían más razón de ser que el solaz de unos cuantos privilegiados. No había aparecido todavía el punto de vista social que hoy da nuevo sentido a su destino: ser la prolongación directa o indirecta de las viviendas. Esta decisión sólo surtirá efecto si la sostiene una auténtica legislación: el estatuto del suelo.»

Uno de los grandes defensores de la legislación del suelo, que viene a ser como nuestro código urbanístico, es GARCÍA DE ENTERRÍA, que magistralmente prologa esta obra monográfica y acierta al decir que: «Como es frecuente en los momentos de formación de una disciplina, han precedido en el Derecho Urbanístico las exposiciones generales a los estudios analíticos. Estos últimos son siempre tardíos y han de partir de una cierta firmeza previa sobre cuestiones de principio, trabajosamente lograda en las fases iniciales. Es evidente que en tanto no se abre el momento del tratamiento monográfico de los problemas concretos de una disciplina ésta no existe como tal. Esto será acaso paradójico, pero sus razones son claras. Una disciplina jurídica es un saber positivo y no abstracto; en concreto, una técnica de resolución de problemas singulares, de 'tópicos', en el sentido de VIEHWEG, y no un sistema de altos principios o de deducciones generales.»

En otra ocasión he dicho que los grandes avances logrados en el campo del Derecho Administrativo, y singularmente en el Derecho Urbanístico, se deben a que de sus problemas y principios han ido ocupándose juristas formados en la vieja parcela soleada y con poco verde del Derecho Civil. A la lista de aportaciones es preciso ahora incluir el nombre del autor de la monografía, que, al decir de GARCÍA DE ENTERRÍA, se acredita, en el primer término de esta alternativa, como un seguro inventor de justicia.

La obra, después de una inevitable introducción, consta de tres partes, que abordan sucesivamente una serie de puntos conexos y un mosaico de soluciones. La primera parte está destinada a la exposición del sistema legal en la materia de las zonas verdes y espacios libres, la segunda estudia la descalificación de los espacios libres públicos y la tercera es la que ofrece las posibles soluciones o caminos para llegar a las mismas. La obra va encabezada por un sumario de las materias tratadas; minuciosas notas al texto avalan el estudio monográfico y al final se consigna un índice de doctrina legal del Consejo de Estado y jurisprudencia del Tribunal Supremo. Noto la ausencia de un índice conceptual y el correspondiente alfabético de autores y obras citadas, pero esos reparos el autor sabrá subsanarlos en posibles ediciones sucesivas.

Tres finos brochazos preparan al lector en la introducción para adentrarse luego en la materia de la monografía. En el primero se presenta el panorama de la ciudad, que va a conformar y a influir de forma importante en el desarrollo, el trabajo y la forma de ser de los hombres de nuestro tiempo, por lo que nada tiene de particular que la opinión pública se sensibilice cada vez más ante los temas urbanos y se interese en que la forma de ordenar la ciudad y la estructuración de la misma permitan y sean adecuadas al desarrollo de la personalidad humana. El

juego de intereses y el Derecho es el segundo de los puntos ofrecidos, destacando la tensión surgida entre los intereses públicos y el interés privado, con sus dos posibles soluciones: la socialización del suelo y la subordinación del interés particular al público, conservando la propiedad privada, pero cambiando su sentido. Por último, se explica la razón del trabajo monográfico: determinación de cuál es el planteamiento que se ha efectuado en nuestro país con relación a las zonas verdes y espacios libres de las ciudades y si el mismo es o no adecuado para asegurar la consecución del interés público, concretado en la realización de estas zonas y espacios.

Respetando las tres partes citadas, vamos a sintetizar su contenido.

A) *Referencia al sistema legal en materia de espacios libres y zonas verdes.*—La exposición histórica que el autor ofrece está mediatizada más que por el contenido sustancial de las disposiciones, por el criterio con arreglo al cual se determinaban los espacios libres que habían de ser contruidos.

En la legislación municipal del siglo XIX se va a reflejar la competencia municipal en materia de calles, plazas y paseos, con un criterio preponderantemente estético y de esparcimiento de la población, lo cual se ve claramente en la Ley de 15 de octubre de 1836. El problema preocupante será el de la adquisición y, sobre todo, el coste de los terrenos destinados a espacios libres, lo cual hace que las Leyes de esta época sean más que urbanísticas, expropiatorias y financieras.

La legislación de ensanche (Ley de 29 de junio de 1864, 22 de diciembre de 1876 y 26 de julio de 1892) resuelve el problema de las adquisiciones a través del instituto expropiatorio, pero plantea como tema crucial el de si las plusvalías (producidas por el crecimiento de la ciudad y urbanización de la misma), independientes de cualquier actividad del propietario, deben quedar en poder del mismo o deben ser afectadas, en primer lugar, a subvenir el coste de los terrenos y obras de urbanización. En una palabra, se planteó el problema de la necesidad de armonizar el interés público con el privado del propietario.

Las normas constitutivas de la legislación sobre reforma interior, contenidas fundamentalmente en la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879 y en la Ley de Reforma Interior de 18 de marzo de 1895, son de carácter expropiatorio y financiero más que urbanísticas, pero en ellas se aplican nuevas técnicas en materia de afección de plusvalías y de valoración de terrenos. La expropiación alcanza no sólo a los terrenos destinados a los espacios libres, sino a las zonas de influencia de los mismos, que van a ver incrementado su valor por la realización de la reforma, quedando en poder de la Administración las plusvalías y sirviendo para financiar el coste de los espacios libres y la obra urbanizadora.

En el primer tercio del siglo XX cobra relevancia el tema de la proporción del suelo que debe destinarse a los espacios libres (calles, plazas, paseos, parques o jardines) a través de disposiciones que atienden al interés público sanitario, pudiendo citarse a este respecto el Decreto de 12 de enero de 1904 y el Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales de 14 de julio de 1924. Por último, a partir del año 1940 se produce un nuevo incremento de la población urbana, que se concretará fundamentalmente en determinadas áreas geográficas, dando lugar a que surjan una serie de nuevos problemas, que llevarán al legislador a preocuparse de la ciudad como un todo orgánico y, en consecuencia, a regular su crecimiento no sólo en función de la obra pública, sino del interés público urbanístico.

En forma de síntesis, es preciso concretar el criterio de ordenación

y afección de plusvalías a la obra urbanizadora en la legislación vigente española:

- La primera nota es la inexistencia de una regulación de fondo de esta materia, cuyo único resto se encuentra en el artículo 3, 1, g), de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956. Pero la determinación del criterio de ordenación queda remitida al Plan de Urbanismo, para cuya formulación se otorgan criterios discrecionales a la Administración. A no existir un plazo perentorio para la formulación de este Plan y ante la posible falta del mismo, el criterio de ordenación urbana viene establecido por normas subsidiarias de planeamiento, caso de existir, o por las ordenanzas municipales.
- Caso de existir Plan de Urbanización, bien sea general, municipal o comarcal, puede decirse que es el instrumento jurídico a través del cual se establece la ordenación de los espacios libres. Caso de existir Plan general y Plan parcial en materia de espacios libres, debe señalarse la inutilidad del Plan parcial. Otro caso sería la existencia de Plan parcial sin existir el general, cuya vigencia se ha sostenido en orden a la fijación del criterio de ordenación aplicable dentro de su ámbito territorial.
- Otro problema es el de la posible modificación de los planes, que si en principio son obligatorios, pueden modificarse con la consiguiente descalificación de los espacios libres. El principio de estabilidad del Plan parece reflejarse en el artículo 36 de la Ley del Suelo, pero el 39 de la misma Ley admite posibles modificaciones y el 46, 2, la revisión parcial anticipada. Por todo ello se dicta la Ley especial de 2 de diciembre de 1963, con la finalidad de evitar que se alteren los planes y se descalifiquen los espacios libres por razón de interés particular.
- Como problemas legislativos, el autor estudia los del concepto de la zona verde o tipo de espacio libre, con independencia de su titularidad pública o privada; también afronta el sistema de licencias de edificación que no pueden suponer nunca un derecho a favor del particular ni suprimir los que éste tiene según el Plan, así como el control en materia de licencias ilegales, para terminar con el problema de la construcción de obras sin licencia en espacios libres.

