

REVISTA CRITICA³
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLVIII ○ Mayo - Junio 1972 ○ Núm. 490

0

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

Págs.

ESTUDIOS:

"Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad", por RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA	513
"Dos consecuencias desafortunadas", por PEDRO PORRAS IBÁÑEZ ...	535
"Titularidades limitadas. Publicidad registral de las condiciones", por JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA	545

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	585
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JUAN MANUEL REY PORTOLÉS, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	611
2. Jurisprudencia Procesal, por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO ...	678
3. Jurisprudencia Mercantil, por RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS	687
4. Jurisprudencia Contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	688

LIBROS:

"Manual de Derecho Mercantil", de MANUEL BROSETA PONT, por FRANCISCO MESA MARTÍN	695
"Sociología y Filosofía del Derecho", de ELÍAS DÍAZ GARCÍA, por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH	698
"Comentarios a la Ley de Orden Público", de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por NARCISO DE FUENTES SANCHIZ	708
"Temas de Derecho Mercantil", de ELÍAS IZQUIERDO MONTORO, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	710
"La presunción de paternidad legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español", de FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, por GABRIEL GARCÍA CANTERO	714

ESTUDIOS

Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad

SUMARIO: *Limitaciones subjetivas de la capacidad inscribibles. Registro especial de incapacidades. Capacidad y limitaciones de la misma capacidad de titulares extranjeros. Limitaciones objetivas de disponer. Limitaciones legales. Limitaciones judiciales o administrativas. Limitaciones voluntarias.*

Partiendo de la teoría, tan en boga entre los juristas de principios de siglo, de la descomposición del derecho dominical en sus diversas facultades, nos encontramos con el poder de disposición o *jus disponendi* como una de las facultades del dominio, acaso la más esencial, puesto que da lugar a la enajenación, que es el acto más importante y decisivo de los que puede realizar el dueño de un objeto jurídico.

Pero no siempre se puede ejercitar dicha facultad o realizar el acto con entera libertad, por oponerse a ello ciertas cortapisas o limitaciones, de origen muy diverso y que responden a diferentes finalidades. Si el derecho de dominio, prototipo de derecho real, se caracteriza por la relación de sujeto a objeto, estas limitaciones podrán afectar bien al sujeto o bien al objeto del derecho dominical, dando lugar primariamente a su clasificación en limitaciones objetivas y subjetivas. El estudio de estas limitaciones del *jus disponendi* corresponde al Derecho Civil *strictu sensu*, pero por su correlación con el Registro de la Propiedad es menester clarificar su contenido y precisar su alcance dentro del Derecho Inmobiliario.

Se pueden denominar limitaciones objetivas a las que, como su nombre indica, se refieren a la limitación de la facultad de disponer o enajenar en relación con un objeto determinado, son inherentes a este mismo objeto, con abstracción de la persona que sea titular de su dominio. El titular es capaz plenamente, puede disponer de su patrimonio; pero, sin embargo, no puede hacerlo respecto a una de las cosas o bienes que lo integran. Se las denomina usualmente prohibiciones de enajenar.

Las limitaciones subjetivas afectan a la capacidad del titular y tienen un radio de acción mucho más amplio, puesto que traban o restringen el *jus disponendi* en relación con todas las posibilidades objetivas del incapacitado o limitado en su capacidad. Se derivan estas limitaciones subjetivas de disponer de las circunstancias modificativas de la capacidad que la restringen o anulan y cuyo estudio es propio del Derecho Civil. Estas circunstancias, diseminadas por el Código Civil, que no las recoge unitariamente, son: la edad, el sexo, el estado civil, el estado mercantil, la profesión religiosa, las relaciones familiares, la enfermedad, la ausencia, la interdicción civil, la prodigalidad, la ciudadanía y el domicilio. Se las denomina usualmente incapacidades.

Esta clasificación de las limitaciones de disponer en objetivas y subjetivas o prohibiciones e incapacidades, es de gran importancia. Pero normalmente con el vocablo «prohibición de disponer» se tiende a unificar ambas clases de limitaciones, creándose un confusionismo perturbador (1).

Don JERÓNIMO GONZÁLEZ, al estudiar las prohibiciones de disponer (2), las separa para despejar el camino de los que denomina conceptos afines, y entre ellos, primeramente, menciona a los actos defectuosos e imperfectos por incapacidad del disponente, que son las limitaciones subjetivas o incapacidades propias.

De todas formas, como en sentido lato, la incapacidad produce en el incapaz una prohibición de disponer y ésta es un concepto multiforme; hay juristas que encuentran gran dificultad en distinguir el concepto de prohibición de enajenar del de incapacidad para disponer (3).

Lo que interesa a nuestro estudio es conocer, dentro de nuestra legislación hipotecaria, cuáles de estas limitaciones subjetivas u objetivas de la capacidad pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, es decir, cuáles son inscribibles para dar estado jurídico registral a la especial situación del titular del derecho o del objeto del mismo, como advertencia para los terceros y efectividad práctica de la limitación, que, una vez inscrita, ha de impedir la inscripción de los actos jurídicos otorgados por el sujeto de capacidad limitada o de objeto indisponible,

(1) ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, página 245: "Muchas veces se generaliza tanto el empleo de prohibición, que se dice que un incapaz no puede disponer, que de una cosa pública no puede disponerse, que del derecho de habitación no se puede disponer, etc. Pero la prohibición de disponer, en sentido técnico o estricto, no tiene tanto alcance, pues se limita a vedar el ejercicio en sí de un *jus disponendi* existente y con plena independencia de si el titular del derecho subjetivo es capaz o no."

(2) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1925, pág. 658.

(3) CASSO ROMERO, IGNACIO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, pág. 387: "El concepto de prohibiciones de enajenar es muy difícil y más aún distinguirlas de las incapacidades para disponer."

si no se realizan, en cuanto al primer caso, con los requisitos, intervenciones o representaciones que las leyes preceptúen.

LIMITACIONES SUBJETIVAS DE LA CAPACIDAD INSCRIBIBLE

Los redactores de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 quisieron que estas limitaciones de la capacidad constaran en el Registro mediante una inscripción especial *hecha en la hoja propia* abierta a cada una de las fincas inscritas a nombre del titular incapaz. No dudaron en ningún momento de su inscribibilidad, no se discutió acerca de la necesidad de su constancia registral, que nadie puso en tela de juicio. Lo que sí se impugnó en la discusión parlamentaria por ORTIZ DE ZÁRATE fue la forma de dicha constatación, con razones que, a juicio de DÍAZ MORENO, la experiencia ha confirmado, pues debería bastar para que la limitación a anulación de capacidad produjera sus naturales consecuencias en el Registro de la Propiedad, con una simple nota marginal referida al libro especial de incapacitados, que es donde realmente debiera figurar la inscripción.

La Exposición de Motivos de la primitiva Ley determinó, con no excesiva claridad, el fundamento de la inscripción de las resoluciones judiciales limitativas de la capacidad de los titulares registrales. Decía: «Se ha considerado no menos necesaria la inscripción de las ejecutorias de los Tribunales en que se declare la incapacidad legal para administrar, o la presunción de muerte de personas ausentes, o se impone la pena de interdicción o cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil en cuanto a la libre disposición de los bienes. Esta prescripción es nueva en nuestras leyes, aunque aceptada ya en el proyecto de Código Civil; pero su simple enunciación la justifica. Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos a otras cargas; es, además, necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la Ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido.»

Estos párrafos de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria han sido muy criticados por los hipotecaristas (4) de más

(4) Don JERÓNIMO GONZÁLEZ, en su trabajo titulado *Prohibiciones de disponer*, dice de este párrafo de la Exposición de Motivos que "la Comisión re-

talla científica y sus opiniones, minimizando el valor de las inscripciones de incapacidad o reduciendo sus efectos, ha sido doctrina dominante en nuestro sistema. Fue MARIANO HERMIDA LINARES (5) el primero que, desechando los anteriores criterios, formuló una, a mi juicio, acertada interpretación del valor que tienen en nuestro sistema las inscripciones de las resoluciones judiciales que afectan a la capacidad civil de las personas, extrayéndola de los principios que informan el sistema y refutando todos los conocidos inconvenientes que en contra de esta clase de inscripciones veía la doctrina anterior.

Coincido plenamente con esta interpretación de MARIANO HERMIDA. Desengañémonos, los grandes juristas redactores de la primera Ley Hipotecaria fueron muy sabios. Y cuando establecieron esta clase de inscripciones, que parecen pugnar con el fin del Registro de la Propiedad Inmueble, tendrían sus razones, y estas razones, a mi modesto entender, no son otras que las que expone MARIANO HERMIDA en sus citados trabajos.

Y digo que coincido con la opinión de HERMIDA, puesto que mi interpretación en esta materia es la siguiente:

En rigor, la capacidad para disponer de bienes inmuebles o derechos reales válidamente es doble: por un lado, es necesario la llamada capacidad registral, que es la que consta en el Registro, y, por otro, la capacidad civil, que es extrarregistral y se expresa o se deduce de la titulación inscribible; pero la incapacidad no consta mientras la resolución judicial en que se declare no se inscribe. Y el motivo de su inscripción es precisamente para que se sepa que el titular de un derecho, no obstante serlo y tener facultades registrales para transferirlo o gravarlo, no puede hacerlo válidamente por haberle sido negadas o limitadas tales facultades en una sentencia. Inscrita la limitación subjetiva, los actos que realice por sí mismo el sujeto limitado no serán

dactora, siguiendo las huellas de algunas legislaciones hipotecarias, se orientó en un equívoco sentido...; se da a la capacidad categoría de derecho real".

ROCA SASTRE nos dice en la obra citada que resulta útil la constatación registral de una declaración judicial de incapacidad, pero sólo como un elemento más para la calificación del Registrador y como ayuda a la publicidad de las resoluciones judiciales, que de otro modo pasarían inadvertidas.

En igual sentido, CAMPUZANO, GIMÉNEZ ARNAU, etc

(5) Me refiero a los siguientes trabajos en esta materia:

- a) El titulado "La inscripción de resoluciones judiciales que afectan a la capacidad civil de las personas", publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de enero de 1952.
- b) Otro con el mismo título, publicado en igual revista, junio de 1952.
- c) Otro del mismo título, publicado en la revista citada de enero-febrero de 1955; y
- d) Al titulado "Una aplicación del principio de fe pública", en la repetida revista del año 1966, pág. 72.

inscribibles por el defecto insubsanable de no tener capacidad ni civil ni registral, y sólo lo serán cuando realice el acto jurídico la persona que legalmente asuma la representación del incapaz o, en otro caso, cuando concurra al acto con su intervención.

Por el contrario, si la restricción de la capacidad no se inscribiese, los actos jurídicos realizados por el incapaz no encontrarían obstáculo para su acceso al Registro, es decir, se inscribirían, y *si bien podrían anularse respecto a la parte que con él hubiere contratado*, por regir la doctrina civil entre ambos y aun la hipotecaria del artículo 33 de la Ley, *no podrían ser resueltos en perjuicio de un tercero que hubiese contratado a título oneroso y de buena fe con quien lo hubiere hecho antes con el incapaz*, pues en tal caso entra en juego la protección del sistema hipotecario del artículo 34, y registralmente el derecho de este tercero resultaría inatacable.

Esta es la razón de que las resoluciones judiciales limitativas de la capacidad se inscriban. Y todavía más, de que preventivamente se anoten, a tenor de lo dispuesto en el número 5.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, las demandas que tengan por objeto alguna declaración judicial de esta clase. Pues al tener estas resoluciones judiciales una tramitación más o menos dilatada, durante ella podría el titular registral, presunto incapaz o de capacidad limitada, realizar actos jurídicos de disposición respecto a los bienes inscritos y surgir un tercero inatacable, con lo que la sentencia quedaría inoperante. Es tan cierto esto, que el párrafo último del artículo 43 de la Ley establece que deberá hacerse también la anotación cuando se ordene de oficio, por no haber interesados que la reclamen, siempre que el juzgador, a su prudente arbitrio, lo estime conveniente para asegurar el efecto de la sentencia que pueda recaer en el juicio (6).

Para sostener esta opinión no es necesario, siguiendo a HERMI-DA (7), que exista en la Ley Hipotecaria el anterior artículo 23, que entre los títulos no inscritos que no perjudican a tercero, explícitamente mencionaba todos los comprendidos en los cinco números del artículo segundo, entre los cuales se encuentran las resoluciones judiciales de incapacidad, puesto que del primer párrafo del artículo 34 se deduce la misma doctrina. Y es que, como antes expuse, la inscripción de estas resoluciones judiciales hace que sus efectos actúen, como en todo lo concerniente a la fe pública registral, respecto de tercero y no

(6) RAMÓN FECED GRESA, en su conferencia sobre el valor de las anotaciones de demanda, pronunciada hace años en Valencia, sigue un criterio similar. Hago esta cita por el extraordinario valor, unánimemente reconocido, de la opinión de este hipotecarista.

(7) *Revista Crítica*, 1952, núm. 284, pág. 26.

como la mayoría de la doctrina, excepto HERMIDA, los ha estudiado, solamente interpartes (8).

Examinemos ahora los preceptos positivos que recogen esta doctrina. La Ley dispone que sean inscribibles en el Registro «las resoluciones judiciales en que se imponga la pena de interdicción civil o se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes (número 4.º del artículo 2.º de la Ley). Es de observar, siguiendo la letra del precepto, como lo más destacable, que las incapacidades que pueden inscribirse son las creadas por resolución judicial, no las denominadas naturales, diferencia fundamental puesta también de relieve por HERMIDA, para su correcta interpretación. Pues no teniendo en cuenta esta clara diferenciación no es extraño que los tratadistas resten importancia a esta clase de inscripciones. Y dentro de aquella clase de incapacidades creadas por resolución judicial sólo serán inscribibles las que produzcan modificación o anulación en el *jus disponendi*.

Este precepto se complementa con el artículo 10 del Reglamento Hipotecario, que establece que: «Las resoluciones judiciales que deben inscribirse, conforme a lo dispuesto en el número 4.º del artículo 2.º de la Ley no son sólo las que expresamente declaren la incapacidad de alguna persona para administrar sus bienes o modifiquen con igual expresión su capacidad civil en cuanto a la libre disposición de su caudal, sino también todas aquellas que produzcan legalmente una u otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante.» Y digo que esta norma reglamentaria complementa a la legal, ya que existen resoluciones judiciales que sólo producen una limitación de disponer subjetiva y no declaran de modo expreso una incapacidad. Figuran entre las de esta clase, las declaraciones judiciales de concurso o quiebra; las de prodigalidad; los convenios aprobados en las suspensiones de pagos; las declaraciones sumarias de locura, demencia o sordomudez de los mayores de edad, obtenidas conforme al artículo 213 del Código Civil, sin perjuicio del derecho de los interesados para impugnarlas en juicio ordinario, y las sentencias firmes que declaren la separación de bienes de los cónyuges (9).

Las inscripciones de estas resoluciones se ajustarán a las reglas generales que sean aplicables y, además, se ajustarán a las circunstan-

(8) Los conocidos tratadistas CHICO y BONILLA aceptan la opinión de HERMIDA. Véase la última edición de su obra fundamental, pág. 67 del tomo II.

(9) Véase *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, de MORELL, tomo I, páginas 431 y sigs.

cias siguientes, según el artículo 55 del Reglamento: nombre, apellidos y vecindad del incapacitado; declaración de la incapacidad, especie y extensión de la misma y designación de la persona a quien se haya autorizado para administrar, si la resolución la determinare, y parte dispositiva de la resolución judicial con expresión de su clase, Juzgado o Tribunal que la hubiere dictado y su fecha.

Finalmente, como todas estas resoluciones judiciales requieren una tramitación más o menos prolongada, y durante ella podrá el titular registral, presunto incapaz o de capacidad limitada, realizar actos jurídicos de disposición respecto de los bienes inscritos a su nombre, la Ley autoriza que se anoten preventivamente las demandas que tengan por objeto obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número 4.º del artículo 2.º de la Ley (artículo 42, número 5.º de la Ley), pudiendo dictarse de oficio, como antes dije, la providencia judicial que ordene tal anotación, cuando no hubiere interesados que la reclamen, siempre que el juzgador, a su prudente arbitrio, lo estime conveniente para asegurar el efecto de la sentencia que pueda recaer en el juicio (artículo 43, párrafo último de la Ley). Y basta añadir que el artículo 142 del Reglamento, bajo la rúbrica de anotaciones preventivas de incapacidad, establece que también procede la anotación preventiva de que trata el número 5.º del artículo 42 de la Ley en los casos de suspensión de pagos, concurso o quiebra, previos los trámites establecidos por las leyes. Es frecuente que en esta clase de anotaciones no sea la demanda lo que se anote, sino más bien la prohibición de enajenar que envuelve, y entonces, más que en el número 5.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, estaríamos en el supuesto previsto por el número 4.º de dicho artículo (providencia ordenando el secuestro o prohibición de enajenar), y que el artículo 145 del Reglamento, su concordante, nos indica los efectos que producen.

REGISTRO ESPECIAL DE INCAPACIDADES

No se consideró suficiente por la legislación española el que las imitaciones de la capacidad se inscriban en el Registro, en los libros destinados a la inscripción de fincas y derechos. Se creyó necesario, además, que las incapacidades formalmente declaradas sean objeto de inscripción en un registro especial llevado en un libro destinado a tal objeto de modo exclusivo, que se denomina Libro de Incapacitados.

Sin dejarme influir por la corriente doctrinal, que ve en dicho

libro un «aborto hipotecario» (10) y su contenido alejado de la verdadera sustancia del Registro de la Propiedad, no veo gran utilidad en los asientos que en dicho Libro se practican. No, por las razones que comúnmente suelen exponerse, como la de que las incapacidades no son derechos reales y no debieran inscribirse, puesto que aun no siendo, desde luego, derechos reales, se comportan, respecto de tercero, como posibles causas de nulidad o resolución del derecho del transferente, de importancia extraordinaria para estar protegido por la fe pública registral (artículo 34 de la Ley), sino por entender suficientes las inscripciones que de la incapacidad se practican en los libros corrientes de inscripciones de fincas o derechos.

Lo creo así, ya que la constatación registral de la incapacidad es de importancia si el incapaz tiene sus fincas o derechos inscritos. En cuyo caso, y a continuación de la inscripción de dominio a favor del incapaz, se extenderá la inscripción de la resolución judicial que declare dicha incapacidad, y así en todos y cada uno de los inmuebles o derechos inscritos a su nombre. Con lo que parece que no se precisa una nueva inscripción en el Libro especial.

Si, por el contrario, el declarado incapaz no tiene bienes inscritos a su nombre ni otros de susceptible registración, no puede extenderse la inscripción de incapacidad en los Libros de Inscripciones, por lo que, siguiendo los postulados del sistema, no debería inscribirse en el Libro de Incapacitados, como sucede al carecer de base objetiva dicha inscripción. Hay que convenir que es algo ilógico que en el Registro de la Propiedad no figuren bienes inscritos a favor de una persona y, en cambio, aparezca una inscripción en el Libro de Incapacitados referente a su incapacidad. De esta forma se desnaturaliza el objeto del Registro de la Propiedad.

Se puede objetar que esta inscripción de la incapacidad en el Libro de Incapacitados puede tener importancia para el futuro, si el incapaz inscribe bienes que adquiera con posterioridad a la fecha de la resolución que la declare. La importancia, desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, que pueden tener las incapacidades, estriba en la enajenación de inmuebles inscritos a su nombre por el incapaz constando o no su incapacidad, no en la adquisición que de bienes inscritos haga el incapaz y menos si los bienes adquiridos no están inscritos a nombre de nadie. Pues aun dejando aparte la innegable

(10) Véase al respecto la obra citada de don JERÓNIMO GONZÁLEZ ROCASASTRE encuentra cierta utilidad en este registro; motivos de índole práctica como elemento de calificación aconsejan su existencia. *Obra citada.*

dualidad legislativa (11) entre la propiedad inscrita y la no inscrita, rigiéndose la primera por las prescripciones de la Ley Hipotecaria, y la segunda, por las disposiciones del Código Civil, no sólo, como decía MORELL (12), no ha de inscribirse (en el Libro de Incapacitados) la ejecutoria de presunción de muerte cuando no existan bienes inscritos, sino todas las incapacidades cuando del Registro resulte que el incapaz no es dueño de bienes o derechos inscritos a su nombre, por no ser posible la existencia de terceros e ir dicha inscripción en contra de la esencia del Registro de la Propiedad. La adquisición o la enajenación por el incapaz, o mejor dicho, por su legítimo representante, de bienes no inscritos, se regulará por las disposiciones del Código Civil, sin que entren en juego los principios hipotecarios.

Ni la Ley de 1861 y su Reglamento, ni la de 1869 y el suyo, ni siquiera la Ley de 1909, establecieron la necesidad de este registro especial de las incapacidades personales. Fue una Resolución ministerial de 13 de agosto de 1863 la que dispuso la formación de un Libro, denominado de Incapacitados, en el que, por orden alfabético y numeración correlativa parcial de cada letra, se habían de asentar los nombres de las personas incapacitadas para disponer de sus bienes futuros en virtud de mandato judicial.

La redacción de esta Resolución ministerial, en la frase «para disponer de sus bienes futuros», se presta a confusionismo y, por tanto, a diversas interpretaciones. Por un lado, teniendo en cuenta la antigüedad de la disposición, en los albores del sistema, parece indicar que se asentarán en el Libro que se crea las incapacidades cuando no pudiere tomarse razón de ellas en los Libros de Inscripciones, por no tener los incapaces fincas inscritas al empezar a regir el nuevo sistema hipotecario; por otro lado, al hablar de disposición, y sabiendo que se dispone de lo que se es dueño, parece querer indicar que sólo se tienen en cuenta los actos de enajenación que realice el incapaz y no los de adquisición. Por todo ello, es lógico pensar que la Disposición ministerial venía a regular la inscripción en el Libro especial que crea, cuando no podía hacerse en los Libros de inscripciones por carecer el incapaz de fincas o derechos inscritos, como determinaba la Ley primitiva. Si no carecía de fincas inscritas el declarado incapaz, la práctica usual fue hacer ambas clases de inscripciones, lo cual, en mi opinión, era superfluo, pues basta con la inscripción en el Libro corriente para que surtiera los efectos apetecidos. El que la Disposición minis-

(11) Para esta cuestión véase la conferencia de RAMÓN DE LA RICA ARENAL, titulada "Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario". Leída en Santander en la IV Semana Notarial el 9 de septiembre de 1950.

(12) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, tomo I, pág. 474

terial diga «disponer de sus bienes futuros» no es acertado, pues en ese verbo deben comprenderse también los actos de adquisición, no sólo los de disposición o enajenación. Para esta interpretación me baso en la letra del artículo 250 del Reglamento de 1915, que es el primero que regula esta materia, al ordenar que se lleve este Libro o Registro especial por orden riguroso cronológico de despacho y con un índice alfabético final, en el que se inscribirán las resoluciones judiciales que nos ocupan. Y cuando la persona declarada incapaz para administrar sus bienes o disponer de ellos, en virtud de alguna resolución inscrita en el Libro de Incapacitados, *adquiera algunos inmuebles o derechos reales, deberá inscribirse, a continuación de la inscripción en que conste la adquisición de los mismos*, la sentencia o mandamiento del Tribunal con referencia al duplicado que se conserve en el archivo del Registro.

Por todo ello, creo que la Resolución ministerial de 13 de agosto de 1863 y el artículo 250 del Reglamento de 1915 no fueron debidamente interpretados, en relación con el número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria. La interpretación debería haber sido la siguiente: Cuando el incapaz tuviere fincas inscritas a su nombre se inscribirá la incapacidad en el mismo registro de las fincas, con arreglo a la Ley; cuando no tuviere fincas inscritas, se inscribirá la incapacidad en el Libro de Incapacitados, con arreglo a la Disposición ministerial, para que si llegare a tenerlas se inscriba a continuación de la inscripción de la adquisición, con arreglo a lo dispuesto por el Reglamento de 1915 y la propia Ley primitiva. Es decir, que ambas clases de inscripciones son alternativas, no simultáneas; pero quizá por un rigorismo extremado, por seguir la máxima de que lo que abunda no daña y por un temor a dejar incumplida la prescripción legal, no fue así, y ahora el artículo 387 del actual Reglamento sanciona la práctica de ambas clases de inscripciones, la de los Libros de Inscripciones y la del Libro de Incapacitados.

La regulación vigente de esta materia está recogida en los artículos 386 a 391 del Reglamento. El artículo 386 establece el formato o encasillado del Libro, el orden cronológico de las inscripciones, el índice alfabético final y la cancelación de las inscripciones por nota marginal. El 387, como se ha dicho, determina los asientos a practicar en los Libros de Inscripciones y el correspondiente en el Libro de Incapacitados, que contendrá las circunstancias prevenidas en el artículo 55, al presentarse la ejecutoria o el mandamiento judicial que contenga la resolución de la incapacidad. Los artículos 388, 389 y 390 dictan normas de orden interno y, por último, el 391 determina que

cuando el incapaz adquiriera algunos inmuebles o derechos reales, el Registrador, a continuación de la inscripción en que conste la adquisición de los mismos, inscribirá la incapacidad con referencia al asiento practicado en dicho Libro y no al duplicado que se conserve en el Archivo del Registro, como establecía el Reglamento anterior.

Han debatido los tratadistas si este Registro de Incapacitados debe o no formar parte del Registro de la Propiedad y si, en caso afirmativo, debiera ampliarse, comprendiéndose en él las delegaciones de capacidad representadas por mandatos y poderes. Fúndanse los que sostienen la opinión negativa, en que si el Registro de Incapacidades era conveniente y hasta necesario en 1863, no lo es ya después de la Ley de 1870, que regula el Registro Civil, por considerar que en las actas de nacimiento deben constar, de una manera más completa que en el Registro de la Propiedad, las limitaciones de capacidad decretadas por los Tribunales, y que cuando al Notario no le conste de ciencia cierta la capacidad de los otorgantes, debe exigirles la presentación de un certificado del Registro Civil que la acredite. Sostienen los partidarios de la opinión afirmativa que todo lo que a la propiedad se refiere debe constar en el Registro de la misma, por lo cual debiera incluso ampliarse el Registro de Incapacitados a cuanto afecte a la libre facultad de disponer, bien sea del mismo titular, bien de otras personas a quienes se haya transmitido esa facultad por la ley o convencionalmente.

ARAGONÉS sostuvo de modo radical la opinión de que debiera suprimirse el Registro de Incapacitados, fundándose en que si bien el Registro tenía mucho de personal y la capacidad del sujeto es una circunstancia esencial para la adquisición del derecho, no es menos cierto también que en el Registro de la Propiedad no es el sujeto lo principal, sino lo accesorio, que lo principal es la propiedad, o sea, que la capacidad del sujeto sólo se tiene en cuenta en lo que hace referencia a un derecho determinado y por ello no se precisa saber las limitaciones que en general haya sufrido, sino únicamente si puede libremente disponer de tal o cual finca, de tal o cual derecho, correspondiendo al Notario la apreciación de esa capacidad general, mediante la fe de capacidad, basada en el Registro Civil, que debiera ser tan rigurosa como la fe de conocimiento.

Mas no hace falta acudir a estos argumentos para evidenciar que el Registro o Libro especial de Incapacitados se desarticula del sistema general del Registro y que es difícil conciliar los efectos de aquél con los propiamente registrales de los libros principales.

Como decía el Registrador BERJANO, el Registro de Incapacitados se halla en pugna con el principio cardinal del Registro de la Propiedad,

puesto que éste se lleva por fincas y aquél, que es puramente personal, no puede perjudicar a tercero, ya que sus inscripciones, aun consideradas como prenotaciones, no determinan la entidad objetiva registral a que se refieren, constituyendo una especie de anotación de término indefinido en previsión de un acontecimiento futuro, para lo cual no consideraba autorizado al Reglamento, por estimar que tanta enjundia era de competencia legislativa y que la Ley, como es sabido, no ha creado ni regulado este Libro o Registro especial.

La mayoría de la doctrina actual estima que para que la inscripción de una incapacidad en este Registro especial produjese plenos efectos sería preciso hacerla en todos los Registros del territorio, puesto que el incapaz puede adquirir bienes en cualquiera de ellos, y como eso es poco menos que imposible prácticamente, puede resultar que adquiera inmuebles en la jurisdicción de Registros en los que no exista dato ni noticia de la incapacidad. Por eso algunos autores se muestran partidarios de la centralización de este Registro, siempre que no resultase, como pudiera suceder, una traba más puesta a la contratación.

Lo cierto es que para los efectos puramente registrales parece suficiente con la inscripción de la incapacidad en el Registro abierto a cada finca o derecho inscrito a nombre del incapaz y con la anotación preventiva de las correspondientes demandas en el mismo Registro, como medida *ad cautelam* para evitar posibles actos dispositivos anulables o, caso de realizarse, para que el tercero advertido por la anotación no pueda prevalerse de la protección del sistema. Si las fincas o derechos no estuviesen inscritos, no actúa la protección registral, y la inscripción en el Registro especial, sin concreción de fincas y como medida con vistas a futuras adquisiciones realizadas por el incapaz, ofrece escasas ventajas, pues aun sin ella, llegado el caso de la adquisición a favor del incapaz, los representantes legítimos de éste pueden y deben solicitar la inmediata inscripción de la incapacidad a continuación de la inscripción de la adquisición. Así lo acredita el escaso éxito obtenido por este Registro en los años transcurridos desde su creación.

CAPACIDAD Y LIMITACIONES DE LA MISMA CAPACIDAD DE TITULARES EXTRANJEROS

El no referirse ninguno de los artículos de la Ley de modo concreto a la capacidad de las personas, naturales o jurídicas, que no sean españolas, y la casi absoluta imposibilidad de que los Registradores posean la competencia adecuada para poder apreciar tal capacidad, puesto que tendrían que conocer la legislación universal, motivaron

que los primeros tratadistas opinaran que tal capacidad no podía ser objeto de calificación registral, opinión de la que con razón discreparon GALINDO Y ESCOSURA y MORELL (13).

Hoy día, la cuestión, aun siendo difícil, se halla resuelta con relativa claridad.

Respecto a la capacidad legal para el acto jurídico de que se trate han de tener los extranjeros con arreglo a las leyes de su país, por regir en tal materia el estatuto personal (14), y si el documento se otorga en territorio extranjero, podrá acreditarse la existencia de dicha capacidad mediante certificación del cónsul español de carrera en el respectivo territorio, y cuando el documento se otorgue en territorio español podrá ser acreditado, si el Notario lo estima suficiente, mediante certificado del cónsul de su país en España, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario.

Respecto a las limitaciones de la capacidad, serán inscribibles, conforme al artículo 4.º de la Ley, las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil. A tenor de los artículos 951 a 954 de la Ley Procesal, dichas ejecutorias tendrán en España la fuerza que se les reconozca en los tratados respectivos, si los hubiere con la nación de donde procedan; si no existieren tratados tendrán, por el principio de reciprocidad, la misma fuerza que en dicha nación se conceda a las dictadas por los Tribunales españoles, por cuya razón, si la ejecutoria procediere de una nación donde por jurisprudencia no se dé cumplimiento a las sentencias pronunciadas en España, no tendrá fuerza alguna en nuestro país, y, finalmente, si no se estuviese en ninguno de los casos anteriores, la ejecutoria tendrá fuerza en España si reúne las siguientes circunstancias:

- a) Haber sido dictada a consecuencia de ejercicio de una acción personal y no en rebeldía.
- b) Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.

(13) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, de MORELL.

(14) MARIANO HERMIDA nos dice que "aunque el Código Civil no lo diga expresamente, de su artículo noveno, de la reciprocidad que justamente aplican los Tribunales y de los principios generales de Derecho Internacional Privado se deduce que la capacidad civil de los extranjeros se rige por su ley nacional". Nota a pie de la pág. 447 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de junio de 1952, en el trabajo titulado "La inscripción de las resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas".

- c) Que reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica y los que las leyes españolas requieran para que hagan fe en España.
- d) Que haya sido mandada cumplir por el Tribunal Supremo.

El Reglamento Hipotecario, en este mismo sentido, dispone en su artículo 38 que las resoluciones judiciales dadas en el extranjero serán inscribibles cuando hayan sido reconocidas por el Tribunal o autoridad competente, con arreglo a las leyes y convenios internacionales.