Dos últimos temas cierran el capítulo primero, que estamos recorriendo. Se trata de una parte del coste de los terrenos destinados a espacios libres públicos, con los problemas de la afectación de las plusvalías al coste de la urbanización y las cesiones obligatorias y gratuitas de terrenos; de otra parte, el estudio del sistema de expropiación forzosa en relación con los espacios libres, que consiste en prescindir de la colaboración de los propietarios, expropiando sectores o polígonos completos, realizándose la urbanización por el beneficiario de la expropiación, en cuyo poder quedan las plusvalías derivadas de la obra urbanizadora que sirven para satisfacer el coste de la misma.

**B) La descalificación de los espacios libres públicos.**—Las grandes dificultades que surgen para la realización efectiva de los espacios libres públicos proyectados (insuficiencia de garantías en materia de licencias, falta de control de las licencias ilegales, responsabilidad municipal, presión de hechos consumados, oposición de terceros, dificultades de la reparcelación, insuficiencia de medios de las Corporaciones, etc.) provocan como solución la de que el interés público no sea llevado a la prácti-



ca, sustituyéndolo por el interés privado del propietario afectado que trata de edificar en los espacios libres proyectados. Para lograr eso se cambia el Plan de Urbanismo y se calificarán de edificables los terrenos antes calificados de viales, parques o jardines públicos.

Una de las razones que el autor da para que esto pueda suceder es la de que el fenómeno traslativo de titularidad no se produce con la aprobación definitiva del Plan, esto es, la aprobación del Plan no produce la transmisión *ipso iure* de la propiedad de los terrenos calificados de espacios libres públicos a la Corporación municipal interesada, pues si tal transmisión se produjera, los propietarios serían los primeros interesados en que se llevase a efecto la aplicación de la reparcelación y el justo reparto de las cargas derivadas del Plan, lo contrario de lo que sucede actualmente, que el propietario lo que pretende es lograr la descalificación de los espacios libres proyectados, que es la solución más beneficiosa para sus intereses.

De entre los diversos medios utilizados para lograr esa descalificación el autor va estudiando una serie de ellos, distinguiendo la que llama «pura y simple», o sea, la que se produce sin compensación ni carga alguna para los propietarios del sector afectado (técnica que se logra a base del error de hecho, la contraposición de fines de interés general, la vía de «colaboración» con la Administración y los supuestos en los que la propia entidad pública persigue la descalificación), la descalificación que se produce por «permuta» (ello se lleva a cabo mediante la modificación del Plan, por lo que la calificación de zona verde que afecta a determinados terrenos pase a afectar a otros de idéntica o incluso superior extensión), la que se provoca para «legalizar situaciones de hecho» (situaciones creadas por la realización de edificaciones, con o sin licencia, en los terrenos calificados de espacios libres), la «indirecta» a través de la consecución del cómputo como edificables de los espacios libres y que el volumen correspondiente a los mismos sea atribuido a los terrenos calificados de edificables y, por último, la descalificación por el «transcurso del tiempo» o, lo que es lo mismo, ante la dificultad de aplicar la reparcelación y la insuficiencia de medios económicos para abonar el justiprecio de la expropiación, la Administración termina permaneciendo inactiva y los terrenos calificados de espacios libres públicos permanecen en poder de los propietarios.

Termina esta parte con un estudio crítico y valorativo de las garantías legales aplicables a las modificaciones de los planes que afectan a espacios libres públicos en su proyección modificativa de un elemento de los planes, modificación general aplicable a un sector, modificación por vía de revisión y proyección de la Ley de 2 de diciembre de 1963 sobre estos puntos y su posible aplicación

C) *Posibles vías de solución.*—El panorama que el autor ha presentado a lo largo de su estudio no es muy alentador en orden a la solución de los problemas de zonas verdes y espacios libres. Se me ocurre preguntar: ¿Es mala la legislación o existen torcidas interpretaciones en su aplicación? ¿Tienen razón los atacantes de la Ley del Suelo o sus defensores a ultranza? Lo cierto es que, como reconoce el autor, existen unas fisuras del sistema legal y que son precisas medidas legales que las cierren o taponen. La Ley de 3 de diciembre de 1963 impide la alteración de los planes por razones de interés particular, pero no debe olvidarse que lo importante es evitar las causas que producen esas alteraciones.

El autor señala un esquema de soluciones, entre las cuales destaca la de la socialización del suelo, circunscribiéndola a los terrenos rústicos que han de transformarse en urbanos, justipreciados por su valor ante-

rior al Plan de acuerdo con su destino efectivo. Aparte de este criterio general, propone como soluciones concretas, las siguientes:

- En materia de planeamiento, arbitrar un sistema de normas subsidiarias de planeamiento a nivel nacional que fijasen un régimen de ordenación mínimo; evitar la discrecionalidad de la Administración en el momento de la formulación de los planes; adecuar el mismo en materia de espacios libres; dar al Plan general el carácter de cumplir función de Plan parcial con relación al casco urbano y terrenos ya urbanizados; evitar la alteración del Plan.
- Con relación a las licencias es preciso evitar que se otorguen por silencio positivo; introducir en el procedimiento de concesión el informe del Secretario o del asesor de la Corporación Local; precisar incompatibilidades, sobre todo de los que intervienen en los proyectos de obras; excluir responsabilidad del ente concedente en los supuestos de revisión de oficio; la vía de tutela debería potenciarse previendo una suspensión de licencia y paralización de obras y potenciar la legitimación pública para posibilitar un control efectivo de base.
- En relación con el último punto apuntado, esto es, la potenciación de la legitimación pública, debería existir la misma para exigir ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo la observancia de la Ley del Suelo y de los planes de ordenación urbana. Cita asociaciones de vecinos, cabezas de familia o de tipo más general, que con su poder económico podría permitir una mayor actuación; ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal, y, por último, un sistema de publicidad adecuado, tanto en la formulación de los planes como en su alteración.
- En la ejecución de los planes propone el autor que en sectores exteriores al casco urbano no urbanizados debería llevarse a cabo por el sistema de la expropiación mediante concesión; con relación a los demás sectores, parece lo más conveniente la generalización del sistema de cesión de viales, considerando a la diversidad de propietarios como una unidad y practicar la reparcelación o la expropiación individual.

Como temas últimos, el autor aborda los de la titularidad privada de los espacios calificados como libres y su mantenimiento, problema que se resolvería dotando a las Corporaciones Locales de medios para la adquisición de dichos terrenos. A su lado es preciso una Administración debidamente organizada, de forma que su actuación permita la aplicación del ordenamiento jurídico con rapidez, agilidad y eficacia.

Hago punto final de esta recensión criticando favorablemente toda la precisa, bien documentada y jurídicamente razonada postura del autor, pero no puedo menos de destacar cómo las soluciones que se dan desde el campo verde del Derecho Administrativo olvidan ciertas instituciones dignas de ser tenidas en cuenta a la hora de la reforma coordinadora.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZALES, FERNANDO: *Los hijos ilegítimos y adoptivos. Su problema actual*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1972.

Consta la presente obra de 193 páginas, distribuidas a lo largo de cuatro capítulos, comprensivos, a su vez, de diversos apartados, completados al final con un apéndice concerniente a la Ley de 4 de julio de 1970 sobre modificación de la adopción.