En cuanto a los efectos de su inscripción, siguiendo a MARIANO HERMIDA, en el trabajo antes citado, se puede decir que habiendo sido suprimido el artículo 23 de la Ley anterior, esas incapacidades perjudican a los que contraten con el incapaz, aunque el acto o contrato se inscriba en el Registro de la Propiedad. Antes de la reforma, y en consonancia con el precepto mencionado, esas incapacidades no perjudicaban al que inscribiera en el Registro su título, si previamente no estaba inscrita la declaración de incapacidad.

Pero en la mayoría de los casos, y proveniente de nuestra propia ley, las incapacidades de las personas extranjeras no se limitan en función de sus circunstancias personales (locura, interdicción, prodigalidad, etc.), sino en razón a las necesidades nacionales, económicas, estratégicas o jurídicas, que en esta época contemporánea están tan en boga. Estas limitaciones son, en cierto modo, *mixtas*, pues si, por un lado, son subjetivas, en cuanto limitan la capacidad de una persona atendiendo a su ciudadanía y tienen un amplio radio de acción referido no a una finca o derecho determinado, por otro lado tienen un evidente aspecto objetivo, toda vez que la restricción afecta a determinadas especies o clases de bienes o a los enclavados en ciertos territorios o zonas. Es decir, que en virtud de estas limitaciones impuestas por razones de defensa del Estado, en el orden económico, financiero o militar, las personas extranjeras no pueden adquirir ciertas categorías de derechos, o su adquisición se supedita al cumplimiento por parte de la persona extranjera de los requisitos que las leyes establezcan.

LIMITACIONES OBJETIVAS DE DISPONER

Ya hemos dicho que el *jus disponendi* del titular de un derecho inscrito se halla con frecuencia limitado o trabado, unas veces por causas subjetivas, referentes a la capacidad del mismo titular, y otras; por causas objetivas, relativas tan sólo a objetos determinados. En este supuesto, las causas son inherentes a objetos o derechos determinados.

con abstracción de la persona que sea su titular dominical. Este puede ser plenamente capaz, pero, sin embargo, carece del derecho de disposición de una cosa determinada de las que integran su patrimonio, en razón a una limitación inherente a la misma cosa.

La primera y más importante clasificación, por ser legal, de esta clase de limitaciones es la que, atendiendo a su origen, las divide en *legales, judiciales o administrativas y voluntarias*, según que procedan directamente de un precepto legal, de un mandato judicial o providencia administrativa o de un acuerdo de voluntad privada.

Este tipo de limitaciones objetivas de disponer o, más concretamente, prohibiciones de disponer, no están reguladas taxativamente por el Código Civil, que solamente se limita a citarlas en algún artículo (15). Tampoco la Ley Hipotecaria anterior a la reforma del año 1944 dedicaba preceptos a su regulación en relación con el Registro de la Propiedad. Fue la Jurisprudencia de la Dirección General y los estudios germanistas de don JERÓNIMO GONZÁLEZ quienes perfilaron su alcance y valor hipotecario, y en la última reforma de la Ley quedaron plasmados en los artículos 26 y 27 de la propia Ley.

Conviene analizar, aunque sea sucintamente, esta clase de limitaciones, por ser materia de especial importancia, ya que los desenvolvimientos de la publicidad registral y la facilidad del comercio de inmuebles y derechos reales chocan y diríase que repelen la existencia de las mismas.

LIMITACIONES LEGALES

Siguiendo la distinción de los preceptos legales en imperativos, permisivos y prohibitivos, las limitaciones de disponer legales pueden circunscribirse a esta última clase de preceptos, o sea, los que restringen o deniegan en ciertos casos especiales la facultad de disponer atribuida normalmente al titular del derecho subjetivo. Claro es que en la amplitud de este concepto inclúyense variadas limitaciones que no son propiamente objetivas, es decir, relativas a uno o varios objetos determinados, sino que se refieren a limitaciones impuestas por la Ley en atención a diversas circunstancias extraobjetivas, como relaciones familiares, etc. Por ejemplo, el Código Civil prohíbe durante el matrimonio la donación hecha por uno de los cónyuges a los hijos que el otro tenga de anterior matrimonio (artículo 1.335), y esta limitación, que no afecta a la capacidad del titular, por lo que no puede calificarse

(15) Por ejemplo, en los artículos 196, 785, etc.

de subjetiva, tampoco se refiere a bienes determinados, lo que le priva de ser considerada como objetiva en sentido estricto, sino que se refiere a la persona del adquirente.

Por regla general, las limitaciones de disponer legales son de orden público, se hallan establecidas en interés general y su ignorancia no excusa de cumplir el precepto prohibitivo. Por consiguiente, su inscripción suele ser superflua, pues el Registro no les daría mayor eficacia ni publicidad. Los actos dispositivos realizados contra la limitación legal son nulos *erga omnes* y, por tanto, no pueden tener acceso al Registro, en aplicación del principio de legalidad.

Otras veces, sin embargo, la prohibición legal se hace constar en el Registro, como condición inherente a la adquisición de los bienes sobre que recae. Tal sucede, por ejemplo, en las limitaciones de enajenar o gravar impuestas por leyes especiales a determinados adquirentes de fincas rústicas parceladas, a pequeños arrendatarios o colonos y, en general, en todos aquellos casos en que la limitación se impone, más que en beneficio general, nota común a las limitaciones legales, en propio interés o beneficio del titular limitado. También se hará constar la limitación legal cuando se trate de adquisiciones de bienes en virtud de retracto judicial, en el que se imponga al retrayente la obligación de conservar o de no vender el derecho adquirido durante cierto tiempo, con arreglo al artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y otras veces, finalmente, la limitación objetiva reviste la forma de una condición resolutoria (reservas, fideicomisos, etc.), que debe inscribirse en el Registro para conocimiento del tercero que contrate sobre los bienes a que la limitación se refiere. Así ocurre, por ejemplo, en los supuestos de bienes reservables, respecto a los cuales el reservista puede ejercitar la facultad de disposición sujeta a dicha limitación de posible revocación de la enajenación. Por eso, la legislación hipotecaria ordena que se haga constar en el Registro la calidad de reservables de los bienes inmuebles (16).

La norma 1.^a del artículo 26 de la Ley Hipotecaria dice, respecto a las prohibiciones de disponer o enajenar, lo siguiente: «Las establecidas por la Ley, que sin expresa declaración judicial o administrativa tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio» (17). El precepto es tan claro, que sobran los comentarios. Solamente para

(16) Véase artículo 265 del Reglamento Hipotecario.

(17) Véase en este punto la *Referencia a la teoría de las limitaciones del dominio*, en ROCA SASTRE, tomo II, págs. 254 y sigs.

remachar el concepto añadiré, siguiendo a CASSO ROMERO (18), que estas prohibiciones legales, que no necesitan expresa declaración judicial o administrativa, son eficaces *ope legis* y, por tanto, a *sensu contrario*, las que no alcancen plena eficacia sin previa declaración judicial o administrativa, necesitan la inscripción para que afecten a tercero.

LIMITACIONES JUDICIALES O ADMINISTRATIVAS

Mayor interés que las limitaciones legales ofrecen, desde el punto de vista registral, las limitaciones impuestas por los Tribunales o autoridades administrativas. Examinando esta clase de limitaciones, se observa que pueden ser decretadas con relación a un titular determinado, unas veces a bienes también determinados de los que integran su patrimonio, y otras, a todos los que componen el mismo. Por esta razón, en su conjunto, pueden calificarse de mixtas o subjetivo-objetivas, ya que en ocasiones, como dije, limitan la disponibilidad general del titular (caso de quiebra, por ejemplo), mientras que en otras la limitación constriñe a ciertos bienes (caso de bienes litigiosos, verbigracia) sin menoscabar el *jus disponendi* del titular respecto al resto de su patrimonio.

Su regulación legal viene dada por la norma 2.^a del artículo 26 de la Ley Hipotecaria, que establece para este supuesto de prohibiciones que «las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa, serán objeto de anotación preventiva». CASSO se pregunta por qué han de ser simplemente anotables y no inscribibles, sobre todo en los casos en que así lo exija la permanencia de la resolución administrativa o judicial. La Ley no puede ser casuística y como, por lo general, estas limitaciones se dan para favorecer a terceras personas y tienen un marcado carácter de temporalidad, pues se extinguen por caducidad de los derechos protegidos, es correcta su constatación por anotación preventiva, asiento transitorio o provisional.

Así, pues, las limitaciones de disponer judiciales o administrativas se presentan en el Registro en la forma de anotaciones preventivas y obedecen en la mayoría de los casos a tres causas bien definidas:

- a) Las relacionadas con la capacidad personal, como pueden ser la suspensión de pagos, las quiebras, las demandas que tienden a modificar la capacidad de las personas en cuanto a la libre administración de sus bienes, etc.

(18) *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, pág. 389.

- b) La necesidad de mantener unida una masa de bienes, como son los abintestatos y las testamentarias.
- c) La necesidad jurídica de garantizar a un acreedor o de asegurar el derecho del presunto dueño de la cosa, como los juicios en rebeldía y el aseguramiento de bienes litigiosos.

El caso típico de limitación de disponer judicial es la anotación preventiva a que se refiere el número 4.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, obtenida por el que demandado en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el recuento o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles. En cuanto a las limitaciones referentes a los bienes litigiosos, son también objeto de anotación preventiva, según el número 1.º del artículo 42 de la Ley, que la concede al que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real; pero la limitación judicial no impide que tales bienes sean enajenados o gravados, pues expresamente lo autoriza el artículo 71 de la Ley, siempre sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la anotación, y el artículo 107 de la Ley, en su número 9.º, autoriza asimismo la hipoteca de tales bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.

De estos preceptos se deduce que la prohibición o, mejor dicho, la limitación de disponibilidad de los bienes litigiosos surte sus naturales efectos cuando se hace constar en el Registro, y que, aunque no se haga constar, los surtirá también, respecto a los terceros adquirentes que no hayan pactado de buena fe, por tener conocimiento de la inexactitud o deficiencia de la inscripción, esto es, por conocer la existencia del litigio. La legislación sustantiva tiene establecido claramente la rescindibilidad de los actos dispositivos de los bienes litigiosos, declarando en el artículo 1.291, número 4.º, del Código Civil, rescindibles los contratos que se refieran a cosas litigiosas cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente, si bien esta rescisión no tendrá lugar respecto de las cosas que se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubieren procedido de mala fe (párrafo final del artículo 1.295 del Código Civil).

Los efectos de las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar vienen determinados por el artículo 145 del Reglamento Hipotec-

cario, que establece que estas anotaciones, o sea, las comprendidas en el número 2.º del artículo 26 y número 4.º del artículo 42 de la Ley, impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación hubiere realizado posteriormente a ésta su titular, pero no serán óbstatulo para se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación.

Este artículo es consecuencia lógica de la jurisprudencia que desde siempre sostuvo la Dirección General en todas las Resoluciones relativas a esta materia. Así, la de 19 de julio de 1922 declaró no inscribible la escritura de venta de bienes anotados judicialmente con dicha prohibición, porque «ésta tiene por objeto privar al dueño de los bienes sobre que recae de la facultad de enajenarlos, suponiendo para el dueño un verdadero *cierre de los libros*, sin que ello envuelva una incapacidad para disponer, sino porque precisamente por tener tal disposición se le priva de ella temporalmente». Igual doctrina sustentó, respecto a la quiebra, la Resolución de 7 de junio de 1920, según la cual «la prohibición de enajenar, cuyo objeto es impedir que el inmueble a que se refiere salga del dominio de aquel a quien tal restricción es impuesta—y en tal sentido se diferencia del simple embargo—, cuando se ha tomado como consecuencia de la declaración de quiebra, constituye un verdadero *cierre de los libros* para los actos del quebrado posteriores no sólo a la declaración, sino al tiempo a que alcanza la retroactividad de la misma».

La mejor síntesis que conozco de la doctrina que sienta el artículo 145 del Reglamento es la que nos dio RAMÓN DE LA RICA ARENAL (19), al decir: «La anotación de prohibición de enajenar cierra el Registro para todos los actos dispositivos otorgados por el titular después de la anotación. No lo cierra:

- a) Para los actos dispositivos anteriores, salvo el caso especial de la quiebra, en la que se cierra a los otorgados durante el período a que alcance la retroactividad de su declaración.

(19) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I, pág. 125. Para este autor el artículo 145 merece plácemes, pues implica un evidente progreso al llenar el vacío de la legislación anterior y aun el del propio artículo 26, que nada dispone sobre los efectos a pesar del enunciado de su párrafo primero. También nos dice, con razón, que rarísimo será el supuesto de prohibición de enajenar administrativa, pues aun cuando en ciertos contratos otorgados por organismos oficiales con fines de protección social o económica determinados por la Ley se imponen esas prohibiciones (casas baratas, colonización, etc.), ello obedece a disposición legal, y se hace constar en el Registro al transcribir las condiciones o modalidades del contrato o acto inscribible, pero nunca en forma de anotación.

- b) Para los actos dispositivos posteriores que se basen en asientos registrales vigentes y anteriores a la anotación.
- c) Para los actos que no implican disposición y que producen en el Registro asientos que no son inscripciones, tales como anotaciones de demanda, de embargo, de incapacidad, etc., o notas marginales de cumplimiento de condiciones, de publicación de edictos, etc.
- d) Para los actos de enajenación de carácter forzoso decretados por causa de utilidad pública o social.»

LIMITACIONES VOLUNTARIAS

Estas limitaciones, verdaderamente objetivas por afectar a bienes determinados, pueden ser convencionales, si se derivan de la voluntad paccionada de los contratantes, o testamentarias, si dimanar de la voluntad del testador, y tienen un radio de acción vastísimo, por no tener más límite, en principio, que el de no ser contrarias a las leyes, a la moral o al orden público (artículo 1.255 del Código Civil). Su estudio ofreció ciertas dificultades hasta la reforma hipotecaria de 1944, que dio las normas de su regulación, pero la materia es todavía objeto de encontradas opiniones.

Efectivamente, nuestro Código Civil autoriza las prohibiciones de enajenar impuestas en testamento, siempre que se hagan en favor de personas que vivan al fallecimiento del testador, y en otro caso, cuando no pasen del segundo grado (artículo 781 del Código, relativo a las sustituciones fideicomisarias), prohibiendo las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar y aun las temporales más allá del límite antes señalado (número 2.º del artículo 785), y aplicando el mismo criterio en materia de donaciones (artículo 640). En cuanto a limitaciones o prohibiciones paccionadas no contiene el Código disposiciones especiales.

La legislación hipotecaria vigente las regula en la norma 3.ª del artículo 26 y en el 27. El primer precepto dice que «las prohibiciones de disponer impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez». El segundo precepto citado establece que las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior no tendrán acceso al

Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquiera otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento.

Con arreglo a estos preceptos son inscribibles las prohibiciones de disponer voluntarias impuestas por el testador o donante, o sea, las contenidas en actos a título gratuito, y no serán inscribibles las prohibiciones de disponer voluntarias contenidas en actos a título oneroso paccionados.

La solución que la Ley Hipotecaria nos brinda en los artículos citados parece totalmente acertada. Efectivamente, el que las prohibiciones que tengan su origen en actos o contratos onerosos no tengan acceso al Registro, responde a una buena hermenéutica de derecho inmobiliario. Con razón dijo don JERÓNIMO GONZÁLEZ que la misma configuración negativa de estas limitaciones, que no atribuyen derechos positivos a personas determinadas—pues sólo por conjeturas parecen impuestas unas veces a favor del adquirente, otras a favor del disponente y otras en beneficio de terceros más o menos inciertos—, se aviene mal con la necesidad de que todo derecho subjetivo tenga en el Registro un titular manifiesto. Esto lleva al criterio de rechazar en el Registro las prohibiciones de disponer pactadas, por no deberse aprovechar de la indefinida potencialidad de la inscripción para entorpecer y restringir el comercio y el crédito inmobiliario con situaciones jurídicas que no confieren derechos concretos a favor de titulares determinados. Ciertamente que los defensores de la libertad contractual defienden la validez de los pactos limitativos o prohibitivos de la facultad de disposición y la necesidad de que éstos se inscriban en el Registro para que produzcan efectos reales, dándoles eficacia *erga omnes* en virtud de los principios de inscripción y publicidad. Pero la doctrina moderna se inclina precisamente a diferenciar, en estas limitaciones convencionales, los efectos obligatorios de los efectos reales, negando éstos y reconociendo aquéllos, con lo que se armonizan los principios de libertad de contratación con los de desamortización de la propiedad y los fundamentos del sistema registral.

La Ley Hipotecaria respeta la validez de esta clase de limitaciones, pero les niega acceso al Registro y, por tanto, los efectos reales que pudieren producir. Ahora bien, asegura el cumplimiento de estas prohibiciones mediante hipoteca u otra forma de garantía real, a que pueden acogerse los contratantes. Esta facultad de aseguramiento del cumplimiento de la limitación legal no es demasiado afortunada, ya que, como dijo RAMÓN DE LA RICA ARENAL (20), es casi imposible asegurar el cumplimiento de la prohibición de disponer no inscribible, puesto que

(20) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I, pág. 31.

sólo el cierre del Registro la produciría. La hipoteca sólo asegura el pago de los perjuicios que origine el incumplimiento o de la cantidad establecida como pena (21).

En cuanto a las limitaciones de disponer inscribibles, o sea, las impuestas en actos a título gratuito o *mortis causa*, la jurisprudencia siempre se mostró favorable a su admisión e inscripción en el Registro y a que surtan sus plenos efectos prohibitivos, siempre que no sean perpetuas. La Resolución de 25 de junio de 1904 declaró no inscribible una escritura de donación de una casa al párroco de una iglesia, «para él y los que le sustituyan en el cargo indefinidamente», porque ello envuelve una prohibición perpetua de enajenar prohibida por el artículo 785 del Código Civil. Es interesantísimo, para marcar el diferente trato que, desde los primeros tiempos hipotecarios, se da a las prohibiciones *inter vivos* y a las *mortis causa*, el siguiente considerando de la Resolución de 23 de marzo de 1926: «Si bien las prescripciones del régimen hipotecario son refractarias a las prohibiciones de enajenar que gravan la propiedad, entorpecen el comercio de inmuebles, imposibilitan temporalmente el crédito territorial, desnaturalizan los derechos reales, merman las facultades del titular sin que se sepa a quiénes van las correlativas y engendran situaciones jurídicas cuya defensa más parece conferida al Registrador que a los interesados, corresponden, por otra parte, las limitaciones impuestas en testamento de un modo tan íntimo a la intuición popular, a las necesidades familiares y a la previsión de los testadores, que han sido admitidas por nuestra legislación y reconocidas sin vacilación por las Resoluciones de este Centro desde 15 de junio de 1864 hasta 23 de julio de 1924.»

En cuanto a los efectos de estas prohibiciones de disponer inscritas hay que consignar que serán los propios de su contenido, es decir, impedir la registración de los actos de disposición, provocando el cierre registral a tenor del contenido de la prohibición de que se trate. Cabrá aplicar por analogía, hasta lo posible, la norma del artículo 145 del Reglamento, relativa a las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar judiciales.

RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA
Registrador de la Propiedad

(21) El artículo 57 del Reglamento establece la forma de proceder cuando mediante hipoteca se asegure el cumplimiento de las prohibiciones de disponer no inscribibles: "Se inscribirá en un solo asiento el acto o contrato que la contenga y la hipoteca, haciéndose constar que se deniega la inscripción de la prohibición."

Dos consecuencias desafortunadas

Cuando la «condición» juega con la «disposición» es merecedor de cuidada atención el juego en que encajan, muy particularmente cuando se trata de sustituciones fideicomisarias condicionadas suspensivamente, por ser en tales supuestos donde cunde más el desacierto.

Los bienes hereditarios dejados (a título de herencia o de legado y/o en institución o en sustitución) bajo condición suspensiva estando ésta pendiente, son bienes puestos en administración—*herencia en administración*—, cuyos administradores:

A) Son:

- a) los que nombra el testador y, supletoriamente,
- b) los que, por orden de preferencia, señala la Ley, a saber:
 - 1. los coherederos o colegatarios puros y con derecho de acrecer, sin fianza;
 - 2. el heredero condicional, con fianza;
 - 3. el heredero presunto, también con fianza, y
 - 4. un extraño, con fianza, de nombramiento judicial.

B) Tienen:

- a) los derechos y obligaciones que el testador les señale y, supletoriamente,
- b) los que tienen los que lo son de los bienes de un ausente, a saber:
 - 1. inventariar los muebles y describir los inmuebles;
 - 2. conservar y defender los bienes, obteniendo de ellos los rendimientos normales de que fueren susceptibles;
 - 3. disfrutar de la posesión temporal de los bienes, haciendo suyos los frutos, rentas y aprovechamientos en cuantía determinada;

4. disponer de los bienes en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Juez, que lo autorizará determinando el empleo de lo obtenido, y
5. administrar según las normas que establece la Ley Procesal Civil en orden a los bienes del ausente.

Así, pues, la disposición de los bienes que nos ocupa la tiene el administrador de ellos, que, por tanto, es un *administrador titular de disposición*, es decir, una *persona* que con carácter *temporal* actúa como *órgano de representación* y *dispone* de intereses—a veces (recuérdese quién puede ser esa persona) no por completo—ajenos *en la forma permitida por las Leyes*.

Luego esta *persona* dispone (usa cualesquiera de los derechos inherentes a la *propiedad* o *posesión* de los bienes) en forma legal:

- Si subroga (usa del derecho a *poner* una cosa *en lugar* de otra) o sea, coloca—usando (disponiendo) de derecho inherente a la *posesión* de los bienes administrados—uno de éstos en determinada situación que antes no tenía, para colocar otro de ellos en la situación que tenía aquel primero mencionado, sin necesidad o utilidad evidente para ello reconocida y declarada por el Juez.
- Si subroga, o sea—usando (disponiendo) de derecho inherente a la *propiedad* de los bienes administrados—, hace salir (por venta, por permuta, etc.) el derecho de dominio sobre uno de éstos para entrar (por compra, por permuta, etc.) el derecho de dominio sobre otro extraño, en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Juez, determinando éste, al autorizar el salir del derecho propio, el empleo de la cantidad por ello obtenida, hasta hacer entrar el extraño.

Que enajenar (usar del derecho a *transmitir* a otro el dominio de la cosa o algún otro derecho sobre ella) no es subrogar resulta, por ende, evidente del diferente concepto de una y otra disposición y de estas consecuentes consideraciones:

1. Cabe subrogar sin enajenar, lo que acaece cuando las cosas subrogadas pertenecen al subrogante, supuesto en el que no hay necesidad de usar derechos inherentes a la propiedad. Es habiendo esta necesidad cuando actúa la enajenación poniendo en peligro la «existencia», no la «subsistencia», del objeto, la concreción del cual—éste y no aquél—no es, de otra parte,

institucionalmente imprescindible, ya que lo medular en el derecho es el *poder* (véase la página 39 del número 47—enero-febrero-marzo 1965—de la *Revista de Derecho Notarial*), siendo el derecho real de la acción propia frente a la ajena para percibir la utilidad de la cosa, susceptible ésta, por tanto, de cambio, de sustitución sin merma para el derecho, pero no de inexistencia, a la que puede, prácticamente, conducir una enajenación perjudicial.

2. Subrogar es atentar a la subsistencia. Enajenar es atentar a la existencia. Por esto, la prohibición de enajenar que impone el testador no lleva consigo la de subrogar. Cuando lo que se quiere es la existencia de un derecho sobre cosa, la existencia, por tanto, de cosa, sea ésta la que sea, se prohíbe enajenar; pero cuando lo que se quiere es, además de la existencia de un derecho sobre cosa, la subsistencia de una cosa concreta y determinada, por atenderse no al valor en cambio o económico de la cosa, sino a su valor en uso de afección, entonces se prohíbe no la enajenación, sino la subrogación, la disposición.
3. En el subrogar enajenando, la causa es la subrogación (motivo), y el efecto, la enajenación (acción). En el vender entregando cosa y precio, la causa es la compraventa (motivo), y el efecto, la entrega de precio y cosa (acción). Decir lo contrario es afirmar que el efecto antecede a la causa en el acto humano de subrogar, de vender. Lo cierto es que el efecto o resultado de la enajenación es la transmisión del derecho enajenado, y el de la subrogación, la colocación—cualquiera que sea el medio—de una cosa en el mismo lugar de otra.
4. La subrogación, en cuanto causa de la enajenación, es un principio que hace a esta última posible y (de no estar prohibida aquélla) legítima.

Corolario de todo lo cual es que la única disposición de bienes hereditarios dejados bajo condición suspensiva, estando ésta pendiente, que puede hacerse es la subrogación, en tanto no esté prohibida, y cualquiera que sea el medio empleado—venta, permuta, partición, división, etc.—, aun cuando expresamente haya sido prohibido la enajenación y el gravamen.

Y por lo que hace a las normas procesales a seguir en estos supuestos de autorización judicial, teniendo en cuenta que:

— Este administrador se halla equiparado al que lo es de los bienes de un ausente.

- El artículo 2.031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que todas las actuaciones que motive el título VIII del libro I del Código Civil revisten el carácter de jurisdicción voluntaria.
- Faltan normas procesales específicas de jurisdicción voluntaria a observar por el administrador de los bienes de un ausente y, en consecuencia, por el administrador a él equiparado que pida la autorización judicial de que habla el artículo 2.046 de la citada Ley Procesal.
- Esta Ley adjetiva dedica uno sólo de sus títulos—el XI de la primera parte de su libro III—a regular un procedimiento de jurisdicción voluntaria a observar por un administrador—usufructuario, las más de las veces, de los bienes administrados—que pretenda obtener autorización judicial para realizar actos de disposición de estos bienes, aunque sin olvidar que la división de la herencia (y la de la cosa común a ella equiparada—artículo 406 del Código Civil—) cuando en ellas esté interesado un ausente (el administrador de los bienes del mismo y el de los hereditarios dejados bajo condición suspensiva estando ésta pendiente tienen los mismos derechos y obligaciones) requiere no autorización previa, sino aprobación posterior—artículo 1.049 de la tan repetida Ley de Enjuiciar.

No ofrece dudas que este procedimiento del referido título XI será el a propósito al administrador de bienes de un ausente y al a éste igualado, al menos en todo lo de ese título adaptable a las particularidades de la especie de administración a la que se aplique, como respecto de la que nos ocupamos sucede con lo concerniente:

- a) A que sea el administrador quien pida la autorización.
- b) A que, en su caso, el instituido bajo condición suspensiva, si quiere y fuere mayor de doce y catorce años, respectivamente, según su sexo, firme también la petición, a virtud de lo dispuesto en el artículo 1.121 del Código Civil, aplicable por mandato del artículo 791 de este mismo Cuerpo legal, aun cuando no sea necesaria dicha intervención por estar el administrador plenamente legitimado para actuar él solo, si bien esta no necesaria intervención sólo podrá hacerla el instituido condicionado en el «cómo es» (a título universal o particular; en el todo o en una parte; en pleno dominio o en usufructo; con carga o sin ella—modo—; a plazo o sin él; pura o condicionalmente, en cuyo último caso, muerto el oferente y pen-

diente la condición, se sabe *quién es condicionalmente* el aceptante)—*disposición* en sí, aunque equivaliendo a ello el condicionamiento cuantitativo de la designación—, o sea, siendo él el designado por el oferente titular provisional—de la situación de pendencia interina (como posible sujeto definitivo—titularidad preventiva—y como encargado de defender la situación de pendencia—titularidad interina—)—y no el instituido condicionado en el «quién es» (muerto el oferente y pendiente la condición no se sabe *quién es* el aceptante de entre los designados por hallarse esto pendiente de un evento consistente en una cualidad, no de las habilitantes para suceder, intrínseca e involuntaria de ellos)—*designación*, aunque equivaliendo a ello el sometimiento de esta designación a plazo incierto—, o sea, siendo titular provisional el designado por la Ley (heredero legítimo) para cuando el oferente no hace la designación o la hace incierta en sí—en cuyo último caso el condicionalmente designado por el oferente lo único que tiene es una mera esperanza desprovista de toda efectividad (véase página 921 del número 455, julio-agosto 1966, de esta *Revista Crítica*)—; heredero legítimo que es, en todo caso, titular provisional, y por ello le corresponde el derecho de obtener copia del testamento muerto el otorgante.

- c) A que se exprese el motivo del acto de disposición y el objeto a que deba aplicarse la suma que se obtenga.
- d) A que se justifique la necesidad o utilidad del acto.
- e) A que se oiga sobre ello al Ministerio Fiscal.
- f) A que sean tres testigos conocidos los que depongan.
- g) A que la justificación de la necesidad o utilidad del acto a realizar se practique con citación del Ministerio Fiscal.
- h) A que cuando el acto de disposición sea:
 - Una venta, ésta y no otros actos que la excluyan, bien por su misma índole (como la permuta), bien por precepto legal (como la hipoteca o la extinción de derechos reales, según el artículo 2.030 de la Ley Procesal Civil), se ejecute en pública subasta judicial, regulada en el tan mencionado título XI.
 - Una partición o una división material, éstas se presenten a la aprobación judicial por los trámites establecidos en los artículos 1.077 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 1.049 y 1.050 de esta última citada Ley

aplicables por la equiparación al ausente, que, en orden a la administración de bienes, se hace del sucesor condicionado suspensivamente, pendiente la condición, en el artículo 804 del Código Civil).

- i) A que el avalúo se haga por Peritos nombrados por el Juez, tanto si se trata de autorización como de aprobación.

El juego de «disposición» y «condición» toma prácticamente desmedido interés cuando la condición viene impuesta por la «sustitución a la institución» o «institución para después de otra»—sustitución fideicomisaria—, es decir, por la disposición aplazada.

Entonces esta disposición de suyo aplazada—*para después*—viene a ser, además, condicionada, pues que el heredero queda instituido (para después) bajo condición suspensiva.

Beneficiar al fiduciario sin perjudicar al fideicomisario es lo que busca el fideicomitente con sus dos llamamientos en orden escalonado de preferencia, en cuya finalidad hay que ver su propósito—de no haber manifestado otro diverso—de que la administración conservativa para el segundo, llamado *eventual*, recaiga en el que lo ha sido en primer término; conclusión a la que también llevan las circunstancias que han de reunir los administradores, exigidas por los artículos 802 y 803 del Código Civil, puesto que de esta exigencia se desprende clarísimamente que la Ley prefiere para ello, hasta el punto de no exigirle fianza, al heredero voluntario llamado con otro a la misma cosa sin especial designación de partes, que es lo que acontece con el heredero instituido sin condición, habiendo derecho de acrecer, y con el heredero fiduciario respecto del heredero fideicomisario condicional. No son, pues, personas distintas las que reciben de los preceptos últimos citados las facultades en ellos contenidas y los herederos fiduciarios que hayan sido llamados con herederos fideicomisarios instituidos bajo condición suspensiva, en cuya razón no puede hablarse de ampliación de dichas facultades.

Inscrita en el Registro de la Propiedad una herencia fideicomitida con herederos fideicomisarios llamados bajo condición suspensiva, estando ésta pendiente, lo que realmente consta inscrita es, por tanto, una *herencia en administración*, de la que, de no resultar otra cosa del mismo Registro, el *administrador titular de disposición* es el heredero fiduciario, cuya actuación como tal titular de disposición nada tiene que ver, como extrañas por completo que le son, con estas condiciones:

1. Representación de personas no nacidas ni concebidas.

2. Inadecuación del procedimiento de jurisdicción voluntaria para enajenar bienes de los hijos no nacidos ni concebidos.
3. Falta de autorización en los padres para enajenar bienes a que parecen llamados los hijos nacederos, por los trámites del artículo 164 del Código Civil.

Pues bien, hasta hoy no se ha aplicado rigurosamente a la realidad cuanto se lleva expuesto, de donde han surgido dos consecuencias desafortunadas.

Es la primera una notable falta de uniformidad a la hora de resolver los mismos problemas.

Es la segunda una perturbadora carencia de argumentos convincentes en las resoluciones adoptadas.

Así lo prueba el rápido repaso a la jurisprudencia, que sigue.