Antes de entrar en el primer capítulo se nos ofrece un prólogo y una introducción.

En el prólogo, firmado por JAIME SANTOS BRIZ, se hace referencia a la materia tratada por el autor, concretamente, la filiación ilegítima. Sobre este tema, dejando aparte lo concerniente al ordenamiento español, se pone de relieve el alcance que las nuevas orientaciones en materia de filiación han obtenido en las novísimas disposiciones de algunos países europeos ligados al nuestro por afinidades de civilización. Concretamente, en el actual momento evolutivo del Derecho comparado occidental, se destaca la Ley de 19 de agosto de 1969, reformadora de la filiación ilegítima en la República Federal de Alemania, cuyo objetivo fundamental ha sido eliminar la situación desfavorable del hijo extramatrimonial frente al legítimo, incluso en la terminología, en cuanto ahora se habla de «hijos no matrimoniales».

Los puntos fundamentales de esta importante reforma versan sobre las cuestiones siguientes: a) Relación del hijo no matrimonial con su padre, especialmente alimentos y derecho sucesorio. b) Posición jurídica de la madre extramatrimonial frente al hijo y al padre. c) Declaraciones judicial y extrajudicial de filiación.

Se hace también especial mención, dentro de los últimos avances de esa regulación en la materia, del Código Civil portugués de 25 de noviembre de 1966, en vigor desde 1 de junio de 1967.

Por lo que concierne a la adopción, el prólogo del libro nos anuncia ya un estudio claro y completo, tanto respecto del Derecho español como en el comparado.

En la introducción del libro comentado se refleja cómo la dificultad propia de los estudios y trabajos en materia de filiación aumenta considerablemente cuando se refiere a los hijos ilegítimos y adoptivos, al confluir en su solución un mayor número de intereses, con intervención de ideas filosóficas, jurídicas y morales contrapuestas, que han originado diversidad de soluciones y no pocas discusiones científicas y parlamentarias.

En dicha introducción se justifica el tratamiento separado y no conjunto de los hijos ilegítimos y adoptivos, porque si bien es cierto que tienen la nota común de no proceder de la unión matrimonial de sus padres, lo que les diferencia genéricamente de los legítimos, presentan notas diferenciales, por cuyo motivo, destacando dichas notas diferenciales, el autor se refiere primero a los ilegítimos y después a los adoptivos.

También el autor estima necesario, por imperativos del enunciado del tema, el distinguir entre la situación de los hijos ilegítimos y adoptados en la actualidad y su porvenir legal, y por este motivo separa el estudio de estas cuestiones, con lo cual divide, para una mayor claridad expositiva, el presente trabajo en cuatro grandes apartados:

1. Situación legal de los hijos ilegítimos.
2. Porvenir legal de los hijos ilegítimos.
3. Situación legal de los hijos adoptados.
4. Porvenir legal de los hijos adoptados.

Hechas estas consideraciones previas, nos ponemos en contacto con el primer capítulo, referente, según se ha dicho, a la situación legal de los hijos ilegítimos. Es lógico que se parta, como hace el autor, del concepto de hijo ilegítimo. Hijos ilegítimos son los nacidos de personas no unidas matrimonialmente, en contraposición a los hijos legítimos, que son los nacidos de personas ligadas matrimonialmente. Ofrecido el concepto, alude a las distintas clases de hijos ilegítimos, en cuanto su situación legal es distinta, según la clase de hijo ilegítimo a que se pertenezca.

A este respecto, y sobre las orientaciones de la doctrina, distingue dos direcciones: la que puede llamarse tradicional y la que llama moderna. Para la doctrina tradicional, los hijos ilegítimos pueden ser naturales si los padres podían, al tiempo de la concepción, contraer matrimonio, con dispensa o sin ella, y no naturales si no había esa posibilidad. A su vez, los naturales pueden ser reconocidos por la voluntad de uno o ambos padres o declarados judicialmente. Y los no naturales, en atención al impedimento no dispensable, en incestuosos, adulterinos y sacrílegos, recogiendo la tradición histórica en esta materia.

La doctrina denominada moderna considera superada la anterior concepción tradicional basándose en que lo decisivo en el Código Civil es el reconocimiento, formulando, en consecuencia, la siguiente clasificación de hijos ilegítimos:

- Reconocidos.
- No reconocidos. Y éstos, a su vez, pueden encontrarse en situación:
  - ◐ de filiación conocida;
  - de filiación desconocida.

Esta postura es la que el autor considera más adecuada a la verdadera normativa de nuestro Código. Por eso se refiere a la situación de los hijos ilegítimos siguiendo la pauta y el orden que nos marca esta clasificación.

Sobre esta base nos encontramos, en primer lugar, con el estudio sobre los hijos ilegítimos reconocidos, dentro de lo cual, como es lógico, se expone lo concerniente al reconocimiento y sus clases, considerando como clasificación fundamental a este respecto la que se refiere al reconocimiento voluntario y forzoso, según proceda de la voluntad de los padres o se les imponga en los casos establecidos por las leyes. En nuestro Derecho esta clasificación puede desmembrarse en los siguientes apartados: *a)* reconocimiento voluntario bilateral; *b)* reconocimiento voluntario unilateral; *c)* reconocimiento declarado judicialmente; *d)* reconocimiento impuesto judicialmente, y *e)* reconocimiento declarado gubernativamente.

Tras las clases de reconocimiento se refiere a los hijos ilegítimos reconocibles, extremo sobre el que, ante la falta de unanimidad de la doctrina, pueden distinguirse tres direcciones: 1.ª) la más extendida dentro de nuestra doctrina tradicional considera que sólo son reconocibles los hijos que ostenten la condición de naturales; 2.ª) la que estima que todos los hijos ilegítimos son reconocibles, incluso aquellos en los que no concurre la condición legal de naturales, si bien, en este caso, el reconocimiento puede ser impugnado por aquellos a quienes perjudique, conforme a lo dispuesto en el artículo 138 del Código Civil; 3.ª) la tercera postura, de carácter ecléctico, considera que es posible el reconocimiento de los hijos ilegítimos no naturales, pero sólo por el progenitor con capacidad matrimonial al tiempo de la concepción. Al final concluye el autor indicando cuáles son los hijos ilegítimos reconocibles.

Considera también necesario referirse al aspecto formal del reconocimiento, en cuanto es decisivo para definir la situación legal de los

hijos ilegítimos reconocidos, pues sin esas formalidades no puede ostentar esta cualidad. A estos efectos, o sea, en cuanto a la forma del reconocimiento, distingue entre el forzoso y el voluntario.

Una vez estudiada la forma del reconocimiento, trata de la condición legal de los hijos ilegítimos reconocidos, apuntando los derechos que corresponden a los que hubiesen sido reconocidos con las formalidades legales exigidas, terminando su estudio con el problema de su *status familiae*.

En otro de los apartados de este primer capítulo se habla de los hijos ilegítimos no reconocidos, pero de filiación conocida, o sea, de aquellos que nacidos de unión extramatrimonial de sus padres y no habiendo sido reconocidos formalmente, su filiación consta y produce sus efectos jurídicos. En esta situación pueden encontrarse hijos naturales y no naturales, por lo que se refiere a ellos por separado, abordando, como en el supuesto anterior, el problema de su condición legal, determinada precisamente por el artículo 139 de nuestro Código, que les atribuye el derecho de alimentos con la extensión que fija el artículo 143.

En suma, concluye afirmando que el hijo ilegítimo no reconocido, aunque su filiación sea conocida, carece de estado de filiación, al no tener otra vinculación con su familia que la derivada de la deuda alimenticia, no teniendo derecho a apellidos ni a los derivados de la patria potestad ni hereditarios.