No son válidas ni, por esto, inscribibles ventas hechas sin subasta judicial y sin avalúo de peritos de nombramiento judicial, ni una permuta realizada por quien no era el órgano de representación competente; pero, sin embargo:

- A) Se declara inscribible—Resolución de 29 de diciembre de 1906—la venta *porque* el padre tiene capacidad con autorización judicial.
- B) Se reputa no válida la permuta y no inscribibles las ventas no por las razones dichas, sino:
 - a) En el caso de la permuta—Sentencia de 20 de octubre de 1954—, *porque* la autorización judicial no podía atribuir a las menores poder dispositivo sobre la cosa objeto de transmisión.
 - b) En un caso de venta—Resolución de 10 de septiembre de 1918—, *porque* la representación de personas no nacidas ni concebidas llevaría a una pluralidad de representaciones condicionales no contenidas en el artículo 164 del Código Civil.
 - c) En otro supuesto de venta—Resolución de 21 de octubre de 1924—, *porque* es insuficiente el auto judicial recaído en expediente de jurisdicción voluntaria para enajenar bienes de los hijos no nacidos ni concebidos.
 - d) En otra ocasión de venta—Resolución de 16 de septiembre de 1929—, *porque* los hijos que pueda tener un padre no pueden estar representados por éste.

- e) En otra coyuntura de venta—Resolución de 3 de marzo de 1956—, de una parte, *porque* la subrogación real—se afirma—no tiene virtualidad para crear un poder de disposición, ya que funciona como resultado y no como premisa (cuando es, de suyo, acto dispositivo y motivo o premisa de la venta), y, de otra parte, *porque* el procedimiento establecido en el título XI del libro III de la Ley Procesal Civil no es aplicable (cuando otra cosa totalmente contraria se ordena al efecto en los artículos 186 y 804 del Código Civil y 2.031 y 2.046 de la mentada Ley de Procedimiento).
- f) En otra oportunidad de venta—Resolución de 7 de mayo de 1960—sin avalúo por peritos nombrados por el Juez y mediante subasta notarial y no la judicial regulada en los artículos 2.016 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *porque* aparte de que los administradores han de reunir las circunstancias previstas en los artículos 802 y 803 del Código Civil, la autorización judicial no puede crear—lo cual es obvio—un poder dispositivo en quien no lo tiene, todo esto dicho de espaldas a que el fiduciario, que es administrador de testamentaria designación en tanto heredero voluntario llamado con fideicomisarios condicionales sin cuotas y a la misma cosa, reúne, por añadidura, dichas circunstancias (de presunto mayor interés en la buena gestión de los bienes hereditarios que unas personas han de poseer respecto a otras, que es el criterio que preside las designaciones legales de administrador hereditario, designaciones legales que, por lo demás, parten siempre de la base de que el testador omitió la designación) y tiene, en consecuencia, las facultades del artículo 804 del Código Civil, cuyo precepto, y no la licencia judicial, es el creador del poder dispositivo.
- g) En otra ocurrencia de venta—Resolución de 13 de enero de 1965—, *porque* no quedando definitivamente determinados los titulares del inmueble hasta tanto no se cumpla el evento señalado en el testamento, la presencia de la administradora no es suficiente para que la transmisión puede ser inscrita en el Registro como libre a nombre del comprador, con olvido de los eventuales derechos que pudieran tener efectividad en fecha posterior a favor de

otras personas, cuando de haberse verificado el avalúo y la subasta en los términos establecidos, y que hemos dejado dichos, habría podido inscribirse como libre la transmisión, pues ni la eventual indeterminación de los herederos condicionales y titulares del inmueble hacía insuficiente la sola presencia de la administradora (dado su poder dispositivo, según el artículo 804 del Código Civil) en la transmisión ni con aquéllos y los demás requisitos exigidos para llevar a cabo ésta se dejan en el olvido los derechos eventuales de los condicionales herederos, cuya defensa—y esto no cabe ponerlo en duda—está confiada al Juez y al Ministerio Fiscal, no al Registrador. Añadiremos que fue acertado no apreciarse el defecto de que los padres no están autorizados a enajenar bienes a que aparecen llamados los hijos nacederos, por los trámites del artículo 164 del Código Civil, porque en estos casos no se actúa como padre, sino como administrador de herencia, en la que los instituidos lo están bajo condición suspensiva, ni los trámites de jurisdicción voluntaria seguidos son los del artículo 164 del Código Civil, ya que entre estos últimos no se hallan precisamente ni el avalúo ni la subasta.

Y para terminar resaltaremos que únicamente en la sazón, que acabó en la Resolución de 22 de diciembre de 1950, se atiende acertadísimo, como a razón de tipo general (*para operar—dice la Dirección General—en tan delicados supuestos*), a la falta de la pública subasta y del previo avalúo para estimar a la venta no inscribible.

PEDRO PORRAS IBÁÑEZ

Notario

Titularidades limitadas

Publicidad registral de las condiciones⁽¹⁾

SUMARIO: *Algunos de los preceptos en que se apoya.—Acto condicional y acto en formación.—Rechazo del Registro hacia los actos jurídicos en formación:* A) Los actos jurídicos en formación propiamente dichos. La Resolución de la D. G. de 1.º de octubre de 1926. Puntualizaciones. B) Actos jurídicos sometidos a control: el artículo 98 del Reglamento: a) Control sustancial del acto jurídico. b) Control no sustancial del acto jurídico. *Publicidad registral del acto condicional:* A) Acto traslativo condicionado: a) La condición suspensiva en los actos de transmisión: su inscripción. b) Una “seudo-condición”: la del acceso diferido a la propiedad en V. P. O. Los artículos 132 y ss. del R. V. P. O.: 1.º Finalidad perseguida por el legislador. 2.º Medios que se establecen para conseguir esa finalidad. 3.º Posición que se adopta en esta vidriosa cuestión. a') Posiciones que se excluyen. b') Tesis que se propone. c) La condición resolutoria en las transmisiones inmobiliarias. Puntualizaciones y aclaraciones. Planteamiento. El artículo 11 de la Ley Hipotecaria. La Resolución de 3 de junio de 1961. Reconsideraciones: el Código Civil (arts. 1.115, 1.124, 1.504 y 1.255) y la legislación hipotecaria) Algunos modelos confusos de condiciones o pseudo-condiciones. B) La condición en los actos de gravamen. Condicionalidad de la hipoteca *per se*: Jurisprudencia de la D. G. R. El supuesto de la estipulación segunda de las escrituras de préstamo con hipoteca otorgadas por el Banco Hipotecario de España. *Cumplimiento o incumplimiento de las condiciones: forma de acreditarse en el Registro de la Propiedad.*—El artículo 23 de la Ley Hipotecaria: Precedentes e interpretación. El artículo 59 del Reglamento Hipotecario: Precedentes e interpretación. El artículo 175, regla 6.ª, del mismo Reglamento: Examen. a) Acto condicional. b) Acto de prioridad condicionada. Relaciones entre el artículo 175 del Reglamento y el 23 de la Ley.

(1) Conferencia pronunciada en Valladolid. Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca. Inauguración del curso 1971-72.

ALGUNOS DE LOS PRECEPTOS EN QUE SE APOYA

L. H. de 1909:

Art. 9.º "Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: ... Segunda. La naturaleza, extensión, *condiciones y cargas* de cualquier especie del derecho que se inscriba .."

L. H. vigente:

Art. 9.º "Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: ... Segunda. La naturaleza, extensión y *condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere*, del derecho que se inscriba .."

Su desarrollo en el Reglamento Hipotecario.

R. H. de 1915:

Art. 16. "...9.ª) Para dar a conocer la extensión del derecho que deba inscribirse, se hará *mención* circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, *copiándose literalmente las condiciones establecidas en aquél.*"

R. H. vigente:

Art. 51. " 6.ª) Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba, se hará *expresión* circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, *copiándose literalmente las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquél.*"

Sin abordar con tecnicismo la idea de condición, la legislación hipotecaria vigente ha pretendido acabar con la amplitud interpretativa que motivaba la referencia general de la Ley de 1909 y de su Reglamento a las condiciones de cualquier especie. Resulta indudable que la palabra «condición» tiene muchos significados y no todos ellos coincidentes ni mucho menos próximos; por eso, cuanto menor sea la concreción o cualificación que se utilice, mayor será la dificultad interpretativa, o mejor dicho, mayor será la libertad con que se mueva el intérprete ávido de retorcer conceptos. Como era lógico pensar, ni la Ley de 1909 ni el Reglamento de 1915 (ni antes el art. 9.º de la Ley de 1861 ni el art. 25 de su Reglamento—instauradores del mismo amplio sistema—) querían referirse a condiciones que no fuesen propiamente tales. Lo sucedido fue que el empleo de la genérica palabra «condición» dio pie a una interpretación lata de los textos legales, productora de tal confusionismo en los libros registrales (en los que se copiaba toda clase de pactos, cláusulas y circunstancias, condicionales o no), que la Ley vigente no tuvo otro camino que el de abordar una mayor especificación. Por esta razón, al cualificar a las condiciones como sus-

pensivas o resolutorias, quiso aclarar que quedarían fuera del Registro todas aquellas otras que de tales no tuviesen más que el nombre.

El Reglamento de 1947 intentó una mayor concreción y después de sustituir la palabra «mención» (proclamada en el de 1915) por la de «expresión» (menos comprometedora ante el sentido equívoco de aquella, evocadora de las antiguas menciones, en buena hora rechazadas) salió con nuevos términos: las «condiciones» rescisorias y las revocatorias, con lo que en los textos positivos vuelve a esfumarse la acepción, no bien esclarecida de antemano. Empero, la que podríamos llamar buena doctrina se desprende del artículo 9.º, ya que la rescisión y la revocación nada tienen que ver con las condiciones en sentido técnico, como no sea para aludir incorrectamente a la condición resolutoria.

Cabría sospechar entonces que todo aquello que envuelve una suspensión o una posible resolución sometidas a un evento, voluntario o involuntario, pudiera concebirse como acto condicional, idea que, en aras de un tecnicismo riguroso acerca de las condiciones, debe ser rechazada. Sin embargo, con mentalidad cuadrículada, se intenta encasillar en el ámbito de las condiciones a figuras que nada tienen que ver con la condición. Por eso se habla de la *condictio iuris* (condición legal o de derecho), como algo encuadrado en el género condicional, siquiera diferente de la otra figura de *condictio facti*; por ello, dentro de esta última (y tal vez por un excesivo afán analógico) se quieren encajar los más variados supuestos, que van desde la compraventa con reserva de dominio hasta la pseudo-condición suspensiva impuesta por el Banco Hipotecario de España en la cláusula segunda de las hipotecas constituidas a su favor, pasando por el acto controlado por la Administración cuando las partes toman en cuenta ese control y lo «elevan a *condictio facti*».

ACTO CONDICIONAL Y ACTO EN FORMACION

En verdad, la condición supone una delimitación de la titularidad establecida voluntariamente por los interesados, como un añadido al acto creador, ya de por sí válido y perfecto. No puede hablarse, pues, de condicionalidad en la existencia del acto creador de la titularidad, ya que tal acto existirá si se cumplen en él todos los requisitos legales, y no existirá—sino que estará en vías de formación—cuando alguno de esos requisitos indispensables para su existencia no se haya producido todavía. Si la llamada *condictio iuris* no es otra cosa que el requisito o presupuesto indispensable para la existencia del acto o la medida de control establecida por la Administración (no por los interesados) debe,

en buena hora, prescindirse de tal denominación, que sólo ha de encajarnos a la confusión.

Partiendo de que la condición requiere un acto perfecto en la síntesis de sus elementos, al que, por voluntad de las partes, se le añade un nuevo elemento, que delimita su efectividad hasta el cumplimiento o incumplimiento de un evento, no nos es lícito encuadrar en el concepto de condición a todas aquellas figuras que resolviendo una titularidad o suspendiendo su eficacia no cumplan con los requisitos de futuro y de evento independiente de la voluntad de quienes crearon la delimitación.

Hablar, por ejemplo, de que el crédito queda "condicionado" (tómese la expresión en sentido técnico) a la voluntad del acreedor es un contrasentido; por ello, el Código Civil no estima como obligaciones condicionales a las que dependen de la exclusiva voluntad del acreedor (ni siquiera se refiere a ellas), pues, en definitiva, el cumplimiento del crédito dependerá de la diligencia o negligencia de quien tiene derecho al mismo. Por otro lado, hablar de condición sometida a la voluntad única del deudor resulta algo fuera de la Ley (véase art. 1.115 del Código Civil). Esta situación podrá configurarse como un derecho potestativo del deudor, pero nunca como una condición.

A nuestro modo de ver, y para evitar tanta clasificación de las condiciones, se nos antoja distinguir entre acto condicional y acto en formación:

- A) Acto condicional es aquel plenamente creado, continente de todos los requisitos asignados por la Ley para su existencia, pero al que las partes, por propia y espontánea voluntad, delimitan en su eficacia hasta el cumplimiento o incumplimiento de un evento futuro e incierto (en su conocimiento o acaecimiento) e independiente de la voluntad creadora.

Son características del acto condicional:

- 1.^a Existencia de un acto válido y perfecto continente de todos los pronunciamientos legales.
- 2.^a Establecimiento por las partes de un pacto que se integra en el acto y que delimita la eficacia de la relación jurídica creada o que se intenta crear.
- 3.^a Previsión de un evento futuro, ya en su acaecimiento, ya en cuanto a su conocimiento por los interesados.
- 4.^a Incertidumbre del evento que supone un cumplimiento o incumplimiento independiente de la voluntad que lo proyectó.

- B) Acto en formación es el acto que está por venir, aquel cuya existencia depende del cumplimiento de un presupuesto o requisito indispensable para el mismo acto, o aquel que siendo válido en principio, exige un sistema de control establecido

por la Administración. El consentimiento, objeto y causa que, como elementos imprescindibles, exige el artículo 1.261 del Código Civil, no pueden degradarse a condiciones (condición en sentido técnico) aduciendo que la falta de uno de ellos convierte al acto en sometido a una *condictio iuris*. El sistema de control que, a veces, establecen las leyes supone una formalidad añadida al acto (no integrada en él) e impuesta por la Administración (no establecida por las partes).

En muchas ocasiones los tres elementos del negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa—a veces la forma como requisito *ad solemnitatem*—) coinciden en el tiempo, pero en otras su producción es sucesiva:

Puede faltar el consentimiento por fallos en la legitimación de los otorgantes: sin embargo, el acto se perfecciona mediante la oportuna ratificación posterior.

Puede faltar el objeto si se hallare fuera del tráfico jurídico o con tráfico jurídico limitado; pero el acto surge en su plenitud cuando desaparece la traba objetiva (compraventa de una mina, por ejemplo).

Puede hallarse en período de incoación la causa cuando se llega al otorgamiento del acto y el acto no adquiere validez hasta que la causa se perfecciona (así, las capitulaciones matrimoniales pendientes de la contracción del matrimonio).

En ninguno de estos casos podría sustentarse que el negocio sea condicional, sujeto a una *condictio iuris*, sino en formación.

Pero centremos el problema en la registración de estos actos: indudablemente, el acto condicional, por cuanto delimita una titularidad, puede y debe tener acceso al Registro de la Propiedad. Pero ¿y los actos jurídicos en formación, esto es, aquellos a los que la doctrina considera como sometidos a una *condictio iuris*? Creemos que, de modo general, el Registro de la Propiedad muestra su aversión hacia ellos y los rechaza de plano.

Se impone, pues, un análisis de ambas situaciones: la del rechazo del Registro hacia los actos jurídicos en formación y la del ingreso a los libros registrales de los actos condicionales.

EL RECHAZO DEL REGISTRO HACIA LOS ACTOS JURIDICOS EN FORMACION

A) LOS ACTOS JURÍDICOS EN FORMACIÓN PROPIAMENTE DICHOS

Faltando al acto jurídico inscribible uno de los presupuestos o requisitos exigidos por la Ley para su existencia debe rechazarse su inscripción, toda vez que al Registro de la Propiedad sólo pueden acceder los actos y contratos perfectos, esto es, aquellos que reúnen en sí mis-

mos todos los pronunciamientos legales de existencia. Ello no es obstáculo para que una vez completado el acto éste ingrese en el Registro y produzca toda la eficacia que emane de su propia naturaleza. Así:

- La ratificación posterior otorgada por quien tuviere poder de disposición sobre la cosa completará el acto realizado sin el concurso de esa voluntad y lo convierte en inscribible.
- La desaparición de la traba objetiva, que limitaba o prohibía el tráfico jurídico de la cosa objeto del negocio jurídico, permitirá la inscripción de éste.
- La realización plena de la causa (por ejemplo, contracción del matrimonio después de otorgadas las capitulaciones matrimoniales) hacen inscribible el acto otorgado en períodos de incoación causal (las propias capitulaciones).

Esta clase de actos faltos de un requisito existencial son los que con machaconería han venido configurándose por la doctrina tradicional como afectados por una *condictio iuris*. Tanta insistencia se ha empleado, que una de las prestigiosas ramas del pensar jurídico, cual es la jurisprudencia, se vio desbordada por ese conformismo y en muchas ocasiones no ha sabido desprenderse de las cuadrículas preestablecidas doctrinalmente. Para muestra basta el botón de la Resolución de 1 de octubre de 1926.

La Dirección General de los Registros, aun rechazando en tal Resolución la inscripción en el caso concreto que resuelve, admite la posibilidad de que una *condictio iuris*, o presupuesto indispensable del negocio jurídico que la contiene, sea elevada a la categoría de *condictio facti*, inscribiéndose el acto como condicionado.

En síntesis, el supuesto contemplado por la Resolución de 1926 es éste: la causante en su testamento instituye por partes iguales y en usufructo a sus seis sobrinos, a quienes designa nominalmente. Al fallecimiento de cada uno de ellos adquirirían el dominio pleno de su parte respectiva los hijos o descendientes legítimos de los usufructuarios. No obstante, facultaba a tales usufructuarios para vender, cuando fuere conveniente hacerlo, los bienes de la herencia, pero debiendo invertir su importe en la compra de inmuebles (que se inscribirían en la misma forma que estuvieren los vendidos) o en la adquisición de efectos públicos de reconocido valor, que se someterían a las mismas limitaciones que los bienes enajenados. Para aclarar esta disposición, en testamento posterior que deja subsistente el anterior, la misma causante imponía que en la venta y en la percepción e inversión del precio de la misma intervendría el albacea, aun cuando en el momento de su intervención hubiese transcurrido el plazo del albaceazgo y el de su prórroga. No haciéndose las ventas en la forma ordenada, se considerarían nulas.

Los usufructuarios, con intervención del albacea, procedieron a la venta de un inmueble, cuyo precio declararon recibido con anterioridad

y se comprometieron a invertir su importe en efectos públicos, lo que acreditarían en su día con acta notarial para su constancia en el Registro a través de la nota marginal correspondiente.

El Centro Directivo declaró en uno de sus considerandos: «Para inscribir la *condictio iuris* o, mejor dicho, el acto sujeto a la misma, como si se tratara de una condición ordinaria y evitar las situaciones jurídicas oscuras o contradictorias a que se llegaría autorizando el ingreso al Registro de documentos otorgados *sub conditione* por quien no tenga la libre disposición de sus bienes o se halle limitado en sus facultades de enajenar por trabas formales, es necesario que el negocio jurídico esté en un período incoactivo perfecto, sin amenaza de nulidad y que las relaciones en cuestión sean aceptadas por los contratantes como condicionales, extremos que faltan en la escritura calificada, donde se transforma en obligación de los vendedores el cumplimiento de las formalidades prescritas por la testadora bajo pena de nulidad.»

La Resolución reseñada requiere ciertas puntualizaciones:

- a) En primer lugar, presenta para nosotros un aspecto positivo de indudable valor al admitir a registración al acto condicional; así se infiere cuando declara: «...para inscribir la *condictio iuris* o, mejor dicho, el acto sujeto a la misma...» Puede deducirse de ahí que objeto propio de la inscripción no es el título formal ni es el derecho real, sino el acto o contrato de contenido real.
- b) Pero después mantiene una estática posición de creencia en lo tantas veces dicho por la doctrina sin atreverse con la dinámica de las nuevas ideas. Así:
 - Utiliza la expresión incorrecta de *condictio iuris*, cuando lo que debería decir es «presupuesto o requisito indispensable del acto».
 - Cataloga de compraventa supeditada a una *condictio iuris* a una compraventa con carga impuesta a unos usufructuarios cuyo cumplimiento, por su propia naturaleza, debe realizarse fuera de la misma compraventa.
 - Niega la inscripción de la compraventa, por cuanto el negocio jurídico no se halla «en período incoactivo perfecto», cuando, en realidad, la compraventa ha de ser considerada perfecta en sí misma, aunque anulable si no se cumple la carga impuesta a los interesados de invertir su importe en inmuebles o efectos públicos. Y, por último,

— Confunde la anulabilidad de un acto por incumplimiento de cargas taxativamente establecidas, con el incumplimiento de una condición. Las cargas están fuera del acto jurídico, la condición se halla dentro del mismo (ya como elemento accidental querido expresamente por los interesados —si se trata de una verdadera condición—, ya como elemento imprescindible del acto si fuese de las impropia-mente llamadas *condictio iuris*).

- c) Por lo demás, la no inscripción que preconiza la Resolución nos parece atinada, mas no por los motivos en ella aducidos, sino por no acreditarse ante el Registro de la Propiedad el cumplimiento de la carga impuesta, cumplimiento que, a pesar de todo, puede acontecer posteriormente haciendo inscribible el acto.

B) ACTOS JURÍDICOS SOMETIDOS A CONTROL

Para ciertos casos, el ordenamiento jurídico impone una realización compleja, mezcla de privatismo y de publicismo. El aspecto privado del acto se desenvuelve de forma normal, como en los demás actos jurídicos (los interesados consienten sobre un objeto determinado o determinable mediando justa causa). El aspecto público surge a través de un sistema de control, previo o posterior, que—como dice el art. 98 del Reglamento Hipotecario—exige unas autorizaciones, licencias, aprobaciones o cualquiera otra intervención de una autoridad u organismo administrativo.

Pero sucede en algunas ocasiones que el sistema de control se interfiere de tal manera en el acto jurídico, que la falta de intervención administrativa provoca la inexistencia de todo lo actuado privadamente; en cambio, en otras, el intervencionismo de la Administración no supone más que un espaldarazo a su validez o eficacia.

Puede hablarse, por tanto, de un intervencionismo sustancial y de otro no sustancial, recogiendo las posibilidades registrales de ambos en el artículo 98 del Reglamento Hipotecario.

Art. 98. “ . Cuando las leyes u otras disposiciones impongan como requisito para otorgar o inscribir determinado título, la autorización, licencia, aprobación o cualesquiera otra intervención de una autoridad u organismo administrativo, o la comunicación previa o posterior a los mismos, el Registrador, si no se acredita su cumplimiento, podrá practicar la inscripción con la reserva explícita, en el acta de inscripción y en la nota al pie del título, de no haberse justificado, y la advertencia de que, transcurridos dos años

desde la fecha del asiento, será cancelado de oficio o a instancia de parte, si no se hizo constar antes el repetido requisito. Practicada la inscripción, si se presenta el documento justificativo, se hará constar por nota marginal.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá denegarse la inscripción cuando una Ley sancione expresamente la omisión del requisito que preceptúe con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción."

En síntesis, el precepto reglamentario concede tratamiento diferente a los actos jurídicos controlados, según sea sustancial o no la índole del intervencionismo administrativo.

a) *Control sustancial del acto jurídico.*—Cuando la circunstancia establecida por la Administración se eleva a rango de presupuesto indispensable del acto y su incumbencia atraiga, inevitablemente, la nulidad del mismo, la inscripción no se practicará.

Partiendo de la idea de que el acto falto de un requisito existencial está afectado de una *condictio iuris*, SANZ FERNÁNDEZ (2) admite la transformación que de tal "condición" (7) pueden hacer los interesados en *condictio facti* y lograr así la registración del acto condicionado. El ilustre Notario de Madrid cree que este supuesto puede presentarse en la práctica de dos formas diferentes:

- 1.^a Los interesados pactan como condición el hecho en que consiste la *condictio iuris*, sin alteración ni modalidad alguna. Así, el otorgamiento de una escritura de venta de una mina, sujeta a la condición suspensiva de que se conceda la autorización del Ministerio de Industria, implica la elevación a *condictio facti*—dice SANZ—de un presupuesto o *condictio iuris* del negocio.
- 2.^a Los interesados pactan el cumplimiento del requisito como condición con alguna modalidad. Por ejemplo, la referida autorización ministerial deberá ser concedida en un plazo determinado.

A nuestro modo de ver la cuestión tiene un defectuoso planteamiento: a fuerza de diferenciar la *condictio iuris* de la *condictio facti* como especies distintas dentro de un mismo género, se llega a la conclusión de que el término común de ambas figuras es la *condictio* y, por tanto, puede existir una condición establecida por la Ley y otra por los particulares. El paso siguiente no se hace esperar: si la condición legal es tenida en cuenta por los interesados y elevada a la categoría de condición de hecho por propia iniciativa de los mismos, se puede dar a aquélla el mismo tratamiento jurídico que a la condición propia, ya que ambas pertenecen al mismo género (condición) y por voluntad de las partes solamente se ha variado su especie (de condición legal se ha pasado a condición voluntaria). Todas las trabas sustantivas, todos los obstáculos registrales pretenden ser orillados por este procedimiento.

El falso planteamiento tradicional tiene una causa remota que no justifica, pero sí explica la insistencia de la doctrina en promoverlo: el Derecho Romano, inspirador de nuestro Ordenamiento jurídico, no desarrolló con plenitud más que la condición resolutoria establecida libremente por las partes interesadas; el dogmatismo posterior de tinte teutónico y mente cuadrículada se vio en la necesidad de encuadrar nuevas figuras dentro de las casillas previstas para otras antiguas sin

(2) SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II.

pararse a considerar que la semejanza entre las figuras antiguas y las nuevas era tan sólo aparente. ¿Qué sucedió entonces? Pues que todo lo sometido a un acontecimiento resolutorio o suspensivo era condicional por cuanto su existencia o eficacia quedaban supeditados a ese acontecimiento posterior. No se buscaron nuevos cauces jurídicos para nuevas figuras, sino que, a la fuerza, se encajan éstas en los moldes ya existentes. De esta forma el retracto convencional—no regulado por el Derecho romano—ha venido recibiendo el tratamiento de una condición resolutoria (incluso por la doctrina jurisprudencial), cuando, en realidad, es una figura autónoma (3); así, los requisitos esenciales para la existencia de un acto jurídico pretenden ser degradados a la categoría de condiciones, atribuyéndoles el carácter de *conductio iuris*; así, el acceso diferido a la propiedad en las viviendas de protección oficial se ve obligado por la doctrina a encajarse en las figuras condicionales.

Para nosotros la figura invocada por SANZ no es una venta condicional, sino un acto jurídico controlado por la Administración. En los negocios jurídicos normales resplandece la autorregulación de los intereses privados puestos en juego, sin intervención de la Autoridad administrativa. En los actos jurídicos controlados administrativamente nos parece que su formación es compleja, mezcla de Derecho Privado y mezcla de Derecho Público. Una de las fases de formación de tales actos consistirá en rellenar todos y cada uno de los requisitos exigidos por el Derecho privado para la naturaleza del acto que se pretende otorgar; la otra fase ha de consistir en someterse al sistema de control, previo o posterior, establecido por el Ordenamiento jurídico. Ambas fases operan como presupuestos de esencia o validez del acto en cuestión. Ahora bien, el supuesto invocado por SANZ FERNÁNDEZ, esto es, la compraventa de una mina supeditada en su validez y existencia a la obtención de la autorización ministerial, ¿será inscribible en el Registro de la Propiedad aun antes de ser obtenida tal autorización? Creemos que la solución no puede ser otra que la brindada por el artículo 98 del Reglamento Hipotecario: si el requisito administrativo tiene carácter sustancial, la inscripción es rechazada por el Reglamento; si no tiene ese carácter podrá tener acceso al Registro con eficacia limitada en el tiempo.

b) *Control no sustancial del acto jurídico.*—Si el requisito exigido para el acto no lleva en sí un carácter de esencia, de modo que su incumplimiento u omisión no acarree la nulidad o inexistencia del negocio, la inscripción se produce, si bien supeditada a que en plazo no superior a dos años el acto quede completo mediante cumplimiento del control administrativo. Transcurridos dos años desde la fecha del asiento sin que se acredite en el Registro el cumplimiento de tal requisito, la inscripción se cancelará de oficio o a instancia de parte.

Puede darse el caso de que pasados esos dos años y cancelada la inscripción sobrevenga el cumplimiento del requisito exigido, en cuyo supuesto no vemos inconveniente para que, presentado de nuevo el título con el documento acreditativo de haberse rellenado el contro-

(3) *Vid.* nuestro trabajo sobre "Titularidades delimitadas", en *R. C. D. I.* número 477.

administrativo, el acto o contrato ingrese en los libros registrales sin trabas de ninguna clase, ya que el período formativo del acto se ha llenado no de forma simultánea, pero sí sucesivamente.

PUBLICIDAD REGISTRAL DEL ACTO CONDICIONAL

Adelantemos que objeto de la inscripción en el Registro de la Propiedad no es la condición, sino el acto o contrato condicional; pero si exigimos que el Registro sea fiel reflejo de la realidad publicando titularidades ya normales, ya limitadas, parece lógico admitir que la publicidad registral se cierna sobre aquellas titularidades que vienen limitadas por una condición (condición en sentido técnico). Mas para llegar a esa publicidad habremos de solucionar los problemas que la registración del acto condicionado plantea, ya que la condición, según sea suspensiva o resolutoria, influye de diferente manera en un acto o contrato traslativo que en otro de gravamen.

A) ACTO TRASLATIVO CONDICIONADO

El acto o contrato condicionado que pretende la traslación del dominio impone una notable limitación en la titularidad registral. Si la condición es suspensiva, la adquisición no se produce hasta que llegue el momento de ser cumplida aquélla, pero la titularidad del «seudo-transmitente» se ve limitada por el derecho concedido al «seudo-adquirente». Si la condición es resolutoria, la adquisición tiene lugar desde el otorgamiento, si bien la titularidad del adquirente se ve amenazada con una posible resolución, caso de ser cumplida la condición.

De aquí que el acto condicionado resolutoriamente no encuentre trabas a la hora de su inscripción en el Registro, toda vez que, aun limitada, la adquisición es efectiva, y si la transmisión viene referida a un inmueble o derecho real inmobiliario, su registración queda proclamada por los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria.

Los problemas se suceden uno tras otro cuando la condición es suspensiva, ya que el acto condicionado no transmite el dominio mientras no quede cumplida la condición. Así, pues, no existiendo transmisión de la propiedad ni, en consecuencia, cambio en la titularidad inmobiliaria durante el tiempo en que la condición se halle pendiente, ¿qué título transmisivo es éste que no transmite y qué titularidad publicará el Registro diferente de la del «seudo-transferente»?

a) *La condición suspensiva en los actos de transmisión: su inscripción:*

Los autores que se han ocupado de esta cuestión han dado razones bien dispares, ya para admitir la registración, ya para rechazarla. Como muestra citemos estas dos opiniones:

ROCA SASTRE (4) observa que el derecho real constituido o transmitido bajo condición suspensiva produce por de pronto *pendente conditione*, una expectativa que debe ser tratada como derecho y que participa de la misma naturaleza del derecho a que tiende, de modo que puede hablarse de una titularidad condicional.

SANZ FERNÁNDEZ (5) aduce estos dos razonamientos para producirse contra la registrabilidad del acto sujeto a condición suspensiva:

- a) En primer lugar, el acto sujeto a ella no da lugar hasta que se cumpla la condición a efecto alguno transmisivo o constitutivo del derecho real. El titular que "transmite" o "grava" sigue siendo titular íntegro del derecho. Si la transmisión o gravamen no se produce mientras la condición está pendiente, parece indudable que no nos hallamos ante un acto inscribible de los enumerados en los artículos 1.º y 2.º de la Ley, y su inscripción (se refiere al asiento de inscripción) es una anomalía dentro de nuestro sistema.
- b) En segundo lugar, la inscripción del acto sujeto a condición suspensiva encierra una anomalía indiscutible: esta inscripción no proclama al verdadero titular del derecho, toda vez que "el adquirente" no lo adquiere mientras no se cumpla la condición; en cambio, el titular verdadero y actual, esto es, el transferente, constará en la inscripción anterior cuando, en realidad, no ha perdido la titularidad de la cosa aún.

En nuestra opinión—y como antes hemos comenzado a apuntar—, toda la polémica doctrinal acerca de la registrabilidad de los actos sometidos a condición suspensiva tiene su base en el afán, a nuestro juicio desmedido, de intentar calificar cada figura, cada derecho, cada limitación, dentro de unos moldes preestablecidos, olvidando que tales moldes pueden no coincidir con lo que la realidad nos brinda cada día. Se viene diciendo hasta la saciedad que lo que se inscribe es el dominio o derecho real constituido y, lógicamente, si esto es así, ¿qué dominio va a ser inscrito en el Registro en una compraventa en que la transmisión de ese dominio se suspende hasta el cumplimiento de una condición? En cambio, si se pensase más en lo que dice el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, según el cual se inscribe en el Registro el acto o contrato de contenido real y, consecuentemente, una vez inscrito el acto, el Registro publica una titularidad plena o limitada, las cosas se aclararían.

Opinamos, pues, que en aras de la libertad de contratación, que proclama el artículo 1.255 del Código Civil, no puede negarse la posi-

(4) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo III.

(5) SANZ FERNÁNDEZ, *loc. cit.*

bilidad de una venta con efectos transmisivos suspendidos hasta el cumplimiento de una condición, sin que por ello deje de ser venta. En ella, en esa venta, y durante el tiempo de pendencia de la condición, no hay, efectivamente, transmisión del dominio ni, en consecuencia, se ha producido una adquisición actual, pero sí hay «algo» que querido, en principio, por los interesados, se ha independizado ya de su voluntad y camina hacia la producción de unos efectos normales transmisivos. La coincidencia de voluntades para la transmisión ha tenido lugar en un momento determinado, pero con el fin de evitar la tiranía de un incierto porvenir, se han sometido los efectos traslativos a un evento. La voluntad de transmitir, desligada ya de las personas que la expresaron, marcha indefectiblemente por el «íter negocial», e indefectiblemente también y sin necesidad de nuevo otorgamiento, producirá la transmisión cuando el evento haya tenido lugar. Puede decirse, por tanto, que durante el tiempo que media entre el acto del otorgamiento (en el que se presta el consentimiento) y el del cumplimiento o incumplimiento de la condición, se dan simultáneamente estas dos situaciones:

- 1.^a El transmitente no podrá recobrar ya la cosa por su sola voluntad, sino por consecuencia del incumplimiento del acontecimiento condicionante. Por esta razón, su titularidad queda limitada a no poder disponer de la cosa vendida en perjuicio del adquirente. Esto no quiere decir que haya perdido las facultades dispositivas sobre la cosa cuando aún no ha perdido la propiedad de ella; lo que se indica es que si dispone, debe hacerlo respetando la prioridad obtenida por el comprador. Que la transmisión se efectúe o no ya no depende de la voluntad del vendedor, sino de un evento.
- 2.^a El comprador obtiene con el otorgamiento una prioridad para adquirir, que excluye toda otra titularidad ocasionada sin su consentimiento. La adquisición efectiva se realiza con el cumplimiento de la condición sin ningún otro otorgamiento.

Sentado lo que antecede, concluyamos admitiendo cómo la seguridad del tráfico exige que tanto la limitación del transmitente como la que hemos llamado prioridad del adquirente, sean tenidas en cuenta por el Derecho y debidamente aseguradas por una efectiva publicidad. Pero advirtamos que ni la publicidad posesoria ni la que pueda emanar de la documentación pública serán suficientes para garantizar derechos contra tercero:

- La publicidad posesoria que pueda ostentar el adquirente, por consecuencia de la entrega de la cosa, no le reconoce título suficiente como para quedar a cubierto de las maquinaciones del vendedor, ya que la posesión sólo acredita que existe ésta y un poseedor, pero nada publica respecto al título en que es poseída la cosa. De aquí que el vendedor, sin deber hacerlo, puede transmitir a otro sin condicionamientos burlando la prioridad del primer adquirente.
- La publicidad del documento auténtico, por mucho que se quiera, no es completa respecto a terceros, por cuanto a éstos solamente afecta el hecho que motiva el otorgamiento y la fecha de éste (art. 1.218 del Código Civil). La identidad de la finca, su titularidad, sus cargas, escapan a la autenticidad del documento.

En consecuencia, la publicidad efectiva, aquella que se alza frente a todos, que estableciendo una cognoscibilidad equipara ésta al efectivo conocimiento, no puede ser otra que la publicidad del Registro (6). Concibiendo la titularidad del transmitente como una propiedad limitada y en vías de resolución a favor del adquirente cabe admitir su registración, si no como acto traslativo, sí como compraventa con raigambre romana (que, quiérase o no, es la mantenida por nuestro Código Civil), tendente a transmitir el dominio en su día cuando el evento se cumpla, pero productora, de presente, de dos efectos importantes con trascendencia para tercero:

- La limitación del dominio para el vendedor.
- La prioridad adquisitiva para el comprador.

Ambos efectos son perfectamente encajables en el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario.

No acaban aquí los problemas: admitida la registración, ¿qué clase de asiento será practicable?

La *nota marginal* no es el asiento adecuado, ya que, aun pudiendo servir para constatar la limitación del transmitente, no serviría para la conversión en inscripción definitiva en favor del adquirente.

Supóngase que la limitación del transmitente accede al Registro con una *nota marginal*; en tal caso, una vez cumplida la condición y acreditado ante el Registro tal cumplimiento, se produciría realmente la transmisión y, en consecuencia, la adquisición. Ese definitivo cambio de

(6) Véase nuestro trabajo "Delimitaciones en la Propiedad Urbana", en *R. C. D. I.*, núm. 484.

titularidad exigirá un asiento de inscripción en favor del adquirente sin necesidad de nuevo otorgamiento, y este asiento se habría de producir sin más causa y apoyo que una nota marginal. Es decir:

- Una nota marginal se convertiría en inscripción (supuesto no previsto en nuestra legislación); y
- La nota marginal que para caso de cumplimiento de la condición suspensiva prevé el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, no podría practicarse al no haber inscripción que marginar.

Tampoco la *anotación preventiva* es el asiento indicado, aun cuando SANZ FERNÁNDEZ (7) abogue por él como único modo de constatar regístralmente las condiciones suspensivas. Repasemos nuestra legislación y comprobaremos que la anotación pretendida no tiene apoyo en ningún precepto legal, ya que la fórmula amplia del número 10 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, en cuanto permite la anotación en favor del que «en cualquiera otro caso tuviere derecho a exigir anotación preventiva», tiene sus propios límites en la frase siguiente del mismo precepto, al exigir que tal anotación se haga «conforme a lo dispuesto en esta o en otra Ley». Por eso, la Resolución de 14 de diciembre de 1960 ha declarado la no procedencia de otras anotaciones distintas a las establecidas concretamente, de una manera expresa, en las disposiciones legales. Esto aparte del corto período de tiempo que tienen de vigencia tales asientos y que puede motivar su caducidad antes que el evento pueda ser cumplido o incumplido.

Queda, pues, el asiento de *inscripción*. Para nosotros, la voluntad transmisiva se ha producido sin que la transmisión efectiva dependa de la voluntad de las partes. Por eso cabe la invocación de los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria respecto a los actos traslativos del dominio. Pero si a esa posibilidad se le ponen trabas, aún queda la otra de practicar una inscripción (asiento de inscripción) al amparo del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario.

Inscrito el acto o contrato, el Registro publicará la titularidad del transmitente en vías de resolución y limitada por la expectativa o prioridad del adquirente. Durante la fase de pendencia de la condición no vemos inconveniente en admitir:

- 1.º Que se inscribe el acto o contrato de compraventa, por el que, limitándose la titularidad del transmitente, obtiene el adquirente la prioridad de conseguir el dominio mediante cumplimiento de la condición estipulada, cuya realización se hará constar en el Registro en la forma prescrita por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

(7) SANZ FERNÁNDEZ, *loc. cit.*

- 2.º Que cualquiera de las dos titularidades pueda disponer de su respectivo derecho por actos *inter vivos* o *mortis causa*, en cuyo caso el tercero que adquiera recibirá la cosa o derecho con las limitaciones que emanen del Registro.

b) *Una «pseudo-condición»: la del acceso diferido a la propiedad en las Viviendas de Protección Oficial* (8).—Los artículos 132 a 136 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial regulan el acceso diferido a la propiedad para las viviendas acogidas al beneficio. La redacción de esos preceptos, infeliz a todas luces, pone a prueba la paciencia del intérprete. Intentando esclarecer las disposiciones de tal Reglamento, fijaremos nuestra atención en estos tres aspectos:

- 1.º ¿Cuál es la finalidad perseguida por el legislador?
- 2.º ¿Qué procedimiento se establece para llegar a ella?
- 3.º Al no compartir la opinión de nuestros reglamentaristas (ni la de otros autores), ¿cuál es la posición que adoptamos en esta vidriosa cuestión?

1.º *Finalidad perseguida por el legislador*.—Los preceptos del Reglamento son claros al respecto: como finalidad inmediata procurar, por medios legales y cómodos, el acceso a la propiedad de personas modestas con garantías suficientes para el cedente de las viviendas; como fin último, preparar a la propiedad para una función social.

2.º *Medios que se establecen para conseguir esa finalidad*.—Los artículos 132 y 135 del Reglamento instauran un procedimiento específico: el contrato de acceso diferido a la propiedad. Este contrato no parece ser, en principio, una venta, ya que la misma se otorgará diez años después. Pero teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 132 (se transfiere al cesionario la posesión de la vivienda reservándose el cedente el dominio hasta el completo pago del precio) podría pensarse que estamos en presencia de una compraventa en la que el vendedor se reserva el dominio hasta que se cumpla una condición: la del pago del precio por el comprador.

Por otro lado, ante los términos confusos del Reglamento, surgen otras posibilidades: ¿se tratará de una promesa de venta o de un contrato de opción de compra?

(8) Véase trabajos bastante recientes en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS y DÍEZ PICAZO.

3.º *Posición que se adopta en esta cuestión:*

- a) Posiciones que se excluyen.—Se nos antoja que configurar el acto de acceso diferido a la propiedad como una promesa de venta o como un contrato de opción para, al cabo de diez años, ser otorgado el contrato definitivo de compraventa, es provocar el pago del impuesto, toda vez que transcurridos seis años desde la concesión de la calificación definitiva sin haberse realizado la venta es motivo suficiente para perder la exención fiscal.

Catalogar el contrato de acceso diferido a la propiedad como una compraventa sometida a la condición suspensiva del pago del precio por el comprador también se nos antoja como un contrasentido (9). Las condiciones se someten en su cumplimiento o bien a un evento casual (condiciones casuales) o bien a la voluntad del hombre (condiciones potestativas). Se puede argüir, por tanto —y de hecho se hace—, que si la condición consiste en el pago del precio y éste depende de la exclusiva voluntad del comprador, nos hallaremos ante una condición de las denominadas potestativas. Lo cierto es que para el Código Civil son potestativas aquellas condiciones cuyo cumplimiento depende de la voluntad del hombre, pero —nótese bien— el hombre mencionado por el artículo 1.115 es un tercero, no es ni el acreedor ni el deudor, y si esa voluntad emanase del deudor, ya no podría hablarse de condición, puesto que el artículo 1.115 del mismo Código lo prohíbe, negando a tal prestación el acogimiento que, de otro modo, pudieran hacerle los artículos 1.113 y siguientes.

Paradójicamente—se dice—, en la cuestión que debatimos el comprador adopta una doble posición: por un lado, resulta acreedor al dominio de la cosa vendida; por otro, es deudor del precio. Pero convengamos que más puede ser esto último que lo primero, ya que para ser acreedor al dominio ha de haber cumplido con el pago.

(9) MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, en conferencia pronunciada en Valladolid en una de las sesiones del Seminario de Valladolid-Salamanca ("La reserva del dominio en las transmisiones inmobiliarias"), mantenía la tesis de que la compraventa con reserva del dominio por el vendedor hasta el completo pago del precio por el comprador es una venta sometida a una condición suspensiva. Lo curioso del caso es que la condición depende de la exclusiva voluntad del comprador (acreedor de la cosa vendida y, a la vez, deudor del precio).

Si esto es así, ¿acaso el comprador, de cuya voluntad depende el cumplimiento de la condición, no se identificará con el deudor, que debe cumplir con su obligación y, por tanto, quedar inmerso en la limitación del expresado artículo 1.115?

- b) Tesis que se propone.—A la hora de adoptar una posición en esta materia las cosas se complican. Basados en los dictados del artículo 1.115 del Código Civil, si llegamos a concebir al comprador como deudor del precio, y el pago depende de su exclusiva voluntad, habremos de negar el carácter condicional a tal obligación. Pero si el contrato de acceso diferido a la propiedad no es una simple cesión de posesión y uso, ni una promesa de venta, ni un derecho de opción, ni una compraventa condicionada, ¿qué es entonces?

En puridad de doctrina y siendo consecuentes con cuanto venimos exponiendo, creemos que la figura regulada por los artículos 132 y siguientes del Reglamento de Viviendas no es más que *una compraventa en la que el vendedor, sin transmitir el dominio, limita el suyo propio concediendo al comprador un derecho de configuración jurídica o potestativo para adquirir la propiedad siempre que esté dispuesto a satisfacer ciertos abonos, previamente establecidos, en tiempo y forma.*

Pero esto, que afirmamos como verdad, encuentra importantes trabas a la hora de afrontar las realidades prácticas:

- 1.º Porque contrariamente a los dictados del Código Civil, que alude a las condiciones potestativas como de cumplimiento por un tercero, el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, para el supuesto de aplazamiento de pago del precio, prevé la posibilidad de que a la falta de pago se le dé el carácter de condición resolutoria explícita. ¡Y eso que el pago depende de la voluntad del comprador, que, en definitiva, es deudor del precio! ¿Por qué no admitir—puede argüirse—que lo que vale para las condiciones resolutorias valga para las condiciones suspensivas, que nosotros venimos admitiendo como de posible registración?

- 2.º Porque llegado el momento de inscribir el acceso diferido a la propiedad (siempre que quede documentado en escritura pública), las reglas de inscripción tropiezan con la invasión demoledora de las condiciones.

En materia de condiciones, la confusión es grande; el Código Civil dice una cosa, la Ley Hipotecaria dice otra diferente—y nos parece que contraria—, y el Reglamento de Viviendas nos sale con un tercer género insospechado. Sin embargo, en la registración del acceso diferido a la propiedad, nuestra opinión es ésta:

- En la primera fase (compraventa con reserva de dominio hasta el completo pago del precio) debe rechazarse la aplicación del número 2.º del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria en lo que se refiere a las condiciones, aplicándose, en cambio, la norma del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario. En tal sentido, se inscribirá en el Registro el acto de compraventa y se publicará por los libros registrales una doble titularidad:
 - La del vendedor que sin perder el dominio limita el suyo durante el tiempo de vigencia de la posibilidad de pago en el comprador.
 - La del comprador en cuanto a su derecho potestativo, ejercitable al tiempo del cumplimiento total de su obligación, pero patente durante el tiempo intermedio, ya que en el transcurso de ese plazo limita, frente a todos, la ajena propiedad.
- En la fase final, cuando el comprador ha cumplido con sus compromisos, su adquisición es total. Basta con acreditar ese cumplimiento para que la adquisición se produzca con, sin o aun sin consentimiento del vendedor.

c) *La condición resolutoria en las transmisiones inmobiliarias.*
Puntualizaciones y aclaraciones.—El supuesto más interesante y heterodoxo de *condición resolutoria* en los contratos traslativos es el regulado en sus efectos hipotecarios por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

Repetimos que para nosotros es acto condicional el que, conteniendo todos los requisitos asignados por la Ley para su existencia, queda delimitado en su eficacia, por propia y espontánea voluntad de las partes, hasta el cumplimiento o incumplimiento de un evento futuro e incierto e *independiente de la voluntad creadora*.

Como quiera que el término «condición» es empleado por nuestras leyes con escaso rigor científico, no nos extraña observar cómo el artículo 11 de la Ley Hipotecaria impone una desviación sustancial respecto al 1.115 del Código Civil.

Art. 1.115 del Código Civil. "Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula... Si dependiere de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código."

Art. 11 de la Ley Hipotecaria. "La expresión del aplazamiento de pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita."

Comparando estos dos preceptos con la definición de acto condicional que hemos anticipado, se desprende:

- 1.º Que tal definición coincide con la idea lanzada por el artículo 1.115 del Código Civil.
- 2.º Que, por el contrario, no es coincidente con la del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, ya que, según esta última disposición, a la falta de pago puede dársele el carácter de condición resolutoria y ello es tanto como afirmar que el cumplimiento o falta de pago dependerá de la voluntad del deudor (comprador), persona diferente de la del tercero aludida por el Código Civil y por nosotros.

Creemos más ajustada a la idea histórica de condición la del Código, pero no pudiendo ignorar la desviación de la Ley Hipotecaria, es obligado ocuparnos de ella.

Art. 11. "La expresión del aplazamiento de pago... no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita."

Legislación anterior a 1944.

En vista de las dos acciones que al vendedor atribuía el Código, en los casos de precio aplazado (la de cobro, de efectos puramente personales, y la de resolución, con efectos frente a terceros adquirentes de mala fe o a título gratuito), se puso en tela de juicio si, en el ámbito hipotecario, esas dos acciones perjudicarían al tercero adquirente que hubiese inscrito su derecho, aun cuando el aplazamiento constase en el Registro tan sólo como una simple circunstancia de la inscripción de transferencia del dominio:

- Respecto a la acción de cobro, aparte posiciones aisladas (10), fue doctrina común la de que nunca afectaba al adquirente de la finca.
- En cuanto a la acción resolutoria, las dudas se suscitaron por obra y gracia del artículo 38 de la Ley de 1909:

(10) MARTÍNEZ MOREDA y BARRACHINA consideraron a la expresión del aplazamiento de pago en el Registro como una mención que, no pudiendo ser ignorada, afectaba a tercero.

Art. 38. "...No se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho por ninguna de las causas siguientes: ... 2.ª Por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripción haberse aplazado el pago."

De aquí dedujo ROCA SASTRE que, cuando en la inscripción constaba el aplazamiento del pago del precio, la acción de resolución correspondiente al vendedor afectaría al que, con posterioridad, adquiriese la finca. Habida cuenta de que el artículo 11 de la misma Ley exigía en toda venta de un inmueble con precio aplazado, la constancia en la inscripción de la forma y plazos en que se hubiere estipulado el pago resultaba que siempre perjudicaría al tercero adquirente la resolución de la venta, y ello sin necesidad de ser garantizado el pago del precio con hipoteca ni con una condición resolutoria.

Con razón SANZ FERNÁNDEZ entendió que tal posición confundía los efectos puramente personales de la venta (precio y aplazamiento) con los efectos reales (transmisión de la cosa). Lógicamente, estos últimos perjudicarían al tercero, pero no los primeros que, aun teniendo constancia en el Registro, no accederían a él como verdaderos derechos reales oponibles *erga omnes*.

Al relacionarse con las demás normas del sistema, el artículo 11 resulta bastante claro en la actualidad; pero por si quedare algún punto oscuro, la Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros se ha encargado de su interpretación:

Resolución de 3 de junio de 1961.—De sus considerandos pueden deducirse los siguientes aspectos, llenos de interés:

- a) Con la finalidad de que el vendedor no permaneciera indefinidamente ligado al vínculo contractual y recuperase su libertad si el comprador incumplía la obligación de pagar el precio nació en Derecho Romano el pacto comisorio, que logró extenderse después a toda clase de contratos sinalagmáticos y que, amparado por el Derecho Intermedio, acabó, merced al Derecho Consuetudinario, por estimarse sobrentendido, si bien la resolución no podía tener lugar sin pronunciamiento judicial. Este régimen pasó al Código francés y de aquí al artículo 1.124 del nuestro, pudiéndose observar cómo la falta de tecnicismo del Código patrio introduce este supuesto—verdadero presupuesto o *condictio iuris* de las obligaciones recíprocas—entre los preceptos reguladores de las obligaciones sometidas a *condictio facti*.
- b) Junto a este llamado pacto comisorio tácito, las partes pueden convenir una cláusula resolutoria expresa, al amparo de los artículos 1.255, 1.504 y 1.505, de evidente utilidad cuando permite la resolución de pleno derecho sin necesidad de la intervención del Juez, mediante la declaración de voluntad de

aquel de los contratantes que hubiere cumplido con todos sus compromisos.

- c) El artículo 11 de la Ley Hipotecaria vigente recoge en sus postulados ambas posibilidades (la del pacto comisorio tácito y la de la cláusula resolutoria expresa), aunque con diferente efectividad hipotecaria:
 - El efecto resolutorio tácito del artículo 1.124 del Código no produce efectos en perjuicio de tercero (a esto conduce la mera expresión del aplazamiento del pago).
 - La cláusula resolutoria expresa del artículo 1.504 del mismo Código producirá efectos *erga omnes* (ya que a ella se refiere el artículo 11 cuando habla de dar a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita) (11).

Ante el desviacionismo de la Ley Hipotecaria, la Dirección General de los Registros se muestra conciliadora e intenta coordinar la heterodoxia de aquella Ley en su artículo 11 con la ortodoxia del Código Civil en sus artículos 1.115, 1.124, 1.504 y 1.255. No obstante, conviene aclarar ideas:

- 1.º El tan repetido artículo 1.115 del Código Civil niega a la falta de pago, cuyo cumplimiento depende de la voluntad del deudor (comprador en este caso), el carácter de condición.
- 2.º El artículo 1.124 del mismo Código podría inducir a error a estar encuadrado entre los preceptos que regulan las obligaciones condicionales (error que puede paliarse un tanto si consideramos que el precepto queda inmerso en la sección que trata de las «obligaciones puras» y de las condicionales), pero de lo que no cabe duda es de que su contenido resulta conforme con los dictados de los artículos 1.113 y siguientes. El artículo 1.124 no regula ningún acto condicional:
 - a) Porque las condiciones nunca se entienden implícitas e las obligaciones (por muy recíprocas que sean), sino que han de ser pactadas libre y expresamente por los interesados.
 - b) Porque la condición resuelve por sí misma, de modo

(11) Resoluciones de 13 y 18 de junio y 27 de septiembre de 1962: gramatical y jurídicamente, las condiciones resolutorias explícitas y expresas tienen idéntica significación; y Resoluciones de 16, 19 y 29 de diciembre de 1963 y 11 de enero de 1964: la cláusula del título en que se establezca la condición resolutoria no necesita el empleo de los términos explícita o expresa si la voluntad resolutoria resulta clara e indudable.

automático, sin necesidad de que uno de los interesados se atribuya la facultad de resolver la obligación en el momento en que surja el incumplimiento por la otra parte. La resolución está pactada de antemano en la condición no como una facultad posterior, sino como una consecuencia automática.

Por todo ello, el artículo 1.124 cuida mucho de no emplear el término «condición», sino términos bien diferentes (facultad de resolver, exigir el cumplimiento o la resolución, pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento).

3.º El artículo 1.504, para la compraventa de bienes inmuebles, sigue siendo consecuente con los preceptos anteriores. Como tienen declarado las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero y 9 de marzo de 1950, prevé implícitamente dos supuestos (12):

Primero: Compraventa con precio aplazado sin cláusula resolutoria expresa. Rige para este supuesto la norma básica y general del artículo 1.124 y, además y únicamente, la necesidad de requerimiento judicial o notarial previsto en el artículo 1.504. Avala esta opinión la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1946: «Este artículo —dice la mentada Sentencia— hace derivar el incumplimiento no sólo de la mera falta de pago, sino, además, de que, producido este hecho, el vendedor haya manifestado al comprador su propósito decidido de resolver el contrato, manifestación que habrá de realizarse mediante un requerimiento judicial o notarial y previo a la interposición de la demanda que se haya de promover para que la resolución se declare.»

Segundo: Compraventa con aplazamiento de pago y establecimiento de cláusula resolutoria expresa. Para este supuesto rige íntegramente el artículo 1.504 y no el 1.124. Así se desprende de las sentencias de 28 de enero y 9 de noviembre de 1944.

S. de 28 de enero de 1944.—En este artículo se atiende a un supuesto pacto resolutorio expreso referido precisa y exclusivamente a la compraventa de inmuebles.

(12) Las SS del T. S. de 9 de febrero y 9 de marzo de 1950 tienen declarado: la aplicación de este artículo tiene lugar en la compraventa con pacto comisorio expreso o sin él.

S. de 9 de noviembre de 1944.—Es este artículo regulador del pacto comisorio, por el cual se estipula que si el comprador dejara de pagar alguno de los plazos del precio, el vendedor podrá dar por rescindido el contrato.

Pero nótese cómo en la redacción del artículo 1.504 no se incluye para nada el término «condición», sino que partiendo de un presupuesto llega a una conclusión a través de un procedimiento, extraño todo ello a la figura de la condición:

Presupuesto: Falta de pago del precio en el tiempo convenido. Consecuencia (también pactada por las partes): Resolución de pleno derecho del contrato.

Procedimiento (establecido por la Ley): El comprador podrá pagar mientras no sea «requerido» judicial o notarialmente por el vendedor (13).

A todo ello llega el precepto comentado, porque el legislador decimonónico sabía que la condición cuyo cumplimiento dependiera de la voluntad del deudor es nula. De ahí que no incurra en el error de llamar condición a lo que, por principio, no lo es, aunque, a la postre, sus efectos vengan a asimilarse, en cierto modo, con los de las condiciones, un tanto paliados, sin embargo, en favor del comprador.

Así, pues, no nos parece que el artículo 1.504 contenga ningún supuesto de condición resolutoria. Es la Ley Hipotecaria la que, en el artículo 11, ha confundido los términos.

- 4.º El artículo 1.255 permite la libertad de pactos en las obligaciones, luego cabe la posibilidad de que en un contrato de compraventa, del que emanan obligaciones para ambas partes, éstas pacten libremente el establecimiento de una condición ajustada a las normas contenidas en los artículos 1.113 y siguientes. A mayor abundamiento, el artículo 1.506 dice que la compraventa se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, esto es, incluso por cumplimiento de una condición resolutoria.
- 5.º La Dirección General de los Registros tuvo también algo que decir al respecto, y lo dijo en Resolución de 8 de enero de 1921: «Las estipulaciones relativas a prestaciones esenciales, como es la del precio en la compraventa, no producen los

(13) Sentencias del T. S. de 3 de julio de 1917, 30 de mayo de 1942, 11 de noviembre de 1943 y 28 de enero de 1948: "El requerimiento a que alude este artículo tiene el valor de una intimación concreta que no se refiere al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo de extinguirla.

efectos de las condiciones propiamente dichas, y si bien en una terminología poco recomendable se suelen denominar así, deben ser relegadas al campo de las condiciones impuras y producir en cada caso las consecuencias específicas determinadas por los preceptos legales aplicables al tipo contractual.»

Es tan grande la confusión que muestran la doctrina y los textos legales en materia de condiciones, que no nos causa extrañeza ver cómo a la hora de las realizaciones concretas, es decir, a la hora de pretenderse la inscripción de un acto condicional, se llegan a situaciones «condicionales» de perfiles oscuros.

Presentamos como muestra de esa confusión estos dos modelos de cláusula resolutoria, muy frecuentes en escrituras de compraventa, que intentan su acceso a los libros registrales:

Primer modelo.—La falta de pago de un plazo por parte del comprador facultará al vendedor para resolver el presente contrato de compraventa previo requerimiento notarial, perdiendo el comprador las cantidades entregadas, así como debiendo indemnizar los daños y perjuicios que origine tal incumplimiento a la parte vendedora.

Segundo modelo.—La falta de pago de uno cualquiera de dichos plazos sujeta la venta a condición resolutoria. Y para que se dé contra tercero los otorgantes solicitan del señor Registrador de la Propiedad lo haga constar así en la inscripción de la finca a nombre del comprador, considerándose resuelta la venta una vez transcurridos ocho días desde que el vendedor requiera fehacientemente de pago al comprador y éste no haya satisfecho dentro del expresado plazo la cantidad adeudada y reclamada.

A nuestro modo de ver, la diferencia entre uno y otro modelo es palpable:

El primero responde íntegramente a la llamada del artículo 1.124 del Código Civil y como se da la coincidencia que esa facultad de resolver, proclamada expresamente en el pacto, se entiende implícita en las obligaciones recíprocas (por así establecerlo el repetido artículo 1.124), quiere decir que con pacto expreso o sin él, esa facultad existe por cuanto se halla reconocida por las leyes y, lógicamente, no debe ser inscrita en el Registro. Empero, presenta ese pacto una especialidad no reconocida por la Ley, pero tampoco prohibida por ella: el comprador perderá las cantidades que hubiere entregado al vendedor (la Ley proclama con carácter dispositivo que en caso de resolución cada interesado debe devolver lo que hubiese percibido de la otra parte).

Pero he aquí que ese pacto no tiene ni puede tener trascendencia real, sino que sus efectos se limitan a los dos interesados que lo establecieron, luego no puede inscribirse y, por ende, no puede justificarse la inscripción de toda la cláusula para salvar la de ese pacto concreto dentro de ella.

El segundo modelo se ajusta en su espíritu a los dictados del artículo 1.504 del Código Civil, y en su forma incorrecta, a los de la norma 11 de la Ley Hipotecaria:

- El espíritu es el de la cláusula resolutoria del artículo 1.504, mejorada en favor del comprador, por cuanto se amplían sus posibilidades de pago hasta transcurridos ocho días desde el requerimiento que se le hiciere.
- La forma es la del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, al atribuir carácter de condición a esa cláusula resolutoria.

Pero prescindiendo de la terminología incorrecta que presenta el pacto reseñado, lo cierto es que su inscripción se hace necesaria, pero no como condición (ya que dependiendo el pago del precio de la voluntad del deudor, tal condición es nula, según lo dispuesto en el artículo 1.115 del Código Civil), sino como verdadera cláusula resolutoria con efectos trascendentes a tercero. El artículo 11 de la Ley Hipotecaria ha preferido acogerse a la condición y, por ello, ha resultado ser tan conformista como la doctrina y la gran parte de la jurisprudencia. Tal vez pensase el legislador: ¿Todo lo suspendido o resoluble hasta o en un tiempo futuro es condicional?, pues no se hable más: sólo se inscribe lo que aparezca bajo el nombre de condición, aunque la suspensión o resolución no tenga nada que ver con la condición e incluso sea contraria a sus moldes, conforme a las leyes civiles. Y preguntamos nosotros: ¿Es que una cláusula resolutoria como la permitida por el artículo 1.504 del Código Civil, que tiende a producir efectos frente a terceros, no puede tener acceso al Registro de la Propiedad más que a través de su desvirtuación como condición resolutoria? ¿Si el artículo 11 de la Ley Hipotecaria permite la registración de una condición que no es tal conforme al Código, cómo no ha de permitir la inscripción de una cláusula resolutoria cuyo contenido es el mismo? ¿Tan difícil le hubiese sido al legislador acomodarse a la redacción del artículo 1.504 del Código Civil y hablar correctamente de cláusulas resolutorias y no de «condiciones» que resultan ilegales?

B) LA CONDICIÓN EN LOS ACTOS DE GRAVAMEN

Regula la Ley en su título V, relativo a las hipotecas, la constitución sobre bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas (art. 107, 10.º) y

la en garantía de obligaciones sometidas a condiciones suspensivas o resolutorias (art. 142).

No corresponde a este lugar hacer un estudio de cualquiera de esas dos modalidades de la garantía hipotecaria, y por ello aludiremos tan sólo a lo que, con carácter general, nos da idea del reflejo registral de las condiciones en tales actos de gravamen.