Otro supuesto es el de los hijos ilegítimos desconocidos, que carecen de estado de filiación, y al desconocerse sus padres, no gozan de derechos frente a ellos.

Bajo la rúbrica de «los hijos ilegítimos y la legislación del Registro Civil» se encuadra otro apartado de este primer capítulo de la obra. En él se destaca la gran importancia que en esta materia han representado la Ley y el Reglamento del Registro Civil, en cuanto vienen a significar un gran avance en la lucha contra la discriminación de las personas por razón de su filiación. En una y otro pueden encontrarse preceptos que constituyen verdaderos puntos de fricción en relación con ciertos preceptos de nuestro primer Cuerpo legal, dados los distintos principios que le informan.

Tras señalar las manifestaciones concretas del avance que ha supuesto la legislación del Registro Civil con relación a los hijos ilegítimos, concluye el autor el primer capítulo de su obra abordando el tema de los hijos ilegítimos y el derecho de la Iglesia, en torno a lo cual no hace un estudio exhaustivo de la situación de los hijos ilegítimos en el Derecho eclesiástico, sino que únicamente se refiere a un somero reflejo de su situación, fijándose especialmente en las normas del *Codex Iuris Canonici*, en cuanto afectan directamente a su situación legal, mencionando los más importantes cánones al respecto.

Como resumen de la situación legal de los hijos ilegítimos, por lo que a nuestro Derecho se refiere, ésta, a juicio de GÓMEZ DE LIANO, puede calificarse de precaria como norma general, y en especial si se compara con las tendencias dominantes, a las que el autor se refiere en el capítulo segundo.

El capítulo segundo de este importante trabajo versa sobre el porvenir legal de los hijos ilegítimos. Comienza este tema destacando las tendencias actuales que abordan el problema de la necesaria promoción de los hijos ilegítimos, que desde hace tiempo se viene planteando la doctrina y las legislaciones, adquiriendo en los tiempos modernos una extraordinaria dimensión. Voces autorizadas, congresos, declaraciones de derechos y legislaciones de los Estados surgen en pro de una situación más justa, impuesta por las ineludibles exigencias sociales.

Prescindiendo de las innumerables opiniones de autores y tratadistas

sobre la materia, el autor hace unas indicaciones sobre las declaraciones de Derechos, Congresos y Textos Constitucionales en la materia, que, por ser más generales, reflejan mejor la realidad.

Un problema que se presenta en el examen de la problemática actual sobre hijos ilegítimos y su necesaria promoción es el de su denominación. Cuando se habla de igualdad y de discriminación, la primera medida que debe adoptarse es la de rechazar el término «ilegítimo», que constituye ya de por sí una penosa carga, en cuanto hace recaer sobre el hijo una responsabilidad que, en todo caso, correspondería a los padres.

A continuación nos encontramos con el reconocimiento voluntario, considerado como el medio ideal para establecer la relación paterno-filial, en cuanto ésta surge de una manera espontánea, haciendo posible el nacimiento de los vínculos familiares fundados en el amor mutuo.

Tras el reconocimiento voluntario topamos con el forzoso, estudiado tanto desde el punto de vista doctrinal y legislativo comparado como jurisprudencial español.

La condición legal de los hijos ilegítimos y su *status* es otro de los puntos concretos con que nos encontramos. En torno a este tema, y por lo que respecta a las legislaciones, se destacan tres grupos: 1.º) países que otorgan al hijo ilegítimo un verdadero estado de filiación; 2.º) países que, por el contrario, aun conociéndose perfectamente la relación de filiación, sólo otorgan un derecho a alimentos; 3.º) un tercer grupo de países en el que se pueden incluir aquellas legislaciones de carácter intermedio, que les otorgan derecho de alimentos y sucesorios, pero no apellidos.

El punto final a este segundo capítulo de su obra lo da GÓMEZ DE LIAÑO sentando unas conclusiones respecto de lo que ha de ser en un futuro la situación legal de los hijos ilegítimos en general, teniendo para ello en cuenta la vigente legislación española en materia de filiación ilegítima, las enseñanzas de la doctrina y del Derecho comparado, así como las orientaciones de la jurisprudencia española.

Sobre la base de las conclusiones que sienta cree el autor que el porvenir legal de los hijos ilegítimos será, sin duda, mejorado en una futura reforma de nuestro Código Civil.

Examinada ya la problemática concerniente a los hijos ilegítimos se pasa en el tercer capítulo a la exposición del problema relativo a la situación legal de los hijos adoptados, ofreciéndonos un estudio aún más detenido como consecuencia de la aparición de la Ley de 4 de julio de 1970 sobre adopción.

Parte del concepto de hijo adoptado o adoptivo, considerados como aquellos que no proceden de la generación natural de los padres, sino de un acto jurídico solemne, en virtud del cual la Ley crea entre dos personas vínculos análogos a los de la filiación natural.

A continuación trata de los precedentes, para lo cual, prescindiendo de los antecedentes remotos de la institución, se fija, por lo que a nuestra Patria se refiere, en los antecedentes próximos que nos brinda la Edad Moderna, pudiendo distinguirse tres etapas perfectamente definidas, que nos marcan el Código Civil, la Ley de 24 de abril de 1958 y la de 4 de julio de 1970. Se señalan las directrices fundamentales de esta última reforma y sus innovaciones más importantes, con lo que se culmina un proceso evolutivo impuesto por las exigencias sociales del momento en materia de adopción.

El autor hace elogios de la nueva legislación en la materia no sólo por haber satisfecho las aspiraciones de la doctrina, sino porque, además, ha colocado a la legislación española, en materia de adopción, a la cabeza de las más progresivas en Derecho comparado, estableciendo una situación legal para el hijo adoptado que se puede calificar, a su juicio, no ya

de excelente, sino también de inmejorable, tomando como baremo la de los hijos legítimos, otorgando las posibilidades de equiparación mediante la adopción plena.

En este capítulo se refiere también a las clases de hijos adoptivos o de adopción, destacando las diferencias, subjetivas y objetivas, que existen entre las dos clases de hijos adoptivos.

La nueva regulación legal, al igual que la anterior, dedica la mayor parte de sus normas a disposiciones generales de una y otra clase de adopción: plena y simple, señalando después las específicas para cada una de ellas.

Por ello, y considerando que en toda exposición legal ha de tenerse en cuenta el orden marcado por las normas que se exponen para una mejor aplicación y entendimiento de sus conceptos, se refiere primero a las disposiciones generales y después a las particulares.

Bajo el epígrafe de disposiciones generales nos encontramos con los siguientes puntos:

1.º Padres adoptantes, con los requisitos necesarios de capacidad, edad y prohibiciones para adoptar reflejados precisamente en el artículo 172 de nuestro Código.

2.º Hijos adoptivos, con el estudio de iguales requisitos de capacidad, edad y prohibiciones establecidos a este respecto en la vigente regulación.

3.º La forma en la adopción, concretada en tres fases, que podemos denominar judicial, notarial y registral. La fase judicial se estudia en sus dos aspectos: sustantivo y procesal. Aprobada judicialmente la adopción entra en juego la fase notarial, entregándose a los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la correspondiente escritura. Otorgada la escritura viene la fase registral, en cuanto la mencionada escritura pública se inscribirá en el Registro Civil correspondiente. Y en cuanto es el Registro Civil el que ha de reflejar oficialmente la situación del hijo adoptado, una vez constituido el vínculo, se dedica especial atención a los siguientes aspectos: a) naturaleza de la inscripción; b) registro competente; c) publicidad.

4.º Novación de la adopción.