Para comenzar, digamos cómo no es concebible, sino de un modo excepcional, una hipoteca condicionada *per se*. La condicionalidad de la hipoteca vendrá impuesta o porque los bienes sobre que recae la garantía están sometidos a una condición resolutoria expresa o porque las obligaciones que se garantizan quedan limitadas por condiciones suspensivas o resolutorias. En tal sentido, la Dirección General de los Registros ha venido rechazando, con más o menos vigor, esas hipotecas condicionales no establecidas *per accidens*:

- En alguna ocasión (Resolución de 24 de enero de 1916) el Centro Directivo se pronuncia por un rechazo total.
- En otras (Resoluciones de 16 de marzo de 1929 y 12 de marzo de 1936) abre algún resquicio, que permite su validez.

Resolución de 24 de enero de 1916.—SUPUESTOS DE HECHO. En escritura de 6 de abril de 1914, autorizada por el mismo Notario recurrente, se constituye una hipoteca en garantía del capital prestado, intereses y costas “en la forma que se dirá, sobre las siguientes fincas: Primera. De un modo puro, desde este momento, y por todas las responsabilidades que acaban de indicarse, sobre toda aquella heredad denominada... Segunda. De un modo condicional y suspensivo, por la cantidad que no alcanzara a cubrir en su día el importe de la finca primera que acaba de hipotecarse y hasta el límite máximo de la total responsabilidad por capital, intereses y costas, pero desde ahora tan sólo condicional y suspensivamente, o sea, por si llega el caso de que el importe obtenido de la primera finca no alcanzara a cubrir la total responsabilidad que se acaba de asignar y, subsidiariamente, para cuando dicho caso llegue a ocurrir, constituye hipoteca sobre la casa número...

CONSIDERANDOS: 1.º Las facilidades concedidas por la Ley Hipotecaria para el aseguramiento de cuentas corrientes, responsabilidades de cuentas futuras y obligaciones condicionales, no dan fundamento a la inscripción solicitada, toda vez que, sin desnaturalizar el carácter de la hipoteca, no puede constituirse como no sea para asegurar algún crédito actual, eventual o futuro, y ha de admitirse que en el caso presente las dos fincas garantizan una misma obligación principal, lo que produce como necesaria consecuencia la distribución de la responsabilidad, o ha de sostenerse que la segunda sólo es un seguro contra la contingencia del menor valor de la primera, suposición inadmisibles dadas las limitaciones de tiempo y riesgo propias del contrato de seguro; o una fianza de otra de carácter real, figura jurídica que no cabe dentro del articulado del Código Civil. 2.º Si bien el artículo 142 de la repetida Ley autoriza la constitución de hipotecas en garantía de obligaciones sujetas a condición, no permite la de tales hipotecas condicionales, como tampoco los Principios Generales del Derecho autorizan que valga como condición lo que como prestación se prohíbe.

Resolución de 16 de marzo de 1929.—La Ley Hipotecaria ha prohibido las hipotecas solidarias y las subsidiarias, es decir, las que gravan simul-

táneamente o sucesivamente con el mismo crédito y sin distribución de su cuantía a varios inmuebles, no porque sean nulas radicalmente (y así lo demuestra el contenido del artículo 123 al permitir que el acreedor repita por la totalidad de la suma garantizada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido otra), sino por no aminorar el crédito territorial del deudor ni proteger las immoderadas exigencias de los prestamistas, que, no contentos con garantías firmes y de éxito seguro, multiplican, sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial, las dificultades del préstamo con hipoteca, y como la aplicación de estos razonamientos al caso discutido resulta notoriamente inadecuada, ya que la finca es única, los acreedores son el Instituto Nacional de Previsión y la Caja Extremeña de Previsión Social, y el exclusivo objeto de la operación, el de fomentar la construcción de escuelas nacionales, ha de negarse oportunidad y valor jurídico al último extremo de la nota recurrida (es decir, al defecto encontrado por el Registrador de que "apareciendo la hipoteca como subsidiaria es nula").

Resolución de 12 de marzo de 1936.—Al constituirse la mujer fiadora y solidariamente responsable de la parte que no alcance a cubrir la hipoteca de su marido, constituyendo fianza hipotecaria sobre la finca que ya hipotecó con éste, es indudable que tanto la hipoteca principal como la subsidiaria tienen por finalidad el aseguramiento de un solo crédito, impidiendo al tercer adquirente de la finca dada ahora en garantía saber con seguridad las responsabilidades que por tal concepto se pueden hacer efectivas sobre ella.

Un supuesto de gran interés, dada su frecuencia, es el que proporcionan las hipotecas constituidas en favor del Banco Hipotecario de España.

En ellas se impone al deudor por la entidad acreedora que el capital del préstamo no ha de ser entregado hasta tanto no se cumplan una serie de requisitos:

- Unos, que obligan al deudor a la aportación de certificaciones registrales, recibos de contribución y otros datos, sin que por ello obtenga derecho alguno a la percepción del préstamo.
- Otros, que permiten al acreedor valorar los datos recibidos para considerarse satisfecho o insatisfecho, concediendo o no el préstamo solicitado, según el grado de satisfacción.

Pero mientras el deudor cumple su compromiso (para cuya ejecución tiene el plazo de un mes contado desde el otorgamiento), la escritura de constitución de hipoteca tiene acceso al Registro de la Propiedad en garantía de una obligación «pendiente de una condición suspensiva», esto es, no nacida.

He aquí la estipulación del Banco Hipotecario de España a que hacemos referencia: "*Condición suspensiva, su cumplimiento y entrega del capital del préstamo.*—Segunda. El capital del préstamo se entregará por el Banco cuando, a satisfacción de éste, la parte prestataria cumpla lo que se establece en la presente condición por la cual queda obligada:

- I) A entregar al Banco, inscrita en el Registro de la Propiedad, la primera copia que de esta escritura se ha de dar al mismo.
- II) A entregarle también una certificación de la misma oficina que acredite respecto a la finca que se hipoteca los extremos siguientes:
 - A) La libertad de gravámenes o las cargas de cualquier clase que se hayan inscrito o anotado desde hasta el acto de la inscripción de esta escritura y que se encuentren vigentes, según los asientos del Registro.
Si alguna de dichas cargas hubiese sido objeto de transmisión o estuviere afecta a cualquier responsabilidad, se hará suficiente mención de estas circunstancias.
 - B) Las limitaciones de dominio y las condiciones o acciones resolutorias o rescisorias impuestas sobre la finca en el indicado período de tiempo y que estén en vigor, según los expresados asientos del Registro.
 - C) Que de los antecedentes del Registro no aparece limitada la capacidad civil del actual dueño en cuanto a la libre disposición de sus bienes.
- III) A consentir que la totalidad del préstamo, con la cantidad necesaria en su caso que supla el prestatario o la parte que sea preciso, se destine con intervención del Banco a cancelar cualquier gravamen que por cualquier causa pudiese resultar contra la finca, consintiendo a este propósito que el Banco tome cuantas precauciones juzgue oportunas para su seguridad, sin perjuicio de que se adopte como mutuo acuerdo cualquier otro medio que deje a salvo sus intereses.
- IV) A consentir también que se practique una liquidación o abono de intereses del préstamo correspondiente por el tiempo que medie entre el día que se firme el acta notarial de que se hará mérito en esta misma condición y el que se determina en la siguiente como fecha desde la cual ha de empezar a contarse la duración del préstamo. En esta liquidación se comprenderá la cantidad alzada que se calcule para atender al pago de los impuestos exigibles, en su caso, por la operación y demás gastos que se consideren necesarios a los efectos de esta escritura.
- V) A presentar los recibos de los cuatro últimos trimestres de contribución.

La presente condición suspensiva se considerará cumplida cuando el Banco haga la entrega del capital del préstamo, la cual se acreditará por acta notarial para que una vez inscrita la misma surta la hipoteca constituida a favor del Banco sus efectos contra tercero desde la fecha de la inscripción de esta escritura.

Si transcurriera el término de un mes, contado desde hoy, sin haberse formalizado el acta notarial referida, podrá el Banco rescindir este contrato."

Precisemos algo más:

- a) *La hipoteca no se halla condicionada.*—Aunque la obligación todavía no existe, la seguridad real en que la hipoteca consiste ha surgido ya; por eso se inscribe en el Registro de la Propiedad garantizando una obligación en vías de constitución.
- b) *La obligación tampoco es condicional.*—En la relación jurídica de préstamo deben diferenciarse dos momentos:

1. El primero tiene lugar en la fase inicial de la relación jurídica que intenta crearse, esto es, cuando el prestamista aún no ha entregado el capital del préstamo. En esta fase, el único obligado es el prestamista. La obligación del prestatario de devolver lo prestado todavía no ha surgido, por cuanto falta el presupuesto de la devolución: la percepción del capital que ha de ser devuelto en su día.
2. El segundo período surge cuando el prestamista cumplió con su obligación entregando el capital del préstamo, en cuyo caso los papeles se han cambiado: el prestamista se convierte en acreedor a la devolución del capital y el prestatario es deudor de tal devolución.

No cabe duda de que el supuesto que contempla la estipulación segunda que comentamos es el de la fase inicial del préstamo, ya que no habiéndose entregado el capital, el prestamista todavía resulta deudor de la entrega.

Sentadas así las cosas, se estipula que la obligación de entrega del capital se hace depender de una «condición», y precisamente aquí es donde, a nuestro juicio (14), se halla el error. Si se tratase de verdadera condición, la obligación del prestamista de entregar el capital del préstamo se supeditaría al acaecimiento de un suceso futuro e incierto, cuyo cumplimiento dependería de un hecho casual o de la voluntad de un tercero. Pero las cosas se complican, ya que el cumplimiento del evento no depende de un suceso fortuito ni tampoco de la voluntad de un tercero, sino de la voluntad del que tiene derecho a recibir el capital: el prestatario (que en la fase inicial de la relación adopta la posición de acreedor y que, lógicamente, no es tercero). ¿No es, pues, un contrasentido hablar aquí de condición cuando, en realidad, estamos en presencia de un acto jurídico en formación?

No obstante, la posición de la entidad oficial prestamista responde a un criterio usual y práctico: como es costumbre pensar que todo lo suspensivo es condicional, ¿por qué no configurar a la obligación como sometida a una condición suspensiva si su inscripción es posible al amparo del artículo 142 de la Ley Hipotecaria? Claro que también podía haber pensado que al amparo del artículo 142 también caben las obligaciones futuras, igualmente inscribibles.

(14) En línea coincidente, véase trabajo en *R. C. D. I.*, núm. ., de RUIZ MARTÍNEZ.

De todos modos, rechazar nuestras leyes la hipoteca independiente y admitir a registraci3n una hipoteca en garantía de obligaciones futuras, no deja de ser un perfecto galimatías.

De esta guisa nos encontramos con otro supuesto más, que prueba cómo el confusionismo reinante en las tres fuentes más importantes del pensar jurídico, cuales son la doctrina, la jurisprudencia y la Ley, producen efectos devastadores cuando se trata de dar a la ciencia del Derecho una realizaci3n práctica.

CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES: FORMA DE ACREDITARSE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Contiene nuestra legislación una norma general enmarcada en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y algunas disposiciones especiales esparcidas por la Ley y por el Reglamento (art. 142 L. H.; arts. 56, 59, 175-6.º, 238 y 239 R. H.).

Art. 23 de la Ley Hipotecaria.—"El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisici3n del derecho, bien por medio de una inscripci3n a favor de quien corresponda, si la resoluci3n o rescisi3n llega a verificarse."

Sus precedentes.—Igual de erróneo, si se quiere, pero más claro de exposici3n, el artículo 16 de la Ley de 1909 sirve de antecedente al 23 de la actual.

Art. 16.—"El cumplimiento o incumplimiento de las condiciones suspensivas y el no cumplimiento de las resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos se hará constar en el Registro por medio de una nota marginal.

... ..

El cumplimiento de las condiciones resolutorias o rescisorias se hará constar por una nueva inscripci3n a favor de quien corresponda."

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han ocupado de aclarar los términos enrevesados del artículo 23.

Estima ROCA SASTRE que el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones requerirá los siguientes asientos registrales:

- *Condiciones suspensivas* —Su cumplimiento debe hacerse constar en el Registro por nota marginal; su incumplimiento, por cancelaci3n del asiento del adquirente
- *Condiciones resolutorias.*—Su cumplimiento tendrá constancia en el Registro a través de uno de estos dos asientos: inscripci3n en favor de quien corresponda, si se trata de actos traslativos, o asiento de cancelaci3n, si se refiere a actos constitutivos de gravamen. El incumplimiento se publicará, en todo caso, por nota marginal.

Para nosotros—como más adelante intentaremos razonar—, los asientos que provocan el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones no pueden ser otros que los que a continuación citamos:

- Nota marginal para publicar registralmente el cumplimiento de las condiciones suspensivas o el incumplimiento de las resolutorias.
- Asiento de cancelación para acreditar *erga omnes* el incumplimiento de las primeras o el cumplimiento de las segundas. Cancelando el asiento del adquirente revivirá en toda su integridad el del transmitente.

Como puede verse, nuestras afirmaciones no quedan en su totalidad avaladas por el artículo 23:

Nuestra idea coincide con la del precepto citado cuando se trata de cumplimiento de condiciones suspensivas o incumplimiento de condiciones resolutorias: nota marginal.

No coincide cuando se trata de acreditar el incumplimiento de condiciones suspensivas o el cumplimiento de condiciones resolutorias:

- Nueva inscripción a favor de quien corresponda (art. 23 de la Ley Hipotecaria).
- Asiento de cancelación, según nuestra postura.

Si la legislación hipotecaria, en conjunto, fuese consecuente con la norma básica del artículo 23 nada tendríamos que objetar y deberíamos plegarnos a sus disposiciones; pero así como el Reglamento Hipotecario se ocupa de desarrollar el artículo 23 en materia de cumplimiento de condiciones suspensivas o incumplimiento de las resolutorias (art. 56, que establece los requisitos de las notas marginales extensibles, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley), y así como se ocupa también del cumplimiento de las condiciones resolutorias que provocan la destrucción de la relación jurídica creada (art. 59, en general), resulta curioso y significativo observar cómo ni la Ley ni el Reglamento—después de la declaración general de aquélla—vuelven a ocuparse del incumplimiento de las condiciones suspensivas, tal vez por pensar que siendo un supuesto de consecuencias similares al del artículo 59, sus normas valen para él.

Así es que volvemos al punto de partida de otras ocasiones: a todas las pruebas de confusionismo legislativo ya apuntadas debe añadirse esta otra que acaba de señalarse.

Ante la falta de norma concreta que regule el supuesto incumplimiento de las condiciones suspensivas parece que debe regir el general del artículo 59 del Reglamento aplicable al cumplimiento de las reso-

lutorias, imponiéndose *una nueva inscripción a favor de quien corresponda*, porque así lo dice el artículo 23 de la Ley e implícitamente y por extensión lo complementa el 59 de su Reglamento. Ante esta situación, nuestra postura de invocar un asiento de cancelación para todos aquellos supuestos en que se provoque la resolución de la relación jurídica creada (incumplimiento de condición suspensiva o cumplimiento de la resolutoria) se debe venir abajo. Pero, en realidad, si la confusión legislativa quedare reducida a esto, todavía podrían tener defensa los textos legales; lo malo es que la confusión es más profunda aún:

- 1.º Por un lado, como ya se ha visto, el artículo 23 de la Ley Hipotecaria habla de inscripción a favor de quien corresponda para el incumplimiento de las condiciones suspensivas y ya no se vuelve a ocupar del supuesto, ni la Ley ni el Reglamento.
- 2.º Por otro, y para el caso de cumplimiento de las condiciones resolutorias, el artículo 23 establece esa nueva inscripción a favor de quien corresponda, y el artículo 59 de su Reglamento lo corrobora, pero después este Reglamento se desdice, y así:
 - La forma de acreditarse el cumplimiento de una condición resolutoria en las hipotecas se realiza a través de una *cancelación* (art. 239 del Reglamento Hipotecario).
 - La forma de acreditarse la resolución de una venta sometida a condición resolutoria es a través de un asiento de cancelación (art. 175, regla 6.ª).

Como la contradicción sustancial parece estar entre los artículos 59 y 175 del Reglamento, las espadas quedan en alto respecto al asiento practicable, en tanto no sean examinados ambos preceptos.

Art. 59.—“Si en la venta de bienes inmuebles o derechos reales se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tenga lugar de pleno derecho la resolución del contrato, será necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su causahabiente que se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta y se acompañe el título del vendedor.”

Sus precedentes.—Deriva del artículo 97 del Reglamento de 1915:

Art. 97.—“Si en la venta de bienes inmuebles o derechos reales se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tenga lugar de pleno derecho la resolución del contrato, será necesario para verificar la nueva inscripción a favor del ven-

dedor o de su causahabiente que se haga constar el *requerimiento* judicial o notarial al comprador."

El artículo 1.504 del Código Civil, de donde fue tomado el 97, faculta al comprador para pagar—aun habiendo transcurrido el plazo—, "ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá conceder nuevo término".

En la legislación anterior a 1944 podía plantearse la duda de si el requerimiento exigido por el artículo 1.504 del Código Civil, y mantenido por el artículo 97 del Reglamento de 1915, era un requerimiento de pago hecho por el vendedor al comprador o una simple notificación de resolución de la venta. El Tribunal Supremo aclaró la cuestión considerando que rectamente interpretado el artículo 1.504 del Código no puede afirmarse que el requerimiento de que se habla se refiera al pago del precio convenido, sino que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinción (Sentencia de 3 de julio de 1917, confirmada por otras de 30 de mayo de 1942, 1 de mayo de 1946 y 9 de marzo de 1950).

Poniéndose a la par con la jurisprudencia, el artículo 59 del Reglamento vigente deja claras las cosas al sustituir la expresión «requerimiento», empleada por el Código Civil y por el Reglamento de 1915, por la más técnica de «notificación» y especificar el contenido de ésta: quedar resuelta la venta.

Adoptando un excesivo formalismo introduce el artículo 59, en relación con el 97 del Reglamento anterior, otra innovación más: la de exigir el título del vendedor para el logro de la «reinscripción». Pero contrariamente a lo que opina LA RICA (15), tal exigencia nos parece excesiva:

- 1.º Porque a pesar de los dictados del artículo 76 de la Ley Hipotecaria, la inscripción primitiva del transmitente, lejos de ser cancelada por el hecho de la transmisión del inmueble, lo que produce es un cambio de titularidad (y no de un modo absoluto, sino con posibilidades de resolución o de readquisición). Prueba de que aquella inscripción no desaparece, sino que

(15) Dice LA RICA: "Esta exigencia es lógica. La inscripción primitiva del enajenante quedó cancelada en virtud de la transferencia como corolario ineludible de la enajenación con precio aplazado e inscripción del derecho del adquirente. Aunque se resuelva el derecho de éste y quede registralmente revocada su adquisición, no es posible que reviva automáticamente aquella primitiva inscripción, y se hace necesario practicar otra nueva. Para ello, se requiere un título que no puede ser otro sino el mismo que en su día acreditó el derecho del enajenante, complementado por el acta notarial o judicial de la notificación y, en su caso, por los documentos que justifiquen el derecho del causahabiente." *Comentarios a R. H.*, tomo II, págs. 92 y sigs.

opera como presupuesto de la siguiente, es que todos los datos físicos de la finca, así como todas las limitaciones y todos los derechos que sobre ella pesaban no modificados por el cambio de titularidad, no se hacen constar en la nueva inscripción (artículo 51 del Reglamento Hipotecario), sino que quedando consignados en la primitiva serán arrastrados por las posteriores.

2.º Porque aun existiendo un cambio de titularidad debe tenerse presente que la del transmitente no está totalmente perdida ni la del adquirente por completo ganada, sino que una y otra dependen del cumplimiento o incumplimiento de la condición. Ocurrido el evento resolutorio, la resolución de la titularidad del adquirente se produce registralmente cuando ante el Registro se acredite ese cumplimiento. Presentados los documentos justificativos de tal extremo procederá la cancelación de la última inscripción, y cancelada ésta revivirá con toda su fuerza la primitiva del transmitente.

3.º Porque si en nuestro sistema los asientos se practican mediante extracto del título, y el que ahora se presenta fue extractado ya y consignado en la inscripción de quien transmitió después resolublemente, ¿qué otros nuevos datos pueden extraerse de él que no consten en el Registro y no revivan con la cancelación de la inscripción de transferencia condicional?

Más consecuente que el artículo 59 es el 175, regla 6.ª, del mismo Reglamento, de cuyo texto, a pesar de su defectuosa redacción, pueden extraerse consecuencias positivas:

Art. 175.—“... La cancelación de las inscripciones cuya existencia no dependa de la voluntad de los interesados en las mismas, se verificará con sujeción a las reglas siguientes:

... 6.ª Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto.

Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación.”

Aunque defectuosamente, alude el precepto a dos clases de actos: uno, condicional (constitutivo de una condición que después se re-

suelve), y otro, de prioridad condicionada, es decir, pleno en sí mismo, pero sometido a las resultas de una condición anterior inscrita en el Registro.

- a) *Acto condicional*.—En la venta de bienes libres o constitución de derechos reales sobre ellos, cuya adquisición definitiva se someta a un evento resolutorio, el cumplimiento de la condición será consignado en el Registro, para lo cual el artículo 175 fija una serie de requisitos y determina unas consecuencias.

Requisitos:

- Que la causa de la rescisión o nulidad consten en la inscripción de transferencia.
- Que la rescisión o nulidad hayan tenido lugar.
- Que al Registro se presenten los documentos acreditativos de que esa rescisión o esa nulidad se han producido.
- Que, igualmente, se presenten aquellos otros que justifiquen la consignación en un establecimiento bancario o caja oficial del valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones procedentes en su caso, haya de ser devuelto.

Consecuencias:

- La inscripción podrá ser cancelada sin consentimiento del titular.
- b) *Acto de prioridad condicionada*.—En el supuesto anterior (acto condicional) el adquirente de los bienes puede enajenarlos o gravarlos, pero la transmisión o gravamen que haga queda pendiente de la resolución de su propio derecho. En consecuencia, el adquirente de esos bienes sujetos a condición resolutoria obtiene una titularidad resoluble, que se extinguirá por cancelación cuando desaparezca la titularidad de donde traiga causa.

* * *

En la lucha entre los artículos 59 y 175 del Reglamento nos inclinamos a favor de este último, como más ortodoxo y completo. Sólo falta poner en relación coordinada al artículo 175 del Reglamento con el 23 de la Ley Hipotecaria, ya que este último habla de efectuarse «una nueva inscripción a favor de quien corresponda si la resolución o rescisión llega a verificarse».

¿Cabe interpretar en sentido gramatical este último precepto, de modo que para publicar registralmente el cumplimiento de las condiciones resolutorias haya de ser extendido el asiento de inscripción o igual asiento para el incumplimiento de las suspensivas? Si esa es la única interpretación viable habremos de considerar que cuando el artículo 239 del Reglamento habla de asiento de cancelación para extinguir las hipotecas constituidas en garantía de una obligación condicionada resolutoriamente (si la condición se hubiese cumplido) está contraviniendo a la Ley. Asimismo, deberemos admitir que los únicos asientos practicables en el Registro de la Propiedad son los de inscripción y los de anotación, ya que a ellos solos se refiere el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria.

Creemos más lógico pensar que todo el cúmulo de defectos introducidos por el legislador en materia de condiciones y, concretamente, en el artículo 23 de la Ley, se ve aumentado por otro más: la ambigüedad del término «inscripción» que la norma emplea. En este precepto, como en tantos otros (recuérdese el 1.º de la Ley), el legislador utiliza la palabra «inscripción» como sinónimo de registración y por ello es posible reconocer dentro del artículo 1.º que los asientos practicables en el Registro son los de inscripción en sentido estricto, anotación, nota marginal y cancelación, amén del de presentación, y por eso es factible admitir que en el artículo 23 el cumplimiento de la condición resolutoria y el incumplimiento de la suspensiva se hace constar en el Registro por medio de un asiento de cancelación, que, en definitiva, en una registración consistente en «desinscribir», es decir, desandar lo andado.

El terreno es muy resbaladizo al tratar de las condiciones; el confusionismo de la doctrina científica es palpable; la contradicción entre los diferentes textos legales que se ocupan de esta cuestión, patente, y la disparidad de criterios de la jurisprudencia, significativa, ¿qué puede hacer, por tanto, el intérprete aislado, sino intentar, como pueda, la construcción de una idea que sirva, al menos, como expresión de rebeldía ante el caos de condiciones y pseudocondiciones?

*Seminario de Derecho Hipotecario de
Valladolid-Salamanca*

Ponente: JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA

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

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

6. EL RECURSO GUBERNATIVO SÓLO PROCEDE CONTRA LA NOTA CALIFICADORA POR LA QUE SE DENIEGA O SUSPENDE EL ASIENTO SOLICITADO Y NO CUANDO LOS TÍTULOS CAUSARON YA SUS RESPECTIVOS ASIENTOS, PORQUE ÉSTOS ESTÁN BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES Y PRODUCEN TODOS SUS EFECTOS MIENTRAS NO SE DECLARE SU INEXACTITUD EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN LA LEY. ÉSTA DOCTRINA ES APLICABLE AL CASO EN QUE EL REGISTRADOR ANOTE UNA DEMANDA ANTES DE INSCRIBIR UNA VENTA, BASÁNDOSE EN QUE SI BIEN LA VENTA FUE PRESENTADA ANTES QUE EL MANDAMIENTO DE ANOTACIÓN, NO LO FUE ANTES QUE UNA SOLICITUD DE RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO POR ERROR, CUYA CALIFICACIÓN ORIGINÓ RECURSO GUBERNATIVO, Y QUE TENÍA SUSTANCIALMENTE LOS MISMOS PEDIMENTOS QUE LA DEMANDA JUDICIAL.

Resolución de 17 de diciembre de 1971 («B. O. del E.» de 5 de febrero).

Antecedentes de hecho.—La Sociedad de San Francisco de Sales—Congregación Salesiana—adquirió en 1908, a través de personas interpuestas, por donación de la familia Rojas Moreno, un terreno, luego permutado

por otro, ambos sitios en Alicante, para edificar sobre el último un colegio dedicado a la enseñanza gratuita conforme a la doctrina católica. Posteriormente, al amparo de la Ley de 11 de julio de 1941, se siguió procedimiento para poner la titularidad a nombre de su verdadero dueño—la Congregación Salesiana—, dictándose Sentencia que así lo ordenaba y en la que se afirmaba que no constan gravámenes, aunque en la inscripción primera figuraban determinadas condiciones establecidas para asegurar el destino señalado a la finca donada. Al inscribirse la Sentencia, quizá por entender que así se daba cumplimiento al mandato judicial que expresaba no existían gravámenes, desaparecieron del Registro las condiciones señaladas existentes sobre el inmueble.

El 25 de octubre de 1969, los herederos de los primitivos titulares solicitaron del Registrador, al amparo del artículo 321 del Reglamento o del 329, la rectificación del asiento para que volvicran a figurar las condiciones canceladas; denegada la pretensión fue interpuesto recurso gubernativo, desestimado por Resolución de 11 de noviembre de 1970, sin perjuicio de que los interesados acudiesen a los Tribunales. Promovida demanda en juicio declarativo para la rectificación registral, en virtud de mandamiento judicial, presentado el 28 de octubre de 1970, fue anotada en el Registro el 30 de diciembre del mismo año, por haber sido presentada dentro del plazo de sesenta días que establece el artículo 66 de la Ley Hipotecaria.

En escritura de 8 de mayo de 1969, «Construcciones San Martín, S. A.», había comprado a la Congregación Salesiana, libre de cargas y arrendamiento, una participación indivisa de la finca en cuestión, aunque con menor cabida, según reciente medición, y dentro de la cual existe un edificio destinado a Colegio. La escritura fue presentada el 12 de noviembre de 1969 en el Registro, extendiéndose el asiento de presentación y su correspondiente prórroga con indicación marginal de la existencia del recurso planteado, ya que con anterioridad figuraba el asiento de presentación de la solicitud de 25 de octubre de 1969 y las correspondientes notas referentes al recurso a que dio lugar. Con fecha 5 de enero de 1971 fue inscrita la escritura de compraventa aludida.

El Procurador de «Construcciones San Martín, S. A.», interpuso recurso gubernativo contra la decisión del Registrador de anotar la demanda con prioridad a la compraventa, alegando: los artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, que consagran el principio de prioridad; que la escritura de compraventa se presentó el 12 de noviembre de 1969, mucho antes que el mandamiento; el último párrafo del artículo 40 y el artículo 220 de la Ley; que sin negar efectos registrales a la anotación de demanda, ésta no puede afectar a quien ostenta la condición de tercero; que lo dispuesto en los artículos 13 y 32 de la Ley impide que el derecho adquirido por el comprador pueda ser perjudicado por condiciones, modos o derechos reales limitativos que no constaban en el Registro al tiempo de su adquisición y cuya inscripción se pretendió por el cauce inadecuado de la rectificación registral y la vía inadecuada del recurso gubernativo; que los efectos de la anotación de dicho recurso gubernativo no pueden ir más allá del resultado final de éste, que fue la desestimación, por ser la cuestión ajena a la competencia del Centro Directivo; que el asiento de presentación de la compraventa, suspendido hasta la resolución del recurso, debió transformarse en inscripción una vez transcurrido el plazo de vigencia de dicho asiento.

El Registrador alega que el recurso no se promueve contra la calificación de un título al que se haya negado acceso al Registro, sino contra asientos ya practicados que están bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que es improcedente su admisión, conforme al artículo 119 del Reglamento.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, el recurrente se alzó de la decisión presidencial y la Dirección General acuerda confirmar el auto apelado y la nota del Registrador (1) en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Extendida en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva de demanda en virtud de mandamiento cuya presentación se había realizado con posterioridad a la de una escritura de compraventa de la misma finca, por estimar el Registrador que era aplicable el artículo 66, párrafos segundo y tercero, de la Ley Hipotecaria—a causa de un título presentado antes con contenido en gran parte coincidente con el de la demanda y cuya inscripción se había denegado, habiéndose entablado recurso contra dicha denegación—, se interpone el presente recurso gubernativo solicitando se declare que la citada escritura de compraventa otorgada a favor de la Entidad recurrente debió de ser inscrita con preferencia al mandamiento y consiguientemente se ordene al Registrador la práctica de los asientos de cancelación, rectificación e inscripciones necesarias para que tales títulos queden inscritos en el orden pretendido.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria y conforme a reiterada doctrina de este Centro Directivo, mantenida, entre otras, en las Resoluciones citadas en los vistos, el recurso gubernativo sólo procede contra la nota calificadora por la que se deniegue o suspenda el asiento o asientos solicitados y no es aplicable a aquellos casos en que los títulos causaron ya sus respectivos asientos, porque éstos una vez practicados están, según dispone el artículo 1.º, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley, sin que por ello puedan rectificarse por los trámites de un recurso gubernativo.

Los interesados que se consideren perjudicados por los asientos practicados pueden acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos o de las obligaciones que los motivaron o, en fin, acerca de la preferencia de unos títulos respecto a otros.

COMENTARIO.—Ultimamente gran número de Resoluciones del Centro Directivo tienen sus recidivas, que unas veces son meras insistencias de los recurrentes y otras son nuevas cuestiones planteadas en íntima conexión con el caso anterior. Esta Resolución se ha dictado para solucionar una grave complicación del caso resuelto por la de 11 de noviembre de 1970, que conviene estudiar antes detenidamente para mejor comprender las circunstancias que rodean el problema posteriormente surgido (2).

Cronológicamente, los acontecimientos se desarrollaron así:

El 8 de mayo de 1969 se otorga la escritura en la que la Congregación Salesiana vende a «Construcciones San Martín, S. A.», una participación de la finca en cuestión, que se encontraba en el Registro, al parecer (3)

(1) VISTOS Los artículos 1, 17, 24, 25, 40, 66 y 220 de la Ley Hipotecaria artículos 111 y 19 de su Reglamento, y las Resoluciones de 8 de mayo de 1946, 16 de junio de 1948, 4 de diciembre de 1950, 9 de agosto de 1955, 14 de noviembre de 1959 y 2 de marzo de 1962.

(2) Puede verse mi recensión y comentario de la Resolución de 11 de noviembre de 1970 en el número 484 de esta revista (mayo-junio de 1971).