5.º Condición legal de los hijos adoptados, señalando los derechos que les corresponden, concretados fundamentalmente en los de patria potestad, parentesco, nacionalidad, dote, derechos arrendaticios, apellidos y derechos sucesorios.

6.º Extinción del vínculo adoptivo, reflejando las causas por las cuales se extingue la adopción.

Una vez expuestas las disposiciones generales en materia de adopción, examina las especialidades de la plena y de la simple, comenzando con las de la primera.

En efecto, con relación a la adopción plena señala especialidades referentes a los padres adoptantes, hijos adoptados, apellidos y derechos sucesorios, para terminar hablando del adoptado plenamente en relación con su familia natural.

Igual que hace con la plena, subraya también las especialidades de la adopción simple, considerando como sustanciales las que radican en materia de apellidos y sucesión hereditaria. También se habla aquí del adoptado simplemente en relación con su familia natural, dando por terminado el tercer capítulo de su obra con el *status familiae* de los hijos adoptados.

Tras la exposición que precede llegamos al cuarto y último capítulo, dedicado especialmente al «porvenir legal de los hijos adoptados».

La cuestión del porvenir legal de los hijos adoptados se plantea, a juicio de GÓMEZ DE LIAÑO, en términos muy distintos a los de los hijos ilegítimos, toda vez que en éstos el camino a recorrer es aún importante, mientras que los hijos adoptados, como se ve sumariamente a lo largo de la obra, han alcanzado virtualmente la cima en el proceso evolutivo impuesto por las exigencias sociales.

«Por ello—dice—en el momento actual no se puede hablar de un porvenir de esta clase de hijos, en el sentido que se hace para los ilegítimos, con referencia a tendencias y orientaciones vigentes, pero resulta interesante comparar su situación y problemas propios con posiciones de la doctrina científica y Derecho comparado, que le lleva, como consecuencia, a una crítica de su situación, destacando matices susceptibles de perfeccionamiento sobre puntos concretos de su regulación legal.»

En este punto trata de seguir un orden expositivo sin perder de vista las exigencias de un desarrollo sintético. Por ello, considera preciso volver a traer a colación puntos o problemas que sólo antes había apuntado y que exigen un mayor comentario.

El primer punto que aborda es el de la conveniencia de la adopción, extremo sobre el que la antigua polémica doctrinal sobre la utilidad de esta institución, si bien no ha desaparecido, se ha minimizado ante la importante reacción de las legislaciones a su favor.

El segundo punto concreto es el de las clases de hijos adoptados, indicando, sin género de dudas sobre este extremo, que el sistema unitario, que inicialmente recogió nuestro Código Civil, no satisface las exigencias de esta institución, sino que es necesario reconocer dos clases de hijos adoptados, por los diferentes motivos que la fundamentan. Conscientes de esta realidad, las recientes reformas de la adopción en Francia, Italia y Portugal recogen la posibilidad de esas dos clases o formas de adopción.

Otro tema es el concerniente a los padres adoptantes. Sobre este punto es cierto que en todas las legislaciones se cuida de una manera especial que los padres adoptantes cumplan una serie de condiciones que se virtualizan en las que se indican en la legislación española, que se presenta como una de las más progresivas. No obstante, el autor indica las orientaciones doctrinales y legislativas preponderantes, con relación a las diversas condiciones de capacidad, edad y prohibiciones.

El cuarto punto, objeto también de especial consideración en este capítulo cuarto, versa sobre los hijos adoptados, en torno a cuyos requisitos de capacidad, edad y prohibiciones aparecen también unos principios, más o menos inmutables, que, sin duda, seguirán regulando en el futuro su entrada en la relación adoptiva.

Tras tratar de la forma de la adopción y condición legal de los hijos adoptados, concluye el capítulo final de su obra sentando las siguientes conclusiones:

1. La situación de los hijos adoptados no sólo en la legislación española, sino también en las legislaciones extranjeras más progresivas, es en la actualidad francamente buena, a diferencia de lo que ocurre con la situación de los hijos ilegítimos, que es decididamente precaria.

2. No obstante, la regulación de la filiación adoptiva admite reformas interesantes, como la reducción más exacta a normas concretas de los principios que la inspiran y una mayor matización en algunos aspectos.

3. Consecuentemente con el avance realizado por la última reforma y con la buena situación actual de los hijos adoptados, su porvenir queda perfectamente perfilado y los ulteriores avances que puedan producirse



ya no serán sustanciales, sino de mero retoque y adecuación a los principios que les sirven de fundamento, siendo preciso esperar a los resultados de la nueva regulación para formular las modificaciones que la práctica aconseje.

A continuación de su interesantísimo trabajo, GÓMEZ DE LIAÑO recoge como apéndice la Ley de 4 de julio de 1970 sobre modificación en materia de adopción, señalando, además, la muy numerosa bibliografía tenida en cuenta para la formulación de su trabajo, con lo cual, y mediante acertadas notas, viene a adornar, a lo largo de 173 páginas, la brillante y magnífica exposición que sobre el tema nos ofrece.

Resta decir que, por lo que se refiere al ordenamiento español y concretamente sobre filiación ilegítima, en el texto se halla una exposición completa del mismo, a la vez sucinta y sistemática, incluyendo doctrina y jurisprudencia últimas.

En cuanto a la adopción, el lector encontrará también una clara, sucinta y completa exposición, tanto respecto del Derecho español como del Comparado y en las perspectivas que en la actualidad ofrece.

En suma, GÓMEZ DE LIAÑO ha tratado a lo largo de su obra de reflejar sistemáticamente los aspectos más interesantes de la materia abordada, prescindiendo del examen de cuestiones generales, de las que se ocupa debidamente la doctrina científica en sus tratados.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

SALINAS QUIJADA, FRANCISCO: *Derecho Civil de Navarra, I. Introducción*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1971, 411 págs.

Comienza el libro con prólogo de FRANCISCO DE ASÍS SANCHEZ REBULLIDA, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Navarra, en el que se refiere a la importancia de este libro, que nace estando ya ultimada la «recopilación privada del Derecho Privado Foral de Navarra», dando satisfacción a la exigencia actual de los Derechos Forales, cual es la de componer una obra didáctica, sistemática, breve y sencilla, imprescindible para facilitar el conocimiento y la aplicación del Derecho Foral.

Es de mencionar, antes de nada, que SALINAS QUIJADA expone a continuación de cada apartado de los diversos capítulos una nutrida bibliografía sobre los respectivos temas, con la utilidad que esto lleva consigo.

### Capítulo I

Bajo el epígrafe de *Concepto, naturaleza y contenido* comienza el autor el primer capítulo, en el que trata, en primer lugar, del sentido de la expresión «Derecho Foral Navarro», poniendo de relieve, mediante apreciaciones históricas, lo erróneo de calificar al Derecho Foral como un régimen de excepción, para un determinado territorio, del general y común que regula la vida jurídica nacional, así como considerarlo privilegio, gracia o concesión arbitraria otorgados por los señores a sus pueblos.

Dice SALINAS QUIJADA que para hallar el verdadero sentido de la expresión estudiada hay que separar su acepción histórica y la moderna, más que contradictorias entre sí, pues si fuero para el navarro eran las costumbres de uso general o leyes emanadas de éstas, hoy día el Derecho Foral Navarro equivale a todo el Derecho de Navarra, del cual forma parte el Derecho Civil de Navarra, que entraña una concepción peculiar

y privativa del Derecho Civil y no sólo aisladas instituciones características de esta región. Es un Derecho con personalidad propia.

Y de este Derecho Civil de Navarra, como sistema jurídico, se ocupa SALINAS QUIJADA tras dedicar unas páginas al ámbito geográfico-histórico de esta provincia.