(3) Como dije en mi comentario a la Resolución de 1970, sus resultados eran poco indicativos de la literalidad de los asientos (inscripción 2.ª y nota al margen de la 1.ª), de la que se dedujo el estar libre de limitaciones y condiciones la finca en el Registro por haber sido canceladas las condiciones resolutorias o derechos de reversión de los Rojás.

y según su inscripción segunda, libre de cargas y limitaciones en aquella fecha.

El 25 de octubre de 1969 los herederos del señor Rojas, donante de la finca a la Congregación Salesiana con las condiciones originantes de todos los problemas planteados, pretenden restaurar en el Registro las condiciones a que la finca estaba sometida, presentando la solicitud de rectificación de error. Denegada la solicitud por el Registrador se entabla el recurso, que termina con la Resolución de 11 de noviembre de 1970, confirmatoria de la negativa del Registrador.

El 12 de noviembre de 1969 se presenta en el Registro la escritura otorgada el 8 de mayo.

El 28 de octubre de 1970 se presenta un mandamiento de anotación de demanda con *petitum* similar al de la solicitud presentada al Registrador: rectificación del Registro para hacer constar las condiciones a favor de los Rojas. No aclaran los resultandos si la demanda se dirigía exclusivamente contra la Congregación o también contra «Construcciones San Martín», pero parece deducirse lo primero.

El 30 de diciembre de 1970, después de resuelto el recurso promovido en torno a la solicitud de rectificación de error de los asientos, se practica la anotación de demanda.

Y el 5 de enero de 1971 se inscribe la escritura de venta a Construcciones San Martín.

Se pregunta si debía practicarse primero la anotación de demanda y después inscribirse la venta, mencionando la anotación en el arrastre de cargas, o debía inscribirse primero la venta, sin ninguna referencia, en el arrastre de cargas, a la presentación del mandamiento de anotación y después denegar la anotación si la demanda resultaba dirigida contra el vendedor solamente, y practicarla si la demanda se dirigía contra el comprador o contra ambos.

Al parecer, el Registrador optó por la primera solución. Decimos al parecer porque al no entrar la Resolución en detalles sobre el texto literal de los asientos practicados nos quedamos sin saber si el Registrador llegó a prejuzgar la prioridad registral y formal de la demanda sobre la venta por el mero hecho de colocar delante el asiento de anotación. La mera circunstancia de llevar la anotación fecha y puesto anterior a la inscripción de venta no es suficiente para su prioridad formal, porque, como deduce SANZ correctamente del artículo 24 de la Ley, es indiferente la cuestión del lugar en que los asientos se practiquen, así como el orden cronológico, esto es, la fecha de los asientos mismos; la prioridad se determinará siempre por la fecha y momento de la presentación, que deberá constar en la inscripción misma. Estamos conformes con esto, porque en nuestro sistema no rige el principio del lugar (*locus prinzipii*), sino el principio del momento de la presentación. LACRUZ y SANCHEZ REBULLIDA no se muestran muy conformes, pero creemos que por confundir el problema (4).

A la vista del artículo 24, el Registrador tuvo que hacer algo más que colocar la anotación delante, con fecha 30 de diciembre de 1970, y la inscripción de venta detrás, con fecha 5 de enero de 1971, pues esto sólo, es muy dudoso que sea suficiente para alterar la prioridad formal determinada por las fechas de presentación que hacía constar en cada uno de los asientos. Probablemente, la violenta reacción del recurrente fue motivada por una expresa constancia en el asiento de venta de la afección resultante de la anotación, no obstante su posterior fecha, con-

(4) LACRUZ y SANCHEZ, *Decreto Inmobiliario Registral*. 1968, pág. 157. Estos autores no están pensando en la colisión entre artículo 24 y lugar y fecha de los asientos principales mismos, sino en la discordancia entre fecha del asiento del Diario y presentación real, y entre fecha de la presentación según el Diario y según el asiento principal.

forme al artículo 24. Por ello, pide a la Dirección que se ordene la práctica de los asientos de cancelación, rectificación e inscripciones necesarias para que los títulos queden inscritos en el orden pretendido.

De todas maneras, sin conocer el contenido de la demanda ni las personas demandadas es muy difícil opinar sobre la prudencia y recto criterio del Registrador, al dar plena prioridad formal a la anotación sobre la venta en forma expresa, si es que lo hizo y no se limitó a dar satisfacción, a la vez, al principio de tracto (porque la demanda se dirigía sólo contra la Congregación Salesiana) y al de prioridad, dejando actuar libremente al artículo 24, con la constancia en ambos asientos de la fecha de su respectiva presentación.

El Registrador se opone al recurso y la Dirección le resuelve a favor de la actuación del Registrador en base a una reiterada doctrina del Centro Directivo, que viene haciendo presupuesto procesal del recurso gubernativo, el ir dirigido contra una denegación o suspensión por parte del Registrador, de tal manera que nunca debe entender la Dirección en materia de asientos ya practicados por estar éstos bajo la salvaguardia de los Tribunales. Este restrictivo criterio puede ser el correcto y acertado (5) dentro de nuestro sistema, aunque con él la Dirección General se pueda inhibir en casos como éste, dejando de sentar doctrina jurisprudencial, precisamente donde el problema es estrictamente registral y formal, cuando es el juego del principio de prioridad formal lo que entra en discusión y precisamente allí donde el Centro Directivo tiene su específica misión.

En la triangular tensión entre la familia Rojas, los Salesianos y la «Constructora San Martín» podemos distinguir, por lo menos, tres capas o estratos de controversia. La más profunda hace referencia a la subsis-

(5) En mis comentarios a dos resoluciones anteriores he pretendido animar a las plumas autorizadas a plantearse el problema de la impugnación por vía gubernativa de la calificación positiva (el asiento se practica, pero desahogada conforme al juicio del interesado (el asiento se practica mal)). creo que hasta ahora sin éxito.

Todas las resoluciones que aparecen en el Vistos contienen la reiteración de este criterio.

La Resolución de 8 de mayo de 1946 afirma que los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales y, acertada o erróneamente extendidos, su nulidad no puede decretarse en el sencillo trámite de un recurso gubernativo. La de 16 de junio de 1948 insiste en que este recurso procede solamente contra las notas de denegación y suspensión y no cabe para dejar sin efecto un asiento extendido, que está bajo la salvaguardia de los Tribunales. Igual doctrina aparece en la de 9 de agosto de 1955. El asunto de estas dos últimas puede verse en mi comentario a la de 11 de noviembre de 1970 en esta revista (núm. 484, mayo-junio de 1971, pág. 671).

La Resolución de 4 de diciembre de 1950 repite la misma doctrina en relación con el Registro Mercantil, como la de 1948. También la de 14 de noviembre de 1959 dice que no puede interponerse recurso contra la calificación que dio lugar a una inscripción. Se trataba de la oposición del Ayuntamiento de Riahuelas a una inscripción practicada a favor de la Comunidad de Villa y Tierra de Cantespino, de la que al parecer formaba parte tanto Riahuelas como Campo de San Pedro.

Mucho más interesante es el problema planteado a la Resolución de 2 de marzo de 1962. Aunque en el último considerando afirma que no es el expediente gubernativo el más idóneo (?) para decidir acerca de la nulidad de un asiento practicado, que se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales, el verdadero fundamento para la confirmación del Auto Presidencial y de la nota denegatoria del Registrador fue el *residual la junta embargada* inscrita a favor de persona distinta del deudor cuyo derecho hereditario en la herencia de su padre se embargaba. Se trataba del siguiente grave problema de confluencia de prioridad y tracto sucesivo. Se presenta primero una venta efectuada por el deudor, después el embargo del derecho hereditario de éste y, por último, la escritura de partición de la herencia del padre del deudor que subsana el defecto de inscripción previa a favor del vendedor. La Resolución concede prioridad absoluta a la venta sobre el embargo a pesar de tener prioridad registral el embargo sobre la partición y consiguiente inscripción a favor del heredero. Como luego veremos, este problema de confluencia de prioridad y tracto sucesivo tiene íntimo contacto con la cuestión de fondo de la Resolución que comentamos y encontramos ciertamente simplistas los considerandos de la Resolución de 1962. También resulta inexplicable que LACRUZ BERDEJO, que dedicaba muy sustanciosas consideraciones al problema en sus *Lecciones* de 1957 (págs. 197 a 200), lo haya minimizado trasladándolo del capítulo dedicado a la Prioridad al referente al tracto sucesivo en su obra de colaboración con SANCHEZ RENDILLOS (1968, pág. 341), en donde la referencia casi se limita a la repetida Resolución. Ignoro la verdadera causa de la poda de aquellas sustanciosas páginas, sólo diremos aquí que nunca nos explicamos del todo cómo la solución de nuestro derecho podía resultar la contraria a la del derecho alemán y también la contraria a la de los sistemas de transcripción.

tencia, valor, contenido y efectos actuales de las condiciones impuestas a la Congregación Salesiana (mejor dicho, a sus personas interpuestas) por el cedente, don José de Rojas y Galiano, en 1908, y que se trasladaron por sus herederos a la finca que fue objeto de la permuta. Si las condiciones impuestas fueron válidas y deben considerarse cumplidas o incumplidas, subsistentes o caducadas, bien por el tiempo o por otras circunstancias, son materias en las que ni el Registrador ni la Dirección deben entrar. Tampoco en decidir si el procedimiento y la Sentencia de interposición de personas seguido, conforme a la Ley de 11 de julio de 1941, tuvo alguna influencia en dichas condiciones o derechos de reversión.

También es cuestión propia de los Juzgados y Tribunales el conocer y decidir la controversia de fondo entre los supuestos beneficiarios de tales condiciones y «Construcciones San Martín, S. A.», supuesto tercero hipotecario. Decisión judicial que deberá partir de lo que se resuelva en relación con el estrato más profundo y que reviste una gran complejidad por adquirir en el caso notable trascendencia la determinación del momento en que ha de gozarse del requisito de la buena fe.

Pero existe un tercer estrato, que consiste en saber si la demanda anotada puede afectar o no a «Construcciones San Martín, S. A.», prescindiendo, de momento, del resultado de la prueba sobre su conocimiento de las condiciones discutidas y dando por supuesto que la demanda no fuese dirigida también contra dicha Sociedad. Presentado el problema en este nivel, su solución debe depender de principios puramente formales, de prioridad formal. Y hay que preguntarse cuál es el apoyo legal para que el Registrador pudiese practicar la anotación antes, por ir dirigida la demanda contra el titular registral vigente en el momento de practicarla (Congregación Salesiana), a pesar de tener preferencia en el Diario una escritura de venta que, inscrita por el orden de la presentación, impediría anotar la demanda por ir dirigida contra quien ya no es titular registral.

En este nivel formal, que puede llegar a adquirir notable relevancia, en el aspecto procesal, el Registrador tenía que calificar la prioridad de los asientos con criterios puramente formales, y respecto de esta calificación debemos lamentar que el estricto ámbito en que se viene desenvolviendo el recurso gubernativo nos deje sin doctrina sobre el juego de la prioridad formal del Órgano supremo de la Institución creada bajo tal lema (*prior tempore...*).

Aunque el Registrador, según el resultando cuarto, se limitó a alegar como causa impeditiva de la tramitación del recurso el haberse interpuesto sin haber suspensión ni denegación de título (presupuesto procesal), sin entrar en el fondo del asunto, la Dirección, en el considerando primero, nos da una pista suficiente para encontrar la norma legal en que se ampara el Registrador para despachar el mandamiento y la escritura por orden contrario al de su presentación: los apartados segundo y tercero del artículo 66 de la Ley.

Se trata de combinar ambos apartados de forma que el artículo 66 venga a decir que si se hubiese denegado la inscripción (la solicitud de rectificación registral, en nuestro caso) y el interesado recurre primero gubernativamente contra la calificación del título y luego, posteriormente, dentro de los sesenta días siguientes al de la fecha del asiento de presentación (habida cuenta de la suspensión de este término de sesenta días desde la interposición a la resolución del recurso gubernativo), propone demanda para que se declare la validez del título (en nuestro caso, la rectificación del Registro), los efectos de esta anotación preventiva se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación (de la instancia pidiendo la rectificación).

La interpretación de estos dos apartados del artículo 66 en el sentido expuesto no se aparta ni de su espíritu ni de su letra y es la única admisible en cuanto avancemos un paso más allá de leerlos con la obsesión de que no hay por qué relacionarlos, de que el segundo se refiere al recurso judicial, y el tercero, al recurso gubernativo, que jugarían entonces como dos compartimientos estancos sin posibilidad de formar con ambos un continuo a efectos de hacer jugar el principio de prioridad de forma que la presentación primera y preferente sea la del título cuya calificación motiva el recurso gubernativo, momento al que se retrotrae la presentación del mandamiento de anotación de la demanda sobre lo mismo, aunque entre ambas presentaciones se haya presentado un título incompatible o contradictorio o con problema de rango respecto de los derechos actuados por las otras presentaciones.

No obstante, esta aplicación combinada de los apartados segundo y tercero del artículo 66, por consecuencia de la cual el recurso gubernativo y el judicial forman una cadena, que viene a engarzar la sentencia favorable al título inicialmente rechazado por el Registrador con la presentación de éste, proporcionándole prioridad respecto de los incompatibles presentados en todo el tiempo intermedio, no soluciona totalmente la cuestión, pues siempre quedará el problema adicional de hasta dónde la Sentencia ha de perjudicar a los títulos presentados en ese tiempo intermedio, pero que sean de fecha anterior no sólo a la anotación, sino a la presentación de aquel título. En definitiva, el problema que ha tratado de solucionar el artículo 198 del Reglamento y sólo en parte ha conseguido.

Todos los autores se muestran conformes en que el principio de prioridad formal conduce a la obligación del Registrador de despachar los títulos presentados por el riguroso orden de su presentación. Esta obligación de calificar e inscribir por el riguroso orden cronológico de presentación da al procedimiento registral cierto automatismo, que ROCA SASTRE estima altamente saludable. En lo que ni ROCA SASTRE ni el resto de la doctrina es totalmente convincente es en la manera de coordinar esta idea con la doctrina de la Dirección, no muy segura, pero innegable, en aquellas resoluciones en las que ha estimado correcto que el Registrador al calificar tenga en cuenta otro título presentado y pendiente de despacho de valor jurídico prevalente.

Ya en el pasado siglo nos encontramos con dos resoluciones contradictorias sobre el problema de encontrarse el Registrador con dos escrituras contradictorias pendientes de despacho: la de 30 de marzo de 1891 se inclina por la prioridad de los títulos; la de 5 de septiembre de 1893 se decide por la prioridad de las presentaciones más de acuerdo con el texto literal del artículo 17, apartado 2.º Debe prevalecer la posterior de 1893 o a lo más anularse ambas por contradictorias; pero ROCA SASTRE las asienta en su obra (6) por orden inverso a sus fechas, para reforzar la de 1891 con otras posteriores concordantes, como las siguientes:

La de 22 de octubre de 1922, cuya doctrina, favorable a la calificación libre del principio de prioridad formal, aunque no el supuesto discutido, podemos ver en ROCA y que no he acertado a encontrar en el Anuario correspondiente.

La de 9 de marzo de 1942, cuyo *obiter dictum* debe estimarse intrascendente, porque el fallo se limitaba a entender que el Registrador no se extralimitaba al calificar como no inscribible, en cuanto a la nuda propiedad, una venta hecha por una viuda usufructuaria con facultad de vender determinadas fincas para establecer con su precio dos misas

(6) ROCA SASTRE, sexta edición, II, págs 187 y 188.

rezadas impuestas a perpetuidad por el causante, si del examen del Registro resulta que el importe de ventas anteriores excede de lo necesario para cumplir tal última voluntad del testador. Aun en el caso límite de que todas o algunas de las ventas anteriores fuesen títulos pendientes de despacho y presentados después de la que se calificaba, no estábamos en un caso claro de vulneración de la prioridad formal.

Tampoco es caso decisivo el planteado a la Resolución de 31 de marzo de 1950, en el cual dos interpretaciones distintas de una cláusula testamentaria de sustitución fideicomisaria se reflejaron en dos documentos antagónicos presentados con pocos días de diferencia. Como en el caso anterior, se trata de que el documento presentado posteriormente pueda ampliar la visión calificadora del Registrador, cosa distinta, aunque lindante, de la ruptura de la prioridad formal en base a una calificación que tenga en cuenta como preferentes otras prioridades distintas de las derivadas del orden de presentación de los títulos en el Diario.

La Resolución de 22 de octubre de 1952 reitera esta doctrina de que el principio de prioridad no tiene aplicación tan rígida que pueda llegar a limitar la facultad y el deber de examinar los documentos pendientes de despacho, aun posteriormente presentados para la más acertada calificación. Se trataba de una complicada colisión de ejecuciones hipotecarias y no hipotecarias, en cuyo análisis es imposible entrar.

Problema íntimamente relacionado con el que nos ocupa, aunque tiene particularidades especiales y merecería capítulo aparte, es el de la confluencia de prioridad con tracto: Ingresa primero un título, que ha de suspenderse (¿o denegarse?) por falta del título intermedio, y en el plazo de vigencia del asiento se presentan el intermedio y otro contradictorio (con actuación excluyente o de rango) antes que el intermedio subsanatorio. La Resolución de 2 de marzo de 1962 declaró no anotable un embargo, por figurar inscrita la finca a favor de persona distinta del deudor, en el siguiente caso: un embargo de derecho hereditario de la participación indivisa que a un heredero correspondía en finca inscrita a favor de su causante se presenta antes de la partición hereditaria, pero después de una venta del heredero a tercera persona, suspendida por falta de previa inscripción de la partición. Nos referimos a ella en la nota 5.

De todas estas resoluciones, referentes a la posibilidad de que el Registrador tenga en cuenta para calificar otros documentos pendientes de despacho, aunque hayan sido presentados con posterioridad, es imposible extraer una doctrina concluyente y firme, que le permita también, al socaire de la calificación, saltarse la prioridad formal, pues esto conduciría al Registrador a transformarse en juzgador y definidor de la realidad jurídica extrarregistral sin medios ni procedimientos idóneos para ello (7).

Por esto, la prioridad de la anotación preventiva respecto a la venta a «Construcciones San Martín, S. A.», que la Dirección viene a tolerar con su abstención y casi con doctrina entre líneas, hay que buscarla por otro camino, que deje a salvo el principio de prioridad formal (8). Este camino no puede ser otro que el configurar el continuo recurso gubernativo-recurso judicial como un todo para determinar la prioridad a través

(7) Aún más lejos en cuanto a calificación libre llega la Resolución de 14 de diciembre de 1953. El asiento de presentación de una certificación de dominio de un Ayuntamiento había caducado después de rechazada la inscripción, presentada después otra expedida por autoridad eclesiástica sobre la misma finca, se considera aplicable el artículo 306, no obstante la caducidad del primer asiento.

(8) No deja de tener su importancia que la aplicación al caso de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 66 de la Ley Hipotecaria no la encontremos en el Resultando dedicado al informe del Registrador, sino en el primer Considerando.

de la retroacción del segundo al momento de presentación del título cuya calificación negativa originó el primero.

Esta conjunción de ambos recursos se la planteó la Resolución de 29 de noviembre de 1897, que vino a determinar que la advertencia, hecha en una Resolución contraria al recurrente, de que queda expedita al mismo la vía judicial no indica que quede subsistente el procedimiento hasta que el interesado acuda a aquella vía, ni que quede impedida la inscripción de los documentos pendientes de la decisión del recurso porque las Resoluciones ponen término definitivamente a la vía gubernativa sin que suspendan indefinidamente el plazo de despacho de los títulos, a lo que equivaldría entender que la Resolución desfavorable al recurrente conduzca a esperar que éste acuda o no a los Tribunales. Esta Resolución parece, en principio, contraria a la solución dada por el Registrador en nuestro caso; según ella, la vía gubernativa y la judicial forman compartimientos estancos y actúan por separado y sin interferencias; dictada la Resolución, los títulos que están esperando su momento tienen ya su camino expedito y el denegado deja de ser obstáculo.

Pero la invocación del *a sensu contrario* parece inevitable. Es natural que la Resolución favorable a la calificación denegatoria del Registrador no paralice *sine die* el folio registral; pero en una demanda judicial llegada al Registro antes que el recurso gubernativo esté terminado no es demasiado aventurado suponer que la argumentación deba invertirse y la reserva a los interesados de la vía judicial, que tampoco faltaba en la Resolución de 11 de noviembre de 1970, si indica que, en cierto modo, queda subsistente el procedimiento hasta que en la vía judicial se resuelva lo procedente. Tal continuidad del procedimiento, a pesar de su dislocación en dos vías, justifica que la anotación de demanda sea una mera corroboración o nueva versión, con efecto retroactivo, del asiento de presentación de la solicitud de rectificación con sus notas marginales de interposición del recurso.

De esta manera, la venta que se inscribió con posterioridad a la anotación de demanda tenía peor rango que el conjunto formado por la solicitud de rectificación (y su subsiguiente recurso gubernativo) y la demanda de rectificación registral, partiendo de las puras normas de prioridad formal, sin perjuicio de la resolución judicial en cuanto al fondo, que deberá resolver todas las cuestiones planteadas desde la validez y subsistencia de los derechos y condiciones a favor de los señores Rojas hasta la cualidad de tercero hipotecario protegido, contra la rectificación registral, en su caso, que pueda ostentar la sociedad compradora, todo lo cual consideramos ajeno a este comentario, en el que tampoco entraremos en las dificultades que puedan derivar de posibles discordancias entre los pedimentos de la solicitud y de la demanda (cuyo demandado o demandados no resultan de los considerandos).

T. C. G.

7. NO HABIÉNDOSE PRACTICADO LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS QUE DISPONE EL ARTÍCULO 426 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO PARA EL CASO DE QUE SE PRESENTEN DOS TÍTULOS CONTRADICTORIOS AL MISMO TIEMPO, POR HABER SIDO RETIRADO UNO DE ELLOS EL MISMO DÍA DE SU PRESENTACIÓN, NO PROCEDE PRACTICAR DESPUÉS TAL ANOTACIÓN NI LA INSCRIPCIÓN SI, ENTRE TANTO, SE HA PRESENTADO UN MANDAMIENTO DE ANOTACIÓN DE DEMANDA SOBRE LA DECLARACIÓN DE PREFERENCIA DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN DEL OTRO TÍTULO, EN EL QUE SE ORDENA QUE LOS DOS ASIENTOS QUEDEN SUBSISTENTES EN TANTO NO RECAIGA EJECUTORIA O LOS INTERESADOS NO SE PONGAN DE ACUERDO.

Resolución de 22 de diciembre de 1971 («B. O. del E.» de 5 de febrero de 1972).

Antecedentes de hecho.—En escritura autorizada por el Notario de Barcelona, don Jorge Roura Rosich, el 2 de julio de 1969, don José Puig Mas vendió a la Mutua Metalúrgica, Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo, cuatro fincas en el término de Cabrils, que por retrasos en la liquidación de impuestos no se presentó a inscripción hasta el 1 de diciembre del mismo año, en el Registro de Mataró; el mismo día y a igual hora se presentó un mandamiento del Juzgado de Primera Instancia de Mataró, en el que se ordenaba la anotación preventiva de una demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, interpuesta por doña Mercedes Puig Casanovas contra don José Puig Mas, en pretensión de nulidad de la venta que a éste hizo su abuela, doña Gertrudis Casanovas Camps, el 3 de septiembre de 1957, de una de las fincas incluidas en la escritura de 2 de julio de 1969, y ante la concurrencia simultánea de ambas presentaciones, el Registrador, de conformidad con el artículo 426 del Reglamento, extendió en el Diario los dos asientos siguientes, ambos a las nueve horas del 1 de diciembre de 1969:

- El 555 (anotación), relativo a la presentación por don Enrique Fábregas Blanch del mandamiento del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Barcelona, de 15 de noviembre de 1969, ordenando la anotación preventiva de la demanda, por la que la representación de doña Mercedes Puig Casanovas contra don José Puig Mas solicita declaración de nulidad absoluta de la escritura de compraventa otorgada el 3 de septiembre de 1957, ante el Notario de Vilasar de Mar, don Rafael Jimeno, por doña Gertrudis Casanovas Camps y su nieto, José Puig Mas, y de los asientos e inscripciones que motivó con referencia a dos fincas: porción de terreno, inscrita

con el número 685 de Cabril, y pieza de tierra, registrada con el número 37 de Cabrils.

- Y el 556 (venta), por el que don José Roméu Guardiola presenta la segunda copia de la escritura autorizada el 2 de junio de 1969 por el Notario de Barcelona don Jorge Roura, en la que don José Puig Mas vende a la Mutua Metalúrgica, Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo, una porción de terreno en el término de Cabril, que forma por agrupación de cuatro fincas, una de ellas la 685.

En cada uno de estos asientos se hace constar la simultánea presentación del documento del otro y al margen del 556 se hace constar la devolución al presentante del título objeto del mismo en igual fecha que su presentación.

El 2 de febrero de 1970, la Mutua Metalúrgica volvió a presentar la escritura que causó el asiento 556 y en instancia fechada el 7 y presentada el 11 del mismo mes hacía constar que se había interpuesto recurso gubernativo contra la suspensión de la inscripción de dicha escritura, y para subsanar las omisiones padecidas por no haber cumplido el Registrador con lo ordenado en el artículo 426, solicitaba la extensión de la anotación a que se refiere su párrafo segundo y las notas prevenidas en el tercero.

El Registrador calificó dicha instancia el mismo día de su presentación con la siguiente nota: «Denegada la práctica de la anotación interesada en la precedente instancia por el siguiente motivo: Porque por mandamiento del Juez de Primera Instancia número 2 de esta ciudad, don Xavier O'Callagan Muñoz, de fecha 27 de enero último, que fue presentado en esta Oficina el siguiente día, 28, según el asiento 1.602 del tomo 113 de este libro Diario, se ordenó se tomara anotación preventiva de la demanda interpuesta por la representación de doña Mercedes Puig Casanovas contra la Entidad Mutua Metalúrgica, Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo, en la que se interesaba se declarase a preferencia del asiento de presentación número 555 sobre el asiento número 556, asientos de los respectivos títulos contradictorios. Y en su virtud se tomó dicha anotación preventiva de demanda en la finca número 685, obrante al folio 231 del tomo 978, libro 27 de Cabril, anotación letra A. En el mismo mandamiento judicial se ordenó se pusiera nota de referencia de dicha anotación al margen de los indicados asientos de la presentación, objeto de la demanda, declarando que dichos asientos quedarán subsistentes en tanto no recaiga ejecutoria o los interesados no se pongan de acuerdo». Lo que se cumplió practicando las notas marginales ordenadas con fecha 28 de enero último. Por tanto, entiende el Registrador que suscribe que, habiéndose planteado en juicio declarativo de mayor cuantía la cuestión de la prioridad de los asientos de presentación y habiendo ordenado el ilustrísimo señor Juez de Primera Instancia número 2 de este partido que quedaran subsistentes los asientos en tanto no recaiga ejecutoria, debe abstenerse de calificar los documentos y de practicar cualquier asiento registral, ya que incluso a quedado interrumpido el plazo de calificar. La anotación interesada en la instancia, que es la regulada en el artículo 426, párrafo segundo, no pudo practicarse con anterioridad a la anotación preventiva de la demanda judicial sobre la preferencia de los títulos presentados porque la copia de la escritura de venta, autorizada por el Notario de Barcelona don Jorge Roura Rosich con fecha 2 de junio de 1969, que fue otorgada por don José Puig Mas, como vendedor, y Mutua Metalúrgica, Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo, como compradora, fue retirada por el presentador, don José Roméu, el mismo día de su presentación, su instancia, y no fue devuelta a este Registro de la Propiedad con

las cartas de pago acreditativas del pago del impuesto, hasta el día 3 de los corrientes, fecha desde la cual tenía treinta días más para calificar, según Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 24 de enero de 1950, y cuya fecha de devolución es posterior a la de la anotación de demanda judicial, según todo ello resulta de las correspondientes notas practicadas al margen del asiento de presentación número 556, de dicha escritura de venta, con fechas 1 de diciembre de 1969, la que hace constar haberse retirado el documento, y 3 de febrero último, la de devolución de la misma escritura. Por tanto, mientras permanecía el título presentado fuera del Registro, como retirado, no podía calificarse ni extenderse la anotación preventiva, que sólo era procedente, según el artículo 426 del Reglamento Hipotecario, si dicha escritura no tenía defectos que lo impidieran. Y una vez devuelto, no procedía ya por haberse practicado con anterioridad la anotación preventiva de la demanda judicial, en la que se planteaba la cuestión de la preferencia o prioridad que afectaba a dicho título.»

El Procurador don Miguel Carbonell Esteve, en representación de la Mutua Metalúrgica, por instancia de 5 de febrero de 1970, que tuvo entrada en la Audiencia el día 12 del mismo mes, interpuso recurso gubernativo contra la calificación de títulos hecha por el Registrador de la Propiedad de Mataró, en virtud de la cual suspendió el asiento de inscripción de la escritura de 2 de junio de 1969 alegando, en síntesis: Que el principio de legalidad se hace efectivo mediante la función calificadora; que como el Registrador no es infalible, contra su negativa—provisional o definitiva—a inscribir cabe la impugnación por medio de los recursos gubernativo y judicial; que al presente caso no es aplicable el artículo 426 del Reglamento, basado en los principios de prioridad y legalidad; que la aplicabilidad del citado artículo presupone como requisito esencial inexcusable que se presenten al mismo tiempo dos títulos contradictorios relativos a una misma finca—concretamente, la doble venta por el titular registral, según la doctrina—, circunstancia que no concurre, pues aquí se trata de dos títulos—escritura de compraventa y mandamiento de anotación de demanda—que no proceden del titular registral de dominio y que no atañen a la propiedad de la misma finca por lo que no puede decirse que nos hallemos ante dos títulos incompatibles o de imposible concurrencia; que no dándose el supuesto de artículo 426 y constando en el Registro que quien vendió es el titular registral, el Registrador debió proceder a la inscripción por imperativo del artículo 20 de la Ley sin perjuicio de que también practicase, si le estimaba oportuno, la anotación de la demanda, y que en cuanto a problema de la preferencia, la escritura de compraventa es de fecha anterior al mandamiento y de entidad más importante, por lo que aunque la presentación fue simultánea, teniendo en cuenta el contenido registral y lo dispuesto en los artículos 609 y 1.462, 2.º, del Código Civil debió procederse a la inscripción pretendida.

El Registrador informó: Que no ha suspendido o denegado la inscripción de la escritura, que no se pudo calificar porque cuando la devoción estaba ya *sub iudice*; que únicamente ha denegado la anotación a que se refiere el artículo 426 del Reglamento, solicitada en instancia posterior, y que no fue posible practicar de oficio porque la escritura fue inmediatamente retirada después de extender el asiento de presentación y no fue devuelta al Registro sino después de tomada la anotación preventiva de la demanda sobre la preferencia de los títulos presentados; que, según el artículo 426, la anotación se tomará si ninguno de los títulos contradictorios contuviere defectos, lo que no puede saberse hasta después de examinados y calificados, cosa que no pudo hacerse por

retirada y después, al devolverse, por estar ya *sub judice* la discrepancia entre los títulos presentados.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y el recurrente se alzó de la decisión presidencial manifestando que admite que presentada la demanda, para que se declare la preferencia del asiento de anotación sobre el de inscripción, no cabe discutir en el recurso el problema de la preferencia, pero que es incuestionable que por no ser contradictorios los títulos en litigio debió y debe procederse a la inscripción de la escritura de venta, y si el Registrador estimaba que eran contradictorios debió extender y debe ordenarse que se extienda la anotación del artículo 426, 2.º, sin que pueda alegarse que la escritura fue retirada, pues si pudo extenderse el doble asiento de presentación no se concibe no se hiciera lo propio con los de anotación.

La Dirección General (1) acordó confirmar el auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente:

Doctrina de la Dirección.—Aunque el escrito de interposición del presente recurso gubernativo lleva fecha 5 de febrero de 1970, anterior, por tanto, a la nota denegatoria antes transcrita, de fecha 11 del mismo mes y año, resulta del expediente que se presentó en la Secretaría de Gobierno de la Audiencia Territorial de Barcelona el 12 siguiente, y en el citado escrito se refiere el recurrente a dicha nota, incluso citando como documento, que acompaña bajo el número 3, la instancia con la nota extendida a continuación, por todo lo cual es procedente resolver acerca de la cuestión que esta última plantea.

Extendidos en el Diario los asientos de presentación de dos títulos contradictorios relativos a una misma finca, conforme al artículo 426, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario, se ha solicitado la anotación preventiva de uno de dichos títulos al amparo del párrafo segundo del citado artículo, lo que ha sido denegado por el Registrador, fundando su negativa en que con posterioridad a tales asientos y sin que pudiese calificar el título que ahora se pretende anotar por haber sido retirado el mismo día de su presentación se practicó una anotación preventiva de demanda en la que se interesaba la declaración de preferencia del asiento de presentación del otro título, ordenando asimismo el Juzgado que los asientos de presentación «quedaran subsistentes en tanto no recaiga ejecutoria o los interesados no se pongan de acuerdo», lo que se cumplió mediante las correspondientes notas al margen de los referidos asientos.

El artículo 426 del Reglamento Hipotecario tiene como finalidad primordial asegurar el derecho de los respectivos interesados hasta tanto se resuelva la preferencia entre los dos títulos estimados por el funcionario calificador como contradictorios, y en el presente caso, aunque no se haya practicado la anotación preventiva, ordenada en el párrafo segundo del citado artículo, dicha finalidad ha quedado cumplida al ordenarse por el Juzgado en el litigio suscitado precisamente para declarar la preferencia de un asiento de presentación sobre otro que queden subsistentes dichos asientos hasta que recaiga ejecutoria o los interesados se pongan de acuerdo.

Al haberse planteado el pleito encaminado a decidir la preferencia de un asiento de presentación sobre otro con extensión de la correspondiente anotación preventiva de la demanda debe estimarse correcta la denegación de la anotación de uno de los títulos que se ha solicitado, así como la de su inscripción, que se interesa en el escrito de interposición del recurso gubernativo, ya que los asientos de presentación practicados y las notas al margen de los mismos por las que se prorroga su

(1) VISTOS Los artículos 18, 254 y 255 de la Ley Hipotecaria, y artículos 113, 198, 426 y 434 del Reglamento Hipotecario

vigencia están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos—en este caso, la aludida prórroga—mientras no se declare su inexactitud, y el Registrador no puede entrar en la calificación de ninguno de los títulos presentados al estar ambos comprometidos en el litigio.

COMENTARIO.—La colisión registral de títulos que aparece en esta Resolución presenta cierta analogía interna con la que vimos en la inmediatamente anterior. En ambas se enfrentan una compraventa con una anotación de demanda de rectificación registral y se discute la prioridad entre ambos títulos presentados. Pero a partir de aquí todo son diferencias y creo que la presente no ofrece las dificultades técnicas de la anterior y acaso la única explicación del recurso gubernativo derive de la innecesaria complicación procesal dada al problema y por la inexplicable retirada del documento antes de darse cumplimiento al artículo 426 del Reglamento.

No creo que tenga razón el recurrente al mantener que no se estaba ante un caso de aplicación del artículo 426. Limitar éste al caso de la doble venta es una exageración manifiesta. El ámbito del 426 del Reglamento es, por lo menos, el mismo abarcado por el 17 de la Ley y bastaría el artículo 198 del Reglamento para demostrarnos la trascendencia de que una anotación de demanda resulte colocada antes o después de una inscripción de venta.

Lo que no descartamos es la posibilidad de que el recurrente diga que no se estaba en el caso de aplicar el 426 porque a su representante lo que le interesaba era que se inscribiese la venta, aunque se practicara también la anotación. Si es verdad que, como dice el resultando primero el recurrente alegó que el Registrador debió proceder a la inscripción «sin perjuicio de que también practicara, si lo estimaba oportuno, la anotación de la demanda», está clarísimo que a la Mutua Metalúrgica le era indiferente que la anotación ganase rango registral sobre la venta pues también es claro que el Registrador sólo podía practicar la anotación con preferencia a la venta, o sea, cuando todavía era titular don José Puig. Aunque existiese en el recurrente tal pacífica postura se estaba en el supuesto de dicho precepto reglamentario, si bien dentro de la solución del convenio que el mismo contempla; convenio mediante solitud escrita y ratificada ante el Registrador dando preferencia a uno de los asientos, al que la doctrina asimila la solitud unilateral del que está dispuesto a tolerar el rango posterior. Si realmente era ésta la actitud o postura de la empresa compradora, por estimar que el artículo 3º garantizaba suficientemente sus derechos de tercero, aunque la anotación se le antepusiere, si se explica su angustia por no conseguir el cuarto requisito.

Si la Mutua Metalúrgica se conduce con excesivo desprecio de los principios formales y parece mostrar cierta indiferencia sobre la prioridad de libro entre anotación y venta, en cambio, la parte contraria, doña Mercedes Puig, parece excesivamente obsesionada por la prioridad formal. Según la nota denegatoria de la solitud presentada por la Entidad compradora, no se accedía a ésta por haberse presentado un mandamiento y tomada la correspondiente anotación de una demanda pidiendo que se declarase la preferencia del asiento 555 sobre el 556. No creemos que el *petitum* contuviese tan simple contenido porque a pesa de los términos literales del artículo 426, en rigor, el Juez no puede declarar la preferencia de ninguno de los dos asientos correspondientes a la presentación simultánea de dos títulos, sino que tiene que ir más allá de la prioridad formal que ha dejado de jugar y entrar, quiera o no en los terrenos de la prioridad material de los títulos contradictorios.

Aunque con los naturales temores, creo que el supuesto del artículo 426 no es un condicionamiento del principio de prioridad formal, sino un caso de inexistencia de tal principio. Nuestro sistema lleva el *prior tempore* hasta el minuto o, si se quiere, hasta el segundo, pero no puede llegar a más. En la presentación simultánea, la prioridad formal desaparece e *inter títulos* éstos quedan igual que si ninguno se hubiese presentado, teniendo el Juez que decidir la preferencia material con otros criterios ajenos al Registro, de igual manera que en otros sistemas legislativos en que la prioridad formal no actúa para los títulos contradictorios presentados en el mismo día.

Por esto, a ROCA SASTRE no se le ocurre sobre qué base podrán fundarse los Tribunales para declarar la preferencia conforme al artículo 426 (2), y tergiversando la cuestión, cree que sólo podrán entrar en apreciar las circunstancias que han provocado la simultaneidad para romperla. Esta es una cuestión distinta, que indudablemente puede darse y que será siempre cuestión penal (falsedad de los asientos, violencia en las personas, etc.); pero no creemos que sea la contemplada por el precepto reglamentario, que sólo se ha preocupado de cómo la prioridad material de los títulos ha de venir a llenar la laguna, vacía por la inoperancia de la formal, bien por la vía de convenio, bien por resolución judicial, regulando el modo de proceder el Registrador.

Siendo esto así, lo que seguramente hizo la representación de doña Mercedes Puig fue demandar a la Entidad compradora en la manera procesal adecuada para que la nulidad de la venta de doña Gertrudis a su nieto arrastrase la nulidad de la venta (en cuanto a una de las cuatro fincas agrupadas) efectuada por éste, para lo cual será necesaria una completa fundamentación civil e hipotecaria sustantiva y compleja y de la cual sería mero complemento los pedimentos dirigidos a lograr de los Tribunales que dispongan lo necesario para que el Registro se vaya acomodando, sin olvido del artículo 198 del Reglamento, a los sucesivos pronunciamientos y ejecuciones de los procesos Puig *versus* Puig y Puig *versus* Mutua Metalúrgica.

Naturalmente que en nada de esto procede entrar, porque el recurso sólo versaba sobre la cuestión estrictamente registral de si las anotaciones establecidas por el Reglamento en el caso de presentaciones simultáneas contradictorias son sustituibles por la anotación de una demanda sobre prioridad de uno de los títulos presentados sobre otro.

La Ley y el Reglamento Hipotecario son excesivamente parcos y poco concluyentes respecto al régimen de las anotaciones preventivas por imposibilidad del Registrador. Las anotaciones preventivas ordenadas por el artículo 426 pertenecen, sin duda, a este grupo, pero con ello adelantamos poco en cuanto a su regulación, efectos, etc., en cuanto no esté expresamente dicho en el referido artículo. De todas maneras es difícil calibrar la razón que asiste a la Dirección para afirmar que las anotaciones del artículo 426 ya no proceden, por haberse tomado ya la anotación de demanda sobre la declaración de preferencia de un título o su presentación sobre el otro u otra.

Conforme al artículo 426, si las anotaciones se practicaran en su momento, la anotación de la demanda del litigio de prioridad no produce la cancelación de las anotaciones de los títulos contradictorios, sino su subsistencia, reflejada en una nota marginal. Si por cualquier circunstancia la anotación de demanda se adelanta a las de suspensión, ¿por qué éstas no deben practicarse ya?

Los considerandos de la Resolución se mantienen entre las dos aguas de considerar las anotaciones ya innecesarias e improcedentes; por un lado, estima que el efecto de prórroga de los asientos de presentación

está conseguido y, por otro, dice que estos asientos, con sus notas de prórroga, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y el Registrador no puede entrar en la calificación de ninguno de los títulos presentados al estar ambos comprometidos en el litigio.

La verdad es que los efectos de las anotaciones de suspensión no están conseguidos ni por los asientos del Diario, ni por sus notas marginales, ni por la anotación de demanda. En nuestro caso, el texto completo de los asientos 555 y 556 tenía una extensión poco frecuente, reflejaban de manera muy completa los extremos de la demanda y de la agrupación y venta; pero es claro que sin salirse del artículo 249 de la Ley, los asientos pudieron resultar mucho más inexpresivos de la cuestión que había planteada fuera del Registro en torno a la finca 685. La anotación de demanda tampoco daba ninguna luz sobre la realidad extrarregistral que intentaba llegar al Registro. En cambio, las anotaciones preventivas de suspensión hacen ingresar en el Registro esa realidad jurídica incierta que existe; todo el mundo puede enterarse bien cómo la finca se vendió y cómo su vendedor resultaba demandado por supuesta nulidad de su título, y todo el mundo, advertido de que todo aquello se anota, pero no se inscribe, por estar pendiente de decidirse si el asiento 555 debe prevalecer o ser postergado al 556; incluso una venta de la Mutua Metalúrgica podría ser también anotada posteriormente.

Ahora bien, todo esto, que presenta indudables ventajas, pues siempre es bueno que la verdadera situación jurídica real llegue al Registro en lugar de acampar fuera de él, no deja de presentar sus inconvenientes en un sistema que presume de llevar a rajatabla el principio de legalidad. ¿Es conveniente dejar completamente abierto y fluido el Registro para todas las operaciones posteriores formando una doble cadena de asientos, unos destinados a subsistir convirtiéndose las anotaciones en inscripciones, y otros, condenados a la cancelación en el momento en que se dé la Resolución judicial decisoria de cuál de los dos títulos debía gozar de la preferencia? (3).

Pero no parece que estos inconvenientes sean los únicos que el Centro Directivo ha estimado, pues, al fin y al cabo, éstos surgirían igual en el caso de tomarse las anotaciones preventivas en su momento y luego quedar subsistentes aun entablado el procedimiento de preferencia y tomada la anotación preventiva de la demanda. Lo que más ha asustado a la Dirección es imaginarse al Registrador calificando unos títulos que se encuentran ya *sub iudice*.

El razonamiento ha sido el siguiente: Conforme al artículo 426, el Registrador califica ambos títulos y si ninguno contiene defecto, si cada uno separándolo del otro fuese inscribible, toma las anotaciones de

(3) Las anotaciones preventivas por imposibilidad del Registrador se encuentran muy desatendidas en los Tratados generales, lo que también ocurre con las particularidades que presentan las practicadas por defectos subsanables provenientes de obstáculos del Registro respecto de las derivadas de verdaderas faltas o defectos de forma o contenido del título. ROCA CASTRELLER (Derecho Hipotecario, 1968, III, págs. 83 a 103) casi nos escamotea el problema de los efectos de las anotaciones preventivas por imposibilidad del Registrador al unificarlos implícitamente con los de las anotaciones por defectos subsanables de los títulos. En especial nos quedamos sin saber si la anotación del artículo 426 del Reglamento, que siempre actúa en pareja, produce mutuo cierre e imposibilidad de transferencia, o cada una de las anotaciones puede ser base de una cadena de subanotaciones de transferencia. Frente al argumento de que esta segunda solución puede transformar el folio registral en una aberrante contradicción, cabe esgrimir el de la conveniencia de que el Registro ordene y controle el tráfico de las situaciones jurídicas inciertas hasta que judicialmente se despeje la colisión. Confesamos nuestras dudas sobre la solución preferible y nuestro desconocimiento sobre si la cuestión está resuelta o al menos planteada por la doctrina y la jurisprudencia. En todo caso, en el supuesto planteado ante el Registro de Mataró, aunque se hubiesen practicado las anotaciones de suspensión del 426, la referente a la demanda nunca podría ser base de otras subanotaciones de títulos que partiera del supuesto de la posible anulación de la venta hecha por doña Gertrudis Casanova, pues tal efecto nunca se ha pensado atribuible ni siquiera a la anotación de demanda suspendida. La duda está en la posibilidad de anotar actos dispositivos de la Mutua Metalúrgica que queda excluida al negarse la anotación de su título y que acaso existiera en la actuación normal del 426 con una generosa interpretación de los efectos de las anotaciones que contempla

suspensión por simultánea presentación y devuelve los títulos. El Juez no actúa hasta que el Registrador no ha anotado y no cabe la interferencia ni la discrepancia, sino a lo más, la revisión judicial de la actuación del Registrador, cosa normal. En cambio, para anotar por simultánea presentación, después de entablada la demanda y precisamente cuando uno de los presentantes elige, hay el obstáculo primero de que entonces acaso el Registrador no disponga ya del otro título para practicar también su anotación, ya que la doble anotación es precisamente lo que el Reglamento quiere, y, además, el obstáculo fundamental de que el Registrador debe calificar unos títulos al mismo tiempo que el Juez está decidiendo sobre la prioridad de los mismos, decisión que acaso tenga que basarse en circunstancias también sometidas a la calificación del Registrador. La posibilidad de discrepancia e interferencia es probablemente lo que ha asustado a la Dirección.

Resumiendo, podemos sentar las siguientes conclusiones:

1. La doctrina sentada por la Dirección es acertada y puede resumirse así: Cuando por circunstancias, más o menos explicables, no se haya practicado la pareja de anotaciones de suspensión prevista en el artículo 426 del Reglamento Hipotecario y si, en cambio, la anotación preventiva de la demanda dirigida a resolver sobre la preferencia de los títulos simultáneamente presentados, no cabe practicar la anotación de suspensión de uno de éstos.
 Por no ser muy explícita la Resolución sobre el fundamento último y decisivo de esta doctrina queda sin decidir la cuestión de si ambos interesados de acuerdo podrían solicitar todavía la calificación y anotación de ambos títulos o si, de todas maneras, esta calificación estaría impedida por la actuación judicial sobre la cuestión de preferencia.
2. El caso planteado nos demuestra la existencia de las siguientes dudas principales en la interpretación del artículo 426:
 - a) Hasta qué punto es segura la interpretación doctrinal según la cual la solicitud unilateral del interesado que esté dispuesto a tolerar rango registral posterior para su título es totalmente equivalente al convenio mediante solicitud escrita y ratificada ante el Registrador de ambos interesados, que el precepto parece exigir. Acaso esta interpretación sea lógica, pero nunca deberá despreciarse la posibilidad de que los últimos sean los primeros.
 - b) Si el litigio y la anotación de demanda a que el precepto hace referencia han de versar necesariamente sobre la preferencia material, sustantiva y de fondo de ambos títulos, o hay alguna posibilidad de que verse exclusivamente sobre la prioridad formal, sin tratarse de un procedimiento penal sobre falsedad de los asientos de presentación o violencia en las personas para conseguir una simultaneidad de asientos o presentaciones que sin ellas no existiría y que por ello deba ser roto por la Resolución judicial. Y si el precepto, al hablar de demanda no está excluyendo claramente tal supuesto penal.
 - c) Los efectos de cierre registral o de disposición registral mediante subanotaciones de los derechos anotados por aplicación del precepto. La falta de referencia en el visto a Jurisprudencia sobre esta cuestión es claro que no excluye la posibilidad de que la laguna sobre ella sea exclusivamente mía y no de la doctrina y jurisprudencia hipotecarias.

T. C. G.

8. ANOTACION PREVENTIVA RECAIDA EN TRAMITE DE EJECUCION DE SENTENCIA.—NO ES ANOTABLE EL MANDAMIENTO QUE LA ORDENA CUANDO ESTÁN INSCRITAS LAS FINCAS NO A NOMBRE DEL DEMANDADO, SINO A FAVOR DE POSTERIORES ADQUIRENTES.

REITERA LA DE 31 DE OCTUBRE DE 1969, QUE RESPECTO DE UNA CUESTIÓN IDÉNTICA PRECISÓ LA DOCTRINA DE QUE «NO ES INSCRIBIBLE UN MANDAMIENTO QUE ORDENA LA INSCRIPCIÓN DE UNA SENTENCIA FIRME, SI CADUCADA LA CORRESPONDIENTE ANOTACIÓN DE DEMANDA ESTÁN INSCRITAS LAS FINCAS A NOMBRE DE TERCERAS PERSONAS QUE NO FUERON PARTE EN EL PROCESO, POR IMPEDIRLO LOS PRINCIPIOS DE FE PÚBLICA (ART. 34) Y LEGITIMACIÓN (ARTS. 1, 3.º, Y 38, 2.º, DE LA LEY HIPOTECARIA) Y SIN TOMAR EN CONSIDERACIÓN LAS APRECIACIONES SOBRE LA BUENA O MALA FE DE LOS ADQUIRENTES POSTERIORES, LO QUE HABRÁ DE SOLVENTARSE ANTE LOS TRIBUNALES».

Resolución de 13 de marzo de 1972 («B. O. del E.» de 22 de marzo).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura de 5 de marzo de 1951, aclarada por otra de 12 de noviembre de 1953, don Gregorio Treviño Peñaranda vendió a doña Consolación Huertas y Sánchez Carrillejo una finca integrada por dos partes, llamada el «Casquetazo», sita en Campo de Criptana e inscrita en el Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, con la condición resolutoria de que volvería el dominio al vendedor si la compradora no hacía efectiva la totalidad del precio en la forma convenida; que previo requerimiento notarial hecha el 30 de mayo de 1956, el vendedor declaró resuelta la venta en virtud del pacto comisario inscrito en el Registro de la Propiedad; que por escritura de 5 de septiembre de 1956, el señor Treviño vendió la finca cuestionada a don Joaquín Catalán Horcajada, que inscribió su adquisición en el Registro; que doña Concepción demandó al señor Treviño y a cualquiera que con posterioridad al 30 de mayo de 1956 adquiriese algún derecho sobre la finca el «Casquetazo», para que se declarase no haber lugar a la resolución aludida, dejándose en vigor la escritura de 5 de marzo de 1951, aclarada por la de 12 de noviembre de 1953; que la demanda se anotó en el Registro el 11 de enero de 1957, extinguiéndose después por caducidad; que el Juzgado dictó sentencia con fecha 24 de enero de 1958, rechazando la pretensión de la demandante; que en diversas fechas comprendidas

entre los años 1958 a 1966, don Joaquín Catalán vendió varias parcelas segregadas de la repetida finca a diferentes compradores que inscribieron sus títulos después de extinguida la anotación de la demanda; que doña Consolación recurrió contra la sentencia del Juzgado llegando hasta el Tribunal Supremo, que en 21 de diciembre de 1963 declaró no haber lugar a la resolución del contrato de compraventa litigioso; que presentada en el Registro ejecutoria de la anterior sentencia, fue denegada su inscripción por figurar la finca a que se refería inscrita a nombre de terceros adquirentes; que interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del Registrador fue confirmada la nota recurrida por Resolución de 31 de octubre de 1969, y que la señora Huertas, en trámite de ejecución de sentencia, solicitó del Juzgado expidiese al Registrador mandamiento de anotación preventiva de la misma sobre la finca el «Casqueta de Peñaranda», que fue librado el 15 de diciembre de 1970.

Presentado en el Registro el anterior documento, fue calificado con la siguiente nota. «Denegada la anotación o anotaciones de los párrafos tercero y décimo del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, ordenadas en el mandamiento dado por el señor Juez de Primera Instancia de ese partido, fecha 15 de diciembre de 1970, aceptando exhorto del señor Magistrado-Juez número 14 de los de Madrid, por cuanto la finca 6.240 del Registro, folios 199 y 200 del tomo 1.350, libro 296 de Campo de Criptana, inscripciones 11 y 12, y la finca 5.009, folio 84 del tomo 1.335, libro 294 de Campo de Criptana, y folio 42 del tomo 1.452, libro 312 del mismo término, inscripción sexta; fueron inscritas a favor de don Joaquín Catalán Horcajada, casado con doña Dolores Cobo Muñoz, y sucesivamente, en cuanto a la número 6.240 a favor de varios adquirentes, en virtud de segregaciones distintas, aunque no en su totalidad segregada, siendo dichos titulares personas distintas del demandado don Gregorio Treviño Peñaranda. Y todo ello conforme a los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 31 de octubre de 1969, concretada al caso aquí calificado, y dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado recogiendo doctrina del Tribunal Supremo y otras resoluciones de la propia Dirección General, aplicables al mismo supuesto. No es procedente tomar anotación de suspensión».

Doña Concepción Huertas y Sánchez Carrillejo interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que como no se ha hecho caso a la ejecutoria del Tribunal Supremo, promoviendo la ejecución de la sentencia, ha obtenido mandamiento judicial para hacer efectivo su derecho; que si los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, el Registrador debió aceptar el citado mandamiento (art. 1.º de la Ley Hipotecaria); que no hay por qué traer a colación, como hace el Registrador, a personas que no han sido parte en el procedimiento y si las cuestiones hipotecarias y procesales entre demandante y demandado tuvieron acceso al Registro, es lógico pensar que ambos se vean amparados por éste (art. 42, párrafos segundo y décimo de la Ley Hipotecaria); que lo que se ha hecho es ventilar ante los Tribunales la ejecución de una sentencia y no tiene explicación que el Registrador le niegue su acceso al Registro (art. 66 de la Ley Hipotecaria); que los obstáculos que opone el Registrador son ajenos al pleito sostenido entre demandante y demandado, por lo que son inoperantes en este caso en que únicamente se discute la nulidad de una resolución contractual que tuvo acceso al Registro bajo la forma de pacto comisorio o condición resolutoria expresa (art. 99 del Reglamento Hipotecario), y que el Tribunal Supremo anuló la resolución del contrato de compraventa llevada a cabo por el señor Treviño, y este Alto Organismo Judicial extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional (art. 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El Registrador informó: Que la cuestión planteada en este recurso es exactamente la misma que ya fue decidida por la Dirección General en Resolución de 31 de octubre de 1969, por lo que no procede volver sobre ella, citando al efecto las Resoluciones de 21 de noviembre de 1889, 3 de mayo de 1890 y 14 de febrero de 1937.

Reclamado informe al Magistrado-Juez que intervino en el procedimiento, contestó que se abstenía de emitirlo por hallarse los autos en apelación admitida en ambos efectos por providencia de 19 de octubre de 1971.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por la razón señalada por este funcionario y que implícitamente reconoce la propia recurrente al comienzo de su escrito de interposición, haciendo notar, además, que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 21 de diciembre de 1963, se cuidó de advertir que «tampoco procede hacer ninguna declaración contra cualquier persona que pudiera alegar un posible derecho sobre las fincas actualmente en litigio y adquirido con posterioridad al 30 de mayo de 1956, por no ser solicitado ni sería procesalmente factible», declaración que explica el rigor lógico del Magistrado-Juez de Primera Instancia en su informe en el anterior recurso al indicar que el órgano de casación «no se pronunció sobre aspecto alguno de la situación registral de las fincas a que el proceso se refería... y por ello no es dable valorar aquella calificación registral en función de la ejecutoria, vacua de todo procedimiento que, atinente a la situación registral, pudiera demostrar el error». Y la Dirección General confirma el auto apelado y la nota del Registrador en virtud de la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*.—Vistos los artículos 1.º, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, 99 del Reglamento para su ejecución y la Resolución de 31 de octubre de 1969.

Considerando que la anotación preventiva, solicitada en trámite de ejecución de sentencia, que se pretende basar en los números 3 y 10 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, tropieza con el hecho de encontrarse la primitiva finca discutida—y las que de ellas tienen su origen a través de diversas segregaciones—inscrita no a nombre del demandado, sino a favor de posteriores adquirentes, situación registral idéntica a la que existía cuando la misma recurrente pretendió inscribir la propia sentencia firme, lo que no consiguió, dando motivo a la Resolución de este Centro de 31 de octubre de 1969, que confirmó la nota de calificación registral.

Considerando que los mismos fundamentos legales que recogía la mencionada Resolución son aplicables ahora al presentarse nuevamente la cuestión, ya que por encontrarse las fincas inscritas a nombre de terceras personas, que no fueron parte en el proceso y cuyos derechos forzosamente no se pueden desconocer, tal como pone de manifiesto la propia sentencia en trámites de ejecución, cuando expresa que no es procesalmente factible por no haberse solicitado hacer declaración alguna contra cualquier otra persona que pudiera alegar un posible derecho sobre las fincas en litigio, por lo que dada esta situación y la existencia de preceptos tan básicos en materia registral como los artículos 1.º, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, que recogen los principios de legitimación y fe pública de protección al titular inscrito y a los terceros de buena fe todo lo cual obliga a no poder practicar la anotación solicitada.

C) *COMENTARIO*.—Nos remitimos al que figura en el número 477 marzo-abril de 1969, página 482, de esta Revista, en el que respecto de la misma cuestión se analizan los siguientes extremos: A) La inscripción de las Resoluciones judiciales que pueden afectar al contenido registral vigente. B) Efectos de la anotación de demanda respecto del tracto sucesivo. C) Duración de la anotación de demanda. D) Caducidad lega

REGISTRO MERCANTIL

2. SOCIEDAD ANONIMA: RESERVA LEGAL.—EL FONDO POR PRIMA DE EMISIÓN DE ACCIONES SUPERIOR AL QUE DEBIERA HABER POR RESERVA LEGAL NO PERMITE PRESCINDIR DE LA FORMAL CONSTITUCIÓN DE ÉSTA.

LA RETENCIÓN DE CANTIDADES PERCIBIDAS POR LA EMISIÓN DE ACCIONES CON PRIMA NO CONSTITUYE PROPIAMENTE UNA RESERVA DEL MISMO TIPO QUE LA LEGAL, PUES SU FINALIDAD INMEDIATA Y CONCRETA ES DE SEGUNDO GRADO Y SE REDUCE A FORZAR LA DOTACIÓN DE LA EXIGIDA POR EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 106 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

Resolución de 19 de febrero de 1972 («B. O. del E.» de 18 de marzo).

A) *Antecedentes de hecho.*—La Sociedad recurrente, «Compañía Minera de Barcelona, S. A.», tenía en 31 de diciembre de 1970 un capital social de 675.000 pesetas y una reserva por prima de emisión de acciones de 225.000 pesetas, sin tener constituida reserva legal alguna, y su balance cerrado en la indicada fecha arrojó un beneficio de 163.504 pesetas, el cual, en Junta universal de accionistas, celebrada el 18 de junio de 1971, se acordó aplicar en la siguiente forma:

A distribución de beneficios mediante el aumento del capital social, con entrega de una acción liberada por cada ocho antiguas: 84.375 pesetas.

A previsión para impuestos: 63.989 pesetas.

Remanente: 15.140 pesetas.

Total del beneficio distribuible: 163.504 pesetas.

Que, según consta en certificación de la referida Junta, se acordó también «no destinar cantidad alguna a la reserva legal prevista en el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas y 34 de los Estatutos sociales, por cuanto, entre otras razones, la reserva por prima de emisión de acciones que en el mismo artículo prevé la Ley sobrepasa con exceso la legal y tiene idéntica finalidad, hasta el punto de ordenar que no se podrá disponer de aquélla hasta que la reserva legal haya alcanzado la quinta parte del capital desembolsado»; que, en su lugar, se convino que el reparto de beneficios tuviera lugar mediante la entrega de acciones liberadas en la proporción acordada previamente de una nueva por cada ocho antiguas; que, en consecuencia, el capital social fue aumentado en 84.375 pesetas, quedando fijado en 759.375 pesetas, representado por 10.125 acciones al portador, de 75 pesetas nominales cada una, y que,

para formalizar los anteriores acuerdos, el 13 de julio de 1971, don Andrés Aldazábal Zuberogitia, en representación de la «Compañía Minera de Barcelona, S. A.», otorgó ante el Notario de dicha capital don Joaquín Antuña Montoto la correspondiente escritura pública. Presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del documento que antecede, que ha sido complementado por una certificación expedida por el Secretario del Consejo de Administración de la Sociedad 'Compañía Minera de Barcelona, S. A.', en esta ciudad, a 13 de octubre de 1971, con el visto bueno del Presidente, cuyas firmas ha legitimado el Notario de Barcelona don Joaquín Antuña Montoto, el 14 de los corrientes, por cuanto los acuerdos de la Junta general universal de accionistas de dicha Sociedad, celebrada el 18 de junio de 1971, referentes a distribución entre los accionistas de acciones procedentes de ampliación de capital, con cargo a los beneficios del ejercicio de 1970, sin detraer la reserva legal, infringen los artículos 106 de la Ley de Sociedades Anónimas y 34 de los Estatutos sociales». Don Juan Hernández Arbós, actuando en su calidad de Consejero Delegado de la «Compañía Minera de Barcelona, S. A.», interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el artículo 34 de los Estatutos sociales recoge lo preceptuado por el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas, en orden a la reserva legal, y, a su vez, dicho artículo 106 dispone también que las cantidades percibidas por la emisión de acciones con prima no podrán ser distribuidas hasta que la reserva legal haya llegado al indicado límite; que de la interpretación conjunta del referido artículo 106 se deduce que la reserva por prima de emisión y la reserva legal cumplen idéntica finalidad, que es la de constituir un fondo de garantía para el fortalecimiento de la Sociedad; que este criterio es compartido por la doctrina y resulta destacado en el anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas; que si ambas reservas responden a un mismo fin, cual es el fortalecimiento de la Sociedad y la defensa de la integridad del capital social, resulta evidente que en el presente caso no existe obligación de dotar la reserva legal, ya que la reserva por prima de emisión constituida representaba antes de la ampliación el 33,333 por 100 del capital, y después de dicha ampliación, el 29,629 por 100, porcentaje que excede ampliamente del 20 por 100 previsto en el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas; que la reciente legislación española, inspirada en la alemana, reconoce la idéntica naturaleza jurídica de la reserva legal y de la reserva por prima en la emisión de acciones, preceptuando el artículo 5.º, a), de la Orden de 5 de junio de 1964, referente al régimen fiscal de las Sociedades de inversión inmobiliaria, que se destinará a incrementar la reserva legal el importe de las cantidades percibidas en concepto de prima en la emisión de acciones; que de lo dicho se desprende que una vez cubierto con exceso a través de la reserva por prima en la emisión de acciones el fondo de garantía que exige el repetido artículo 106, y teniendo ambas reservas idéntica misión de cobertura, no existe en el presente caso obligación de detraer el 10 por 100 de los beneficios, por lo que no resulta ajustada a derecho la calificación registral, y que no puede en modo alguno alegarse la infracción de los artículos 106 de la Ley y 34 de los Estatutos, ya que si no se ha efectuado la reiterada retracción de los beneficios ha sido por el hecho de que la reserva por prima de emisión cubre con exceso el límite obligatorio de la reserva legal, y como de aquélla no puede disponerse a tenor del artículo 106, quedan debidamente salvaguardados los derechos de tercero y el principio de defensa del patrimonio social. El Registrador mantuvo su calificación por los siguientes razonamientos: que si bien es cierto que el párrafo segundo del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas

asimila las cantidades percibidas por prima de la emisión de acciones a las destinadas a reserva y no podrán ser distribuidas hasta que la reserva legal haya alcanzado el 20 por 100 del capital desembolsado de la Sociedad, constituyendo así un fondo de garantía y defensa del patrimonio social, no tiene la finalidad nivelatoria de la cuenta de pérdidas y ganancias y, por tanto, no existe la obligación de aplicarlas a la absorción de resultados adversos, de suerte que, enjugada la reserva legal, puede la Sociedad mantener en el pasivo aquellas cantidades y lucir en la cuenta de pérdidas y ganancias resultado negativo por importe superior a la referida suma; que, contrariamente a la tesis del recurrente, el artículo 5.º de la Orden de 5 de junio de 1964 refuerza lo que acaba de decir, toda vez que obliga a aplicar a la reserva legal el importe de las cantidades percibidas en concepto de prima en la emisión de acciones, hasta que aquélla alcance el 50 por 100 del capital social, significando claramente con esto la diferencia entre ellas, pues no siendo así carecería de sentido la norma señalada respecto al reflejo contable que deben tener las primas en la emisión de acciones hasta alcanzar el porcentaje indicado, puesto que de ser idénticas reserva legal y reserva por prima en la emisión de acciones, no sería necesario lo preceptuado, y que como fundamentos de derecho indicaba los artículos 106 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, 4 del Código Civil, 53 del Reglamento del Registro Mercantil y 5.º de la Orden de 5 de junio de 1964.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*.—La Dirección General confirma la nota del Registrador en virtud de la siguiente doctrina:

Vistos los artículos 94, 103 y 106 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Considerando que la cuestión a resolver en este recurso aparece centrada en, si cabe, que una Sociedad pueda indefinidamente prescindir de la formal constitución de la reserva legal, ordenada en el artículo 106 de la Ley, debido a que la propia Sociedad tiene un fondo por prima de emisión de acciones que supera con exceso, según los datos contables, al que debiera haber por reserva legal, y persistir en tal comportamiento con ocasión de nueva ampliación de capital y emisión de acciones con prima.