El autor define este Derecho remitiéndose a su origen consuetudinario, importante de recordar en cuanto que, como sistema jurídico, es un Derecho transmitido por el pueblo de generación en generación institucionalmente, constituyendo la tradición jurídica confirmada por el uso. Es un sistema jurídico completo, integrado por unos principios generales, de los que se desarrollan una serie de instituciones.

## *Capítulo II*

Así acaba el capítulo primero para dar comienzo al segundo, con el título general de *Derecho escrito*, en el cual hace, en primer lugar, un bosquejo o programación de lo que expone en sucesivos párrafos.

Tras la primera época primitiva, en que la jurisprudencia formada a través de las sentencias dictadas por el jefe de la tribu era la forma más ancestral de la costumbre, es el mismo pueblo el que establece su propia jurisprudencia, una normativa consuetudinaria.

Más tarde, la sustitución de la vida nómada por la estable, con las consecuencias que el autor expone, origina la coyuntura en que nace el Derecho escrito: en primer lugar, el Fuero de Sobrarbe y los Fueros locales; por fin, el Fuero General de Navarra en 1234.

En 1514, Fernando *el Católico* invade Navarra, que, a pesar de todo, continúa gozando de su independencia, con soberanía legislativa, ejecutiva y judicial. Así sigue la organización política hasta 1839 y 1841, a través de la Novísima Recopilación de Navarra.

Este es el esquema que a continuación desarrolla el autor en posteriores apartados, comenzando por la época primitiva para seguir con la romana y goda, poniendo de relieve la poca influencia que de ellas recibió Navarra.

El siguiente hito en la evolución del Derecho Navarro es el Fuero de Sobrarbe. Sobre el comienzo del Derecho escrito en Aragón y Navarra trata SALINAS QUIJADA en páginas siguientes, preguntándose si realmente existió tal Fuero; si de verdad, de existir, rigió en Aragón y Navarra, y en qué consistió.

Recoge el autor encontradas opiniones sobre estos temas. Para él, los Fueros de Sobrarbe no eran sino inmunidades y concesiones privilegiadas de los infanzones. La doctrina adopta tres posturas sobre la antigüedad del Fuero: la primera niega la antigüedad del Fuero, sosteniendo que este título no se conoció hasta el reinado de don Sancho *el Mayor*; la segunda sale en defensa de la antigüedad del Fuero; la tercera lo sitúa en el pontificado de Adriano II.

El autor coincide con la segunda y concluye afirmando la coexistencia normativa del viejo Fuero de Sobrarbe con los posteriores Fueros locales.

Y son estos Fueros los que seguidamente estudia SALINAS QUIJADA, encontrando su razón de ser dentro del marco de la Reconquista, en la que los monarcas concedían a las villas (según la ayuda del pueblo al rey) sus fueros propios con sus privilegios, exenciones, ordenanzas, que se propagaban a otros pueblos constituyendo una mezcla de originalidad y de aluvión de otros Fueros. Eran «Fueros de población» para una villa recién fundada, o «Fueros de frontera», en pueblos fronterizos. Navarra se va convirtiendo en un verdadero cuerpo federativo. Expone el autor a continuación varios de esos Fueros.

Tras estudiar los Fueros locales sigue el autor con el Fuero general, explicando su razón promulgatoria en dar solución a la situación confusa creada por la promulgación de estos Fueros locales. Empieza por tratar su contenido, que basan la mayoría de los autores en el Fuero de Sobrarbe, conteniendo, además, disposiciones de otros Fueros, influencias de Derecho Romano y Leyes godas.

Califica el autor este Fuero como inmovilista y nada progresivo, extendiéndose a continuación sobre los principios que lo informan: la raíz esencialmente visigótica de la sumisión del rey a la Ley; su «monroísmo»: constante preocupación de que Navarra fuera nada más que para los navarros; el de justicia distributiva, y el de unidad legislativa.

Pasando por alto la discusión en torno a la época de su formación, el Fuero general, que en un principio fue de aplicación supletoria general, acabó prevaleciendo sobre los Fueros locales hasta constituir el apoyo y fundamento de la legislación civil de Navarra, que ha perdurado hasta nuestros días. En esta evolución son de destacar los Amejoramientos, que SALINAS QUIJADA trata seguidamente: el primero, el del rey don Felipe, con intervención de las Cortes; el segundo, el de Carlos III, aunque no entrara en vigor.

No hay desde su redacción primitiva ninguna adición ni compostura al Fuero general que no fuere el Amejoramiento ya mencionado. Así lo afirma el autor, disintiendo con otros, que opinan otra cosa.

Estudia el autor a continuación el nacimiento y vicisitudes del Fuero «Reducido» en 1530, que nunca logró vigencia.

«El desbarajuste jurídico—dice SALINAS QUIJADA—imperaba por doquier y para acabar con él fueron apareciendo sucesivas obras a partir de la que hicieran PASQUIER y BALANZA con el nombre de *Ordenanzas viejas*», que, al decir del autor, no dejó bien parada la genuina legislación foral.

De estas obras se ocupa en sucesivos párrafos para llegar a la Novísima Recopilación de Navarra, impresa en 1735, que recogió las Leyes aprobadas desde 1512 a 1716 y que se ha impuesto hasta nuestros días.

Después de estudiar minuciosamente la intervención, mecánica, funcionamiento, nombramientos..., de las Cortes constituidas por los tres estados, vuelve SALINAS QUIJADA al desarrollo del Derecho escrito, que dejó en la Novísima Recopilación, para acabar el capítulo con la Ley de 1841, que regula las relaciones entre Navarra y el Estado, consignando los derechos reconocidos al antiguo reino y con honda trascendencia sobre el régimen jurídico de Navarra. Pone de relieve, en primer lugar, sus antecedentes históricos.

Tras diversas vicisitudes, que se exponen en el libro, el 16 de agosto de 1941 se promulgó la Ley, cuya naturaleza jurídica trata en páginas siguientes, para concluir su carácter de pacto o convenio, inalterable e irrevocable unilateralmente, en consecuencia.

A partir de la Ley Paccionada, la vigencia del Derecho civil se condiciona a la formación de los códigos generales que han de regir en la monarquía. Permanece la legislación privativa navarra estacionaria y sin desarrollo, conservándose íntegra hasta hoy a través del artículo 12 del Código Civil.

### Capítulo III

El capítulo tercero lo dedica SALINAS QUIJADA al estudio del *Derecho Consuetudinario*. Tras hacer una breve introducción, poniendo de relieve la trascendencia que en el sistema jurídico navarro tiene la costumbre, que no pudo anular la Ley ni relegar al olvido, pasa a tratar la costumbre en su contenido y naturaleza a través de la legislación civil de Navarra.

Modernamente, la fuerza de la costumbre es admitida por los anteproyectos y proyectos de Apéndice, en el Fuero Recopilado de Navarra y en la Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra. En esta última se le da superior categoría que al Derecho escrito, ocupando el primer puesto en la prelación de fuentes. Cada uno de los textos citados es examinado por el autor, poniendo de manifiesto lo evidente de tales afirmaciones.

En el segundo párrafo de este capítulo entra SALINAS QUIJADA en la vigencia actual de la costumbre en Navarra, que carente actualmente de Compilación, tiene por Derecho vigente el histórico, rigiendo la costumbre según Ley, la contra Ley y la fuera de Ley.

Se plantea principalmente el problema de la costumbre contra Ley, que supone tanto como preguntarse quién sale vencedora en caso de colisión entre Ley y costumbre. La constatación histórica da como ganador al Derecho Consuetudinario. De ello pone ejemplos el autor, citando varios supuestos, para pasar al estudio de su vigencia actual.

En este punto estudia, en primer lugar, la eficacia de los usos, que fueron considerados, según el autor, de distinta forma en el Derecho Foral que en la actualidad por los tratadistas que estudian su naturaleza jurídica.

«El uso—dice SALINAS QUIJADA—no se distingue de la costumbre más que en la *vetustas*, en su antigüedad.» No pasa lo mismo con los estilos, que en Navarra se referían principalmente al procedimiento forense. Su naturaleza procesal impide considerarlos como costumbre civil. No tienen fuerza de costumbre contra Ley.

Por último, trata el autor de las Leyes contra las que puede tener eficacia la costumbre. Después de referirse en este sentido a la Ley romana y canónica, pasa a ocuparse de la Ley civil, exponiendo las diversas teorías en este punto para aportar a continuación la propia. Esta da por sentado la vigencia de las costumbres contra Ley anterior al Código, otorgándosela también tras el mismo, a través del párrafo segundo del artículo 12 del Código Civil, considerándolas como institución foral y no encontrando obstáculo en el artículo 5 del Código Civil.

La eficacia de estas costumbres se extiende contra la Ley foral y contra todas las Leyes civiles, excepto las que, anteriores o posteriores, no contradigan o modifiquen la Ley de 16 de agosto de 1841 y, en suma, aquellas de general aplicación.

#### *Capítulo IV*

El capítulo cuarto está dedicado al *Derecho supletorio*. Empieza refiriéndose a la supletoriedad del Derecho romano en su desarrollo histórico.

Sin violencia y sin promulgación oficial sancionadora hasta 1576, vigente el Fuero general, entra como supletorio el Derecho romano por la fuerza repetida, con ánimo de obligarse, que le prestaba la costumbre.

La fecha de la infiltración romana se señala probablemente en el siglo XII, por dos vías: la canónica y la de la Curia Regia o tribunal de la Corte Mayor. Sobre todo ello da el autor abundantes referencias históricas.

Trata SALINAS QUIJADA en el segundo párrafo del Código Civil, que a través del párrafo segundo del artículo 12 adquiere, respecto a los derechos forales, el carácter de Derecho supletorio de último grado, subsistentes los distintos derechos supletorios regionales. Esto quiere decir, y así lo expresa la Recopilación Privada, que antes de aplicarse el Derecho supletorio deberá integrarse el Derecho privativo, mediante la

racional extensión analógica de sus propias disposiciones y aplicación de los principios generales.

Por último, se ocupa SALINAS QUIJADA del Derecho canónico, que en pleno esplendor en la Edad Media, pasó a ser aplicado en la práctica forense; siquiera esta influencia no trascendió a promulgaciones legislativas.

Por sentencia de 1867 se declaró no rige en Navarra el Derecho canónico y ninguno de los proyectos de Apéndice o Recopilaciones lo recogieron como supletorio.

Acaba el capítulo con una alusión a la legislación castellana, que por vía del artículo 1.976 del Código Civil queda derogada, privándola de toda supletoriedad.

## Capítulo V

El capítulo quinto estudia los *Principios generales del Derecho civil navarro*. Empieza SALINAS QUIJADA con una breve introducción, en la que examina este Derecho como algo que trasciende del Derecho escrito, más allá de normas e instituciones. Así lo reconoce la Recopilación privada.

En primer lugar, trata el autor del principio de la libertad civil y la regla *paramiento fuero vienze*, distinguiendo, por un lado, la libertad normativa, según la cual, la libertad civil es la regla, y la Ley, la excepción, de la que se deriva la fuerza de la costumbre contra Ley, y, por otro, la libertad patrimonial, subdistinguiendo la libertad contractual y la sucesoria.

Se ocupa seguidamente de los principios de equidad y buena fe. El primero como adaptación flexible del ordenamiento jurídico a las circunstancias específicas de cada caso y que se encuentra también recogido en la Recopilación Privada. Del segundo (el principio de la buena fe) trata a continuación, como principio a tener en cuenta, tanto en cuestiones de adquisición o retención de dominio como en el ejercicio de todos los derechos.

Acaba el capítulo refiriéndose al principio de unidad familiar y permanencia de la casa, tendente a la perpetuación de la familia y la continuidad de la casa a través de los siglos, y que informa el principio de la libertad de testar y la legítima foral navarra.

## Capítulo VI

El capítulo sexto tiene por objeto la *Jurisprudencia*. Después de unas breves palabras sobre su concepto y valor trata de su trascendencia en orden a la integridad foral.

En este punto pone de relieve cómo en muchas ocasiones la jurisprudencia, más la del Tribunal Supremo, ha ocasionado notorio perjuicio para los derechos forales, abogando el autor incluso por la creación de un tribunal de casación foral para acabar con la vulneración de esta legislación por aplicaciones indebidas de derecho común.

Antes de la publicación del Código, los tribunales tendían a extender la legislación general a toda la nación, problema que se agudizaba en Navarra por la desaparición de sus Cortes.

Tras el Código civil, los tribunales lo aplican en su totalidad a aquellas instituciones que habían sido reguladas ya, siquiera en parte mínima, para todo el país, poniendo el autor ejemplos en este sentido.

Por otra parte, la tendencia a extender el código a los casos en que los derechos supletorios contienen iguales disposiciones a aquél hace más

necesaria la codificación foral como defensa. La Recopilación Privada lo reconoce así.

Pasando, por último, a la propia jurisprudencia foral, expone el autor los diferentes repertorios jurisprudenciales y concretamente los del Derecho Foral Navarro.

### *Capítulo VII*

El capítulo siete trata de la *Doctrina científica*, de gran relevancia en la práctica forense tratándose de derechos forales.

En Navarra, dadas las lagunas del Fuero, la doctrina de los juristas forales desempeñó y desempeña un importante papel en la vida del Derecho. La Recopilación Privada lo confirma.

Tras un estudio histórico de la doctrina pasa el autor al siglo xx, en el que, según dice, se ha hecho mucho más que todo lo trabajado anteriormente, sobre todo desde 1936.

Acaba el capítulo refiriéndose a la sistematización del Derecho civil de Navarra, poniendo de manifiesto la necesidad de un trabajo completo, que en forma de manual didáctico sea el más oportuno exponente de doctrina tan vasta y nada sistematizada. Con la presente obra, el autor cubre tal vacío.

### *Capítulo VIII*

El capítulo octavo lleva como epígrafe *La codificación del Derecho civil de Navarra*. En él estudia SALINAS QUIJADA, en primer lugar, el problema de la unificación legislativa española, después de poner de relieve cómo Navarra siguió conservando todos los fueros tras el reinado de Felipe V, a diferencia de lo ocurrido con la Corona de Aragón.

Dos soluciones se plantearon al considerarse el problema de la unificación legislativa: la publicación de un código general unificado o mantener la variedad de legislaciones realizando una mera unificación externa. En la primera solución caben tres procedimientos: el racionalista, el centralista y el armónico. En la segunda, otros tres: Códigos diversos para cada una de las regiones, Código único con excepciones de Derecho Foral y Código general con Apéndices.

Así planteado, hace SALINAS QUIJADA un examen histórico examinando las diversas actitudes adoptadas, partiendo de finales del siglo xviii —cuando se iniciaron las actuaciones de la Corte para terminar con la independencia de Navarra— para llegar al Código civil a través de la guerra de la Independencia, Cortes de Cádiz, proyectos de unificación en el siglo xix, Leyes generales y Ley de Bases.

«La Ley de Bases del Código civil—dice SALINAS QUIJADA—adopta una postura ecléctica entre las dos tendencias uniformista y antiuniformista, estableciendo la forma de Código para el Derecho civil común y de Apéndices para las legislaciones forales.» La misma postura acoge el Código civil, cuyo artículo 12 examina el autor, para pasar a continuación a los Anteproyectos y Proyectos de Apéndice al Código.

El Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza es el último párrafo de este capítulo.

Expone, en primer lugar, el autor su origen: la petición del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, que recibió respuesta por Orden de 3 de agosto de 1944, accediendo a convocar y reunir en Zaragoza un Congreso de juristas de las diversas provincias, comunes y forales.

Transcribe SALINAS QUIJADA las conclusiones provisionales, la enmien-

da presentada por el Consejo de Estudios de Derecho Navarro, que fue tomada en cuenta por la Comisión de Ponencia para las conclusiones definitivas y la redacción final de las mismas aprobada por el Congreso; no es posible hacer aquí siquiera un resumen de las mismas por su extensión. Baste decir, en palabras de SALINAS QUIJADA, que fue el anuncio de una primera etapa legislativa, que se puso en práctica inmediatamente.

En ejecución de lo acordado en el citado Congreso y para la elaboración de las Compilaciones forales, el Decreto de 23 de mayo de 1947 estableció que el ministro de Justicia nombraría comisiones de juristas para que formularan los correspondientes Anteproyectos, determinando su constitución. Esta se estableció, por Orden de 24 de junio de 1947, para Aragón, Cataluña, Navarra, Baleares, Galicia, Alava y Vizcaya.

A instancias de la Diputación de Navarra, la Orden de 10 de febrero de 1948 le concedió formar esta Comisión, de la cual formó parte el autor de este libro.

En 1959 termina el Anteproyecto de Fuero Recopilado de Navarra, que se presentó a información pública por primera vez, resolviéndose las enmiendas alegadas, tras lo cual se redactó definitivamente su texto como Proyecto.

En 1962 comienza un grupo de juristas la elaboración de la llamada Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra, que se acaba en abril de 1970.

Ante los dos criterios para su sanción oficial, el autor rechaza el de la aprobación unilateral por el Estado (como en las demás Compilaciones forales) para abogar por la aprobación convencional por vía de pacto. Se detiene en explicar sus ventajas.

## Capítulo IX

El capítulo nueve trata del *Orden de prelación de las fuentes del Derecho Navarro*. La enumeración es la siguiente: 1) Título preliminar y primero del Código Civil. 2) Preceptos del Código Civil que regulan materias, objeto y contenido de Leyes generales obligatorias para toda España promulgadas con anterioridad al mismo. 3) Leves generales obligatorias para toda España que no contradigan ni modifiquen la Ley Paccionada, bien sean promulgadas antes o después de la Ley, y las anteriores al Código Civil no derogadas por éste, en cuanto contengan reglas de carácter civil. 4) La costumbre contra Ley. 5) Leyes posteriores a la *Novísima Recopilación*, de don JOAQUÍN ELIZONDO, recogidas en los denominados Cuadernos de Cortes. 6) La *Novísima Recopilación de Navarra*, de don JOAQUÍN ELIZONDO, acordada en Cortes de 1701 e impresa en 1735. 7) Los Amejoramientos del Fuero. 8) El Fuero general. 9) La costumbre según y fuera de Ley navarra. 10) Los principios generales de Derecho navarro. 11) El Derecho romano. 12) El Código civil. 13) Jurisprudencia del Derecho civil navarro. 14) Doctrina científica navarra.

A cada una de estas fuentes dedica SALINAS QUIJADA un apartado, justificando su postura y entrando en el examen de los problemas que surgen en ellas.

## Capítulo X

El capítulo décimo y último del libro trata de la *Aplicación y extinción de las normas*.

Tras poner de relieve la trascendencia de la interpretación doctrinal y judicial de estas normas, pasa a estudiar la interpretación en el Derecho

histórico de Navarra. La preponderancia que en él tiene la norma jurídica, expresada en la sumisión del rey a la Ley, produjo repercusiones en su interpretación, reservada al rey conforme se asienta la monarquía en la confianza de su pueblo y de sus gentes.

Después del examen histórico advierte el autor que ninguno de los Apéndices navarros al Código Civil recogió normas sobre la interpretación de la Ley, salvo la interpretación contractual, hasta el Proyecto de Fuero Recopilado. Expone lo que en este punto establece la Recopilación Privada.

Por otra parte, también la analogía, que expone SALINAS QUIJADA a continuación, es prevista en los modernos proyectos de recopilación, remontrándose el autor en su estudio al Derecho romano.

El segundo párrafo, último del capítulo, está dedicado a la eficacia, límites y extensión de las normas, estudiando si pueden alterar la fuerza obligatoria de la Ley, la ignorancia o el error en cuanto a ella, su renuncia, su inobservancia y el fraude.

En cuanto a la retroactividad de la norma, pone de relieve el autor la ausencia de declaración formal de irretroactividad de la Ley en el Derecho navarro. La da por sentada, sin embargo, la Novísima Recopilación de Navarra y la Ley 48 de las Cortes de Pamplona de 1765 y 1766, confirmadas por la Recopilación Privada.

Entra seguidamente en la exposición de los estatutos personal, real y formal, a que se refiere el artículo 14 del Código Civil y el Proyecto de Fuero Recopilado, que manda se rijan por la legislación general de la nación. La Recopilación Privada hace la misma declaración en todo lo que no estuviere previsto en ella.

Acaba el capítulo y el libro con el estudio de la cesación de la norma y, particularmente, el problema de la derogación de la Ley por la costumbre en contrario. Eficacia que le es reconocida, tanto por el Proyecto de Fuero Recopilado como por la Recopilación Privada.

Finalmente, recoge el autor en últimas páginas la bibliografía citada a lo largo del libro, además de otras obras útiles a efectos de ampliación.

MARTÍN LIRIA



# REVISTAS



## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

*La transmisión «mortis causa» de la empresa en el Derecho catalán*, por Eduardo Polo, págs. 7 a 42.

*El Decreto 2910/1971, de 25 de noviembre, sobre beneficios fiscales para la concentración de empresas*, por Francisco Vicent Chulia, págs. 43 a 74.

*Restricciones a la inversión extranjera en el Mercado Común Andino*, por Peter Schliesser, págs. 75 a 94.

## REVISTA DE DERECHO PRIVADO

*Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el Orden Jurídico Español*, por Enrique Lalaguna, páginas 485 a 529.

*Derecho civil español y americano*, por Luis Moissier de Españes, páginas 559 a 614.

*El testamento ológrafo*, por Enrique Ruiz Vadillo, págs. 615 a 648.

## REVISTA GENERAL DE DERECHO

*El proyecto de convenio de la Conferencia de La Haya sobre obligaciones alimenticias con los mayores*, por Antonio Martín López, págs. 546 a 556.

*El proyecto de convenio de la Conferencia de La Haya sobre obligaciones alimenticias con los mayores (continuación)*, págs. 658 a 665.

## REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

*La enseñanza del Derecho*, por Carlos Onecha Santamaría, págs. 671 a 684.

*Perspectivas de la colonización*, por Francisco Vicente Bonet Bonet, págs. 685 a 720.

*El conocimiento del Derecho extranjero y la adhesión de España al Convenio de Londres de 7 de junio de 1968*, por José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, págs. 721 a 738.

*La equidad en el Derecho civil español*, por José Luis de los Mozos, págs. 7 a 34.

*Separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce*, por Tomás Ogayar y Ayllón, págs. 35 a 192.

## REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

*La protección contra gravámenes cualitativos de la legítima y la cautela Socini en la Compilación catalana*, por Luis María Vallet Mas, págs. 251 a 281.

*Consideraciones actuales sobre la investigación de la personalidad en el Derecho penal español*, por Santiago Mir Puig, págs. 281 a 304.

*Algunas consideraciones críticas sobre los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo en la reforma del Código Penal de 15 de noviembre de 1971*, por Gonzalo Quintero Olivares, págs. 305 a 324.