Considerando que la reserva legal—que es, según pone de manifiesto la doctrina, un capital adicional formado obligatoriamente mediante la detracción en cada ejercicio de una cuota parte de los beneficios hasta que se alcance una cifra igual a la quinta parte del capital desembolsado—tiene por finalidad la de cobertura del saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias, nivelando un balance deficitario, y en última instancia sirve para la defensa de la integridad del capital social, y a esta finalidad obedece su constancia en la correspondiente partida en el pasivo del balance, tal como establece el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Considerando, en cambio, que la retención de cantidades percibidas por la emisión de acciones con prima—v que responde fundamentalmente a adecuar las aportaciones de los nuevos socios al valor efectivo de las cuotas sociales que asumen—no constituye propiamente una reserva del mismo tipo que la legal, aunque se la quiera asimilar a ella, pues su finalidad inmediata y concreta es de segundo grado, y se reduce a forzar la dotación de la reserva legal del primer párrafo del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas, viniendo, pues, a significar aquella retención sólo un primer paso para la formalización de tal reserva, de la cual resulta, claro está, garantía, y de ahí la lógica consecuencia establecida en el párrafo segundo del mismo artículo, de que mientras no se alcance el límite legal de la quinta parte del capital social, se prohíba

la distribución de las primas entre los socios, para no disminuir la garantía global de la Sociedad.

Considerando que, a diferencia de la legislación alemana—artículo 150, 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, de 6 de septiembre de 1965—, en donde las primas de emisión entran a formar parte siempre de la reserva legal, y salvo en contados casos, no cabe disponer de ellas para distribuirlas entre los accionistas, el legislador español sigue el precedente del Código Civil italiano—artículo 2.430—y permite, tal como se indicó en el considerando anterior, que una vez cubierto el límite del artículo 106 de la Ley, adquieran el carácter de reservas disponibles y pueda, con cargo a ellas, según establece el artículo 94 de la misma, aumentarse el capital social, operación, por el contrario, irrealizable si se trata de hacerla con cargo a la reserva legal.

Considerando que en el caso cuestionado no se ha formalizado la reserva legal, dotándola en la forma prevista por la Ley, según se deduce de la propia exposición de hechos, pues ni se ha incluido en el pasivo la cifra de dicha reserva ni en el activo la de los bienes afectos a la misma, y ello supuesto, la escritura de aumento de capital mantiene el equívoco inicial con el argumento de la identidad entre reserva legal y la que llama reserva por prima de emisión de acciones, lo cual, como se ha indicado, no se ajusta a los preceptos legales.

C) COMENTARIO.—El artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas exige que figuren en el pasivo del Balance: la reserva legal y las demás reservas, es decir, que al lado de la reserva creada por imperativo de la Ley con destino, cuantía y finalidad prefijadas, se admiten las reservas voluntarias o extralegales, sean estatutarias o acordadas por la Junta General y derivadas, como su propio nombre indica, de la voluntad de la Sociedad. Como figura intermedia entre ambas clases de reservas legales y voluntarias se encuentran las constituidas por la Sociedad con las cantidades percibidas por la emisión de acciones con prima, que participan de las características de aquéllas, ya que son de libre creación—nota que concurre en las voluntarias—y de disposición prohibida o restringida—nota distintiva de las legales—, pues no podrán ser distribuidas hasta que la reserva legal haya llegado al límite mínimo exigido.

Aunque toda Sociedad Anónima tiene derecho a la constitución de reservas voluntarias y disponibles—artículo 94 de la Ley de Sociedades Anónimas—, tal derecho se correlaciona con el imperativo deber que le incumbe de constituir una reserva legal, que, según el artículo 106 de la propia Ley, consiste en la detracción del 10 por 100 de los beneficios superiores al 6 por 100 del importe nominal del capital, hasta alcanzar la quinta parte del capital desembolsado. Este deber de la Sociedad es inexcusable, hasta el extremo de que no podrá disponer de la reserva legal, sino para cubrir, en su caso, el saldo deudor de la cuenta de Pérdidas y Ganancias, y habrá de reponerse siempre que descienda del indicado nivel.

Además, por consistir la reserva legal en una cuota parte del capital social, está dotada, al igual que éste, de los caracteres de fijeza e inmutabilidad mientras no se proceda a la modificación del capital social en la forma prevista en la Ley de Sociedades Anónimas. Por el contrario, la reserva que se constituye a base de la emisión de acciones con prima ofrece un carácter variable, aparte de su voluntariedad, ya que su existencia depende de que se produzca tal emisión.

Según queda indicado, las reservas legales se nutren de los beneficios que excedan de los topes previstos en el artículo 106 de la Ley, extinguiéndose o paralizándose esta obligación cuando el fondo de reserva haya alcanzado la proporción mínima prevista en dicho precepto, y rena-

ciendo, cuando la cuenta de la reserva descienda por bajo de dicho nivel. Es decir, que otra de las notas distintivas de la reserva legal es la de que siempre sale del beneficio, por lo que claramente se diferencia de la reserva constituida por las cantidades correspondientes a la prima de emisión, dado que éstas no pueden considerarse como beneficio, sino más bien como aportación complementaria del accionista (1), de ahí que propiamente no constituyan un fondo de reserva, sino de cantidades asimiladas a la reserva o, como indican GARRIGUES y URÍA, de una reserva eventual (2).

De lo anterior resulta que dentro de las reservas permitidas por la Ley de Sociedades Anónimas existen diversas categorías: la inexcusable y de primer grado, reserva legal; la de segundo grado, constituida por las cantidades percibidas por la sociedad por la emisión de acciones con prima y las reservas voluntarias. Entre las reservas de primero y segundo grado se producen importantes diferencias, de las que se pueden señalar las siguientes:

- El carácter imperativo de la reserva legal y voluntario de la constituida con prima de emisión de acciones.
- La naturaleza invariable de la primera, por ser una cuota parte del inmutable capital social, mientras que la de prima de emisión puede surgir en cualquier cuantía. Ello no impide que la reserva legal pueda establecerse por cantidades superiores al mínimo legal, pero en tal caso estaremos ante la reserva voluntaria respecto del exceso.
- La legal se nutre de los beneficios sociales, mientras que la de emisión, de acciones con prima de las aportaciones de los accionistas.
- La legal tiende a nivelar la cuenta de Pérdidas y Ganancias, mientras que la de prima de emisión va únicamente a cubrir la reserva legal, por ser una garantía de segundo grado; por ello, la Ley de Sociedades Anónimas no permite su distribución hasta que la reserva legal haya llegado a su límite mínimo.

En consecuencia, no puede admitirse la postura de la sociedad recurrente, por ser una infracción del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas, al no destinar cantidad alguna a la constitución del fondo obligatorio de reserva legal, que, por lo demás, no está ni constituida, sin que pueda admitirse su argumentación de que el fondo de reserva con prima de acciones cubre con creces el mínimo legal exigido, pues, como hemos visto, esta última de modo alguno puede confundirse con la reserva legal.

E. F. C.

(1) Se suele considerar al beneficio como la ganancia derivada de la actividad comercial de la Sociedad que se traduce en una inmediata elevación del patrimonio. A BÉRGAMO, en *Sociedades Anónimas* (Las Acciones), vol. II, Madrid, 1970, pág. 15, limita este concepto en el sentido de que el principio de fijeza del capital impide que se consideren beneficios los aumentos eventuales del patrimonio social cuando no esté cubierto el nivel de capital-garantía. El saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias debe enjugarse, en su caso, echando mano de la reserva legal, y si ésta es insuficiente para absorber el déficit registrado, el patrimonio resultará inferior al capital. De ahí la imposibilidad de calificar como beneficio cualquier incremento de emergencia, en tanto no se haya restablecido la altura de cota entre el patrimonio y el capital.

(2) Segunda edición, Madrid, 1953, pág. 396.

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

INSCRIPCION Y DOCUMENTO PRIVADO. PERSONA INTERPUESTA.
NOTA MARGINAL. (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1969.)

Hechos.—Don Luis R. L. compró a don Angel Y. M., en documento privado, una finca urbana, que constaba inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de los padres del vendedor. Al fallecimiento de éstos se otorgó la correspondiente escritura particional, en la que fue incluida la citada finca y adjudicada a diversos herederos en proindivisión, vendiéndose luego algunas de las participaciones indivisas. Durante todos estos actos, don Luis R. L. estuvo en posesión de la finca.

El citado don Luis R. L. interpone demanda contra los titulares registrales solicitando se declare su propiedad en base al documento privado y a la prescripción adquisitiva, haciendo una serie de pedimentos muy originales en relación con las inscripciones del Registro de la Propiedad: que se pusiera una nota marginal (o se hiciese constar en la forma que fuese) indicando que las inscripciones en que aparecen como titulares los padres del que le vendió la finca en documento privado han de considerarse como practicadas a favor del hijo vendedor, pues la adquisición que realizaron los padres no fue en su propio nombre, sino como personas interpuestas del único y exclusivo dueño de la finca, que era el hijo, y, además, que se cancelaron todas las inscripciones sucesivas de herencia y venta de participaciones.

Los demandados contestan alegando su titularidad registral y pidiendo que el demandante poseedor de la finca les rinda cuentas de la administración llevada a cabo.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revoca la sentencia, desestimando la demanda y absolviendo de la misma a los demandados.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandante, por razones procesales, sin llegar a entrar en el fondo de la cuestión, confirmando así la sentencia de la Audiencia, que hizo prevalecer el contenido de los asientos registrales sobre el documento privado alegado por el demandante.

COMENTARIO.—Aunque esta sentencia no contiene doctrina sustantiva, queremos apuntar, a propósito del caso debatido en el pleito, que no resulta conforme con los preceptos hipotecarios extender la nota marginal solicitada por el demandante y admitida por el Juzgado de Primera Instancia, pues no está previsto en la legislación hipotecaria una nota marginal de tal alcance, consistente en sustituir la titularidad registral, sin realizar la cancelación correspondiente, previa declaración de nulidad de la inscripción. No hay que olvidar que los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales y no pueden quedar afectados si no se insta su nulidad o cancelación, no pudiendo considerarse cumplido tal requisito con la citada nota marginal. Pero la sentencia del Juzgado fue revocada por la Audiencia, y el Tribunal Supremo confirmó la de la Audiencia, por lo cual esa extraña nota marginal no ha tenido acceso al Registro.

TERCER ADQUIRENTE DE FINCA HIPOTECADA DURANTE EL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA. INTERPRETACION DEL ARTICULO 134 DE LA MISMA. ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1969.)

Hechos.—Seguido procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se sacó la finca a pública subasta, declarándose varias subastas en quiebra, por no consignar los adjudicatarios correspondientes el resto del precio ofrecido, perdiendo el depósito previo realizado. En esta fase del procedimiento, el deudor, dueño de la finca, la vendió a un tercero, que sabía la existencia del procedimiento, pues su adquisición e inscripción fue posterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Dicho tercer adquirente presentó escrito al Juzgado solicitando certificación acreditativa de estar abonado el principal y costas reclamadas, petición a la que accedió el Juzgado expidiendo certificación de estar satisfechas las costas y el principal (no decía nada de los intereses), añadiendo que la finca no se hallaba afectada a ninguna otra responsabilidad. En vista de ello, el tercer adquirente no intentó ninguna otra actuación. Pero, en realidad, a pesar de la certificación del Juzgado, faltaban por pagar los intereses y así lo reconoció después el propio Juzgado, pues se sacó la finca a nueva subasta a dicho efecto, adjudicándose definitivamente por auto judicial al acreedor hipotecario.

Terminado el procedimiento judicial sumario, el tercer adquirente interpone demanda contra el acreedor hipotecario adjudicatario de la finca, suplicando se dictase sentencia por la que se declarase que la finca es de la propiedad exclusiva del demandante, por lo que se debe declarar nula y sin ningún valor ni efecto la subasta del procedimiento judicial sumario y la correspondiente adjudicación judicial.

El Juzgado de Primera Instancia número 23 de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda, siendo confirmada dicha sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial.

El demandante interpone recurso de casación alegando aplicación

indebida del artículo 134 de la Ley Hipotecaria, pues la sentencia apelada parte de que el tercer adquirente, ahora recurrente, debería haberse personado en el procedimiento judicial sumario, conforme a lo dispuesto en aquel artículo a efectos de sus derechos y obligaciones; pero para que esto fuera así era necesario, por disposición del propio precepto, que el acreedor no hubiera hecho efectivo su derecho sobre la finca hipotecada, y, según la certificación del Juzgado, la finca estaba libre de responsabilidad, por lo cual no procedía comparecer más veces en el procedimiento.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo, partiendo, como ahora se verá, de la exigencia de una extremada diligencia por parte del tercer adquirente, que se hace dueño de la finca durante un procedimiento judicial sumario, a sabiendas de la existencia de éste, declara no haber lugar al **recurso**:

Considerando... que la acción ejercitada fue la reivindicatoria de los artículos 348 y 349 del Código Civil en su aspecto declarativo, era indispensable la concurrencia de los tres requisitos inexorablemente exigidos por la doctrina legal, es decir, la identidad del objeto, la titularidad dominical de quien actúa y la detentación injusta de quien posee la cosa y a quien, en definitiva, se reclama; de los cuales no ofrecían duda alguna los dos primeros respecto de un objeto perfectamente identificado y con apoyatura jurídica en un título de compraventa escriturado notarialmente e inscrito en el Registro de la Propiedad, siendo, en cambio, de difícilísima comprobación el tercero, habida cuenta que el actual titular, que también inscribió regístralmente su derecho, presentaba como título aquel acto de subasta pública celebrado en el Juzgado y la consiguiente adjudicación efectuada por la autoridad judicial, cuya nulidad era por ello necesario alegar y demostrar a los efectos de la prosperabilidad de la reivindicación intentada, «...no habiéndose impugnado en su momento procesal oportuno, lo que da al procedimiento» un valor de legalidad incompatible con lo injustificado de la detentación, necesario como se ha dicho, para el buen éxito de la acción reivindicatoria, inacción del entonces actor y ahora recurrente, que, por otra parte, sólo puede imputarse a su propia negligencia o descuido...

Considerando... respecto a la aplicación indebida del artículo 134 de la Ley Hipotecaria, se sostiene por el recurrente, en su día tercer adquirente de la finca hipotecada, que no tenía por qué personarse en los autos subrogándose en el puesto del anterior dueño para que se entendiesen con él las ulteriores diligencias, puesto que ya había pagado en el Juzgado que entendía del asunto el importe del principal y de las costas—a que alcanzaba la garantía hipotecaria—, obteniendo incluso una certificación judicial, que tiene fecha 9 de octubre de 1964, en la que expresamente se decía que la referida finca «no se hallaba en la actualidad afecta a ninguna otra responsabilidad en el mencionado pleito»; razonamiento que, sin embargo, no tiene en cuenta precisamente lo que constituye la base del mismo, ya que apoyándose en el texto legal sostiene que aquella posibilidad se reduce al supuesto de que tenga lugar «antes que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca hipotecada», lo que aquí no sucedía a virtud de la certificación reseñada, pero evidentemente concurre, al menos en forma problemática, si el mismo juzgado estima después que aquella satisfacción no se produjo de modo complejo, momento en que la personación del entonces actor y hoy recurrente pudo realizarse para impugnar válidamente esta última resolución y las antes relatadas de que trajo causa el adjudicatario, que de lo contrario, cual evidentemente sucedió, adquirieron una firmeza de

imposible atacabilidad procesal por la vía elegida, lo que implica la desestimación del recurso en su totalidad...

COMENTARIO.—Esta sentencia viene a decir que aunque el Juzgado erróneamente expidiese una certificación a solicitud del tercer adquirente, acreditativa de que la finca estaba libre de las responsabilidades del procedimiento, esta actuación, no prevista en la tramitación del procedimiento judicial sumario, no dispensa al tercer adquirente de preocuparse de la tramitación del procedimiento hasta su terminación, extremando su diligencia, interpretándose entonces la frase del artículo 134, arriba mencionada («antes que el acreedor haga efectivo su derecho»), no en el sentido subjetivo de que el tercer adquirente debe personarse *antes que crea, con más o menos fundamento, que el acreedor ha hecho efectivo su derecho*, sino en el sentido objetivo de que el tercer adquirente debe personarse en el procedimiento *antes que el acreedor ha hecho efectivo su derecho totalmente*, prescindiéndose de lo que piense el tercer adquirente o de lo que diga una certificación del Juzgado, luego contradicha por la declaración de que faltaban por satisfacer los intereses. En una palabra, que el tercer adquirente, dadas las especiales circunstancias de su adquisición durante un procedimiento de ejecución hipotecaria, debe estar en continua tensión y no obtener tranquilidad ni siquiera por una certificación del propio Juzgado en que se tramita el procedimiento.

DOBLE INMATRICULACION: ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA.
(SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1969.)

Hecho.—En un caso de doble inmatriculación, el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Barcelona resuelve la cuestión a favor del titular registral de la finca de más antigua historia registral, de la cual era parte la que constaba actualmente inscrita a favor del demandado. La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona confirma la sentencia del Juzgado.

El demandado interpone recurso de casación, siendo el motivo más interesante del recurso el segundo, en el que se dice que la demanda de nulidad de la inscripción, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, existiendo un tercero, que en el caso de autos es el recurrente, no puede dirigirse sólo contra el tercero, sino que tiene que remontarse al titular de quien ha traído causa por tacto registral sucesivo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente-Tutor y Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso, destacando, a efectos hipotecarios, el considerando segundo:

Considerando que el segundo de los motivos, articulado por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia la inaplicación en la resolución impugnada del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, basándose para ello en que no se solicita en la demanda la nulidad de la inscripción registral de la finca a favor de la recurrente, que obliga a la sentencia de instancia a declarar su ineficacia, y habida cuenta que el pedimento tercero del suplico de la demanda solicita se ordene la cancelación de los asientos de referencia y así se concede en el fallo impugnado, es evidente que al ordenar la norma invocada la necesidad cuando se ejercite una acción contradictoria del dominio de solicitar previamente o a la vez la nulidad

o cancelación de la inscripción ha quedado cumplido el precepto legal, que ha sido rectamente aplicado, y parece el motivo.

COMENTARIO.—Nosotros creemos que es justa esta sentencia teniendo en cuenta su total contenido, pero queremos comentar cierta imprecisión en el considerando que hemos transcrito, pues el recurrente no se basaba en que no se había solicitado la nulidad de la inscripción a su favor, como dice la sentencia, sino en que no se había solicitado la nulidad de las inscripciones a favor de los titulares anteriores de quien el recurrente traía causa. Esta imprecisión del considerando no afecta para nada al fallo del Tribunal Supremo, pues, en todo caso, habría que llegar a la misma conclusión, consistente en que no había dejado de aplicarse el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues el demandante solicitó en el pedimento tercero de su demanda la cancelación de «los asientos» de la finca del demandado. Es decir, utilizó el plural, lo que significa que no sólo solicitó la cancelación de la inscripción del tercero, sino de todas las inscripciones de la finca. Lo que no parece necesario es demandar a todos los titulares registrales anteriores, pues carecen de interés para ser parte en el pleito, ya que transmitieron su dominio, quedando extinguida su titularidad registral por la inscripción siguiente. Tampoco parece estrictamente necesario solicitar la cancelación de todas las inscripciones precedentes, a efectos del presente caso, pero es muy conveniente hacerlo para que no vuelva a plantearse un nuevo litigio por revivir dichas inscripciones al producirse la cancelación de la última.

ACCION REIVINDICATORIA: EL REQUISITO DE LA IDENTIDAD DE LA COSA RECLAMADA. LEGITIMACION REGISTRAL: JUSTIFICA LA IDENTIFICACION CATASTRAL DE LA FINCA INSCRITA. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1970.)

Hechos.—El Ayuntamiento de P. ejercita acción reivindicatoria contra doña D. LL. A., reclamando la propiedad de dos parcelas inmatriculadas a nombre de la demandada al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, por estimar que forman parte de la finca de mayor superficie inmatriculada a nombre del Ayuntamiento demandante. La demandada contesta negando identidad de las parcelas de su propiedad en relación con la finca inscrita a nombre del demandante, finca esta última que dice constituye una ficción, que no se adapta ni en superficie, ni en situación, ni en linderos, a la correspondiente parcela catastral perteneciente al Ayuntamiento.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, siendo revocada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, declara el deslinde de las fincas discutidas, en base a la demanda reconvenzional subsidiariamente formulada por la demandada, distribuyendo la superficie en forma favorable al Ayuntamiento demandante.

La parte demandada interpone recurso de casación por una serie de motivos, de entre los que prospera el motivo noveno, que se basa en la existencia de manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba, que resulta de documento auténtico, como es la certificación del Registro e la Propiedad relativa a los datos catastrales de la finca mayor inscrita a nombre del Ayuntamiento demandante.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara haber lugar al recurso casando la sentencia de la Audiencia.

Considerando que, según reiterada doctrina de esta Sala, uno de los requisitos esenciales de la acción reivindicatoria.. es el relativo a la identidad de la cosa cuya devolución se pretenda obtener, identidad que en el caso de finca rústica implica más que la determinación concreta y precisa de la cabida, la de su situación y linderos.

Considerando que .. en la sentencia recurrida se evidencia, por el contenido de la premisa fáctica (esta premisa fue declarar el deslinde, que debe preceder a la acción reivindicatoria, pues denota que no existe plena identificación de lo reclamado), «la inexistencia de la identidad de las parcelas objeto de la reivindicación».

Considerando que el documento básico del error de hecho alegado, mencionado anteriormente, es documento público..., porque su autenticidad la origina la oficialidad de la persona que lo libra, la competencia que le está atribuida y el cumplimiento del requisito formal. En este documento se consigna el acceso al Registro de la Propiedad del dominio de la finca 1.520, que fue inscrita, extendiéndose el correspondiente asiento, por lo cual tiene la autenticidad derivada del principio de legitimación registral, establecida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual hay que estar al contenido del asiento de inscripción en tanto en cuanto no sea cancelado y, por ello, revela por sí mismo, y sin necesidad de otros elementos probatorios, que la finca 1.520 corresponde a la parcela 190 del polígono 175 del término municipal de..., es decir, justifica la identificación catastral de la parcela 1.520, no obstante lo cual se afirma en la sentencia recurrida la dificultad para llegar a esa identificación.

COMENTARIO.—Esta sentencia destaca la aplicación del principio de legitimación registral a los datos catastrales recogidos en una inscripción del Registro de la Propiedad. Viene a sentar que si en una inscripción consta que una finca está catastrada bajo el polígono 1, parcela 1, por ejemplo, se presume, mientras no se demuestre lo contrario, que queda identificada catastralmente, con los efectos consiguientes. Pero ¿cuáles son esos efectos? ¿Que se ha de estar, en tal caso, al contenido del Catastro, respecto a la superficie de la finca? Nada tengo que decir respecto a la doctrina sentada para el presente supuesto, en que, desde diferentes ángulos, queda al descubierto la falta del requisito de la identidad de la cosa reclamada, propio de la acción reivindicatoria. Como en otras ocasiones, quiero señalar los peligros que tendría esta sentencia si se tratara de generalizar su doctrina a casos distintos del planteado. Ejemplo: supongamos que consta inscrita una finca con la superficie de 50 áreas y con determinados linderos, y con ocasión de una transmisión se mantiene en la inscripción siguiente la misma superficie y los mismos linderos, añadiéndose únicamente, porque así lo dice el título, que la finca está catastrada bajo el polígono 1, parcela 1. Hay que suponer también, para plantear el problema, que su superficie del Catastro (que no figuraba en la escritura y que se comprobó después con ocasión de un pleito con el colindante) era de 25 áreas. Nos preguntamos: ¿Puede perjudicar al titular inscrito, por aplicación del principio de legitimación registral, la referencia a la numeración catastral, a efectos de superficie? ¿Podría alegar el colindante, partiendo de la inscripción, que venía a recogerse en ella dos superficies, la de 50 áreas, por vía directa, y la de 25 áreas, por vía indirecta, y que, por tanto, desde el punto de vista registral, no tenía por qué prevalecer la primera? Nosotros contestamos negativamente, es decir, la referencia a una numeración catastral no

puede considerarse como una manifestación de la superficie catastral distinta de la que refleja la inscripción. Es cierto que se produce un contrasentido: la inscripción dice, por un lado, que la finca mide 50 áreas, y, por otro lado, dice que es la parcela 1 del polígono 1, y resulta que examinado con posterioridad el Catastro, esta parcela mide 25 áreas, según el propio Catastro. ¿Cómo interpretar esto? Desde el punto de vista registral, no hay más remedio que estar a los datos de la inscripción directamente reflejados en la misma. Si se ha producido una inscripción en tal sentido, hay que estar a la superficie directamente registrada de 50 áreas, a la que se extiende también la legitimación registral. Y respecto a la numeración de polígono y parcela catastral sólo puede dársele valor como una referencia a la situación de la finca (no a la superficie y linderos catastrales). Otra cosa es que producido el pleito y aportada la certificación catastral y otras pruebas quede de manifiesto que la finca tenía 25 áreas, en lugar de 50, pues en tal caso no se parte ya de la propia inscripción ni del principio de legitimación registral. Lo que hemos querido es precisar el valor de los datos catastrales recogidos en una inscripción, desde el punto de vista de la legitimación registral. Podemos completar lo dicho exponiendo que advertido el Notario de que la finca tiene distinta superficie en el Catastro y en el Registro, debe recoger en la escritura, con precisión, la idea de los interesados y no dejar en el aire el problema, pues no sería conforme con el principio de especialidad señalar en la escritura las dos superficies, la del Catastro y la del Registro, sin indicar cuál es la real. Para el caso de que en una escritura se hubiera procedido así y no pudiera saberse cuál de las dos superficies es la real y preferida por los interesados debe suspenderse la inscripción, en mi opinión, por ser contrario al citado principio hipotecario de especialidad indicar dos superficies contradictorias, y también contrario a la regla 4.ª del artículo 51 del Reglamento, ya que no quedaría precisada la verdadera superficie, como tampoco quedaría precisado el número o la calle de una urbana señalando varios números contradictorios, y debe subsanarse tal extremo por instancia en la que se indique cuál de las dos superficies es la real y la que debe constar, por tanto, en la nueva inscripción. Y, además, sería conveniente que si se refleja una superficie distinta de la del Catastro y, sin embargo, se recoge la numeración catastral, la escritura notarial precisará que tal numeración no se corresponde totalmente con la finca descrita con expresiones como las siguientes: «es parte de la parcela catastral» o «constituye la parcela catastral... y las parcelas catastrales...» u otras similares.

DECLARACION DE PRODIGALIDAD: NULIDAD DE ANOTACIONES PREVENTIVAS. TRACTO SUCESIVO EN ANOTACIONES. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1970.)

Hechos.—Don Pedro S. F., contra el que se había interpuesto una demanda de prodigalidad por su hijo, que no había sido aún anotada, vendió a don Ramón S. M. una finca, inscribiéndose tal venta en el Registro antes de anotarse demanda y sentencia de prodigalidad. Tales anotaciones de demanda y de sentencia de prodigalidad se practicaron con posterioridad a la inscripción de la venta y a pesar de ésta.

Don Ramón S. M. (cuya inscripción de compra salió indemne después de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1967, por no haber solicitado el hijo del prodigo la nulidad del título que motivó aquella inscripción) interpone demanda contra el citado descendiente del prodigo, don Manuel S. R., solicitando la nulidad y cancelación de dichas

anotaciones de demanda y sentencia de prodigalidad, por haber sido erróneamente practicadas, al no constar inscrita la finca a nombre del declarado pródigo, sino del demandante.

El Juzgado de Primera Instancia de Manresa desestimó la demanda partiendo de que las anotaciones pueden practicarse, aunque no consten inscritos los bienes a nombre de la persona contra quien se dirige la demanda, ya que no se trata de títulos traslativos o de gravamen.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revoca la sentencia del Juzgado, declarando la nulidad y cancelación de las anotaciones, por haber sido indebidamente practicadas.

El demandado interpone recurso de casación alegando fundamentalmente la mala fe del demandante, que conocía la demanda de prodigalidad, por lo que no está amparada su adquisición por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y proponiendo la interpretación que el Juzgado de Primera Instancia hizo del artículo 17 de la misma Ley.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso, entendiendo que el recurrente desvía la cuestión del proceso hacia la nulidad del título e inscripción del demandante, a pesar de que la única cuestión planteada en el mismo es la de la validez o nulidad de las anotaciones preventivas de prodigalidad. Centrada así la cuestión, añade que según el número dos del artículo 73 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 170 (?) y 171 de su Reglamento, «la anotación preventiva ha de limitarse a los bienes que aparezcan inscritos a nombre del que es objeto de la demanda de declaración de incapacidad».

COMENTARIO.—En el caso de esta sentencia se produjeron dos irregularidades registrales: una de ellas, la que da lugar al pleito, es la práctica de una anotación preventiva, a pesar de constar inscrita la finca a nombre de persona distinta de aquella contra la que se dirige la demanda, y la otra irregularidad, que queda al margen del pleito, consiste en haberse practicado un asiento de anotación preventiva para recoger la sentencia de prodigalidad, en lugar de un asiento de inscripción.

En cuanto a la primera irregularidad, el Tribunal Supremo hace una correcta aplicación del principio de tracto sucesivo. La interpretación que el Juzgado de Primera Instancia hizo del artículo 17 de la Ley Hipotecaria deja al descubierto al titular registral y en entredicho el principio de tracto sucesivo. El artículo 20 de la Ley Hipotecaria exige denegar la anotación, pues ésta contiene un acto que produce una modificación y que de algún modo afecta o grava el dominio inscrito a nombre de persona distinta del demandado. Esta interpretación amplia de artículo 20 de la Ley Hipotecaria está también patrocinada por la doctrina, y el Tribunal Supremo, en la presente sentencia, la refuerza acertadamente con el párrafo segundo del artículo 73 de la Ley Hipotecaria que dice así: «Cuando la anotación deba comprender todos los bienes de una persona, como en los casos de incapacidad y otros análogos, el Registrador anotará todos los que se hallen inscritos a su favor.» De este artículo y del 171 del Reglamento cabe deducir que no podrá extenderse la anotación sobre bienes no inscritos a nombre del demandado. Menos interés, a este efecto, tiene el artículo 170, que se refiere a otro caso distinto, a pesar de lo cual es citado incomprensiblemente por la sentencia.

La segunda irregularidad registral que encontramos es haberse empuñado el asiento de anotación preventiva no sólo para reflejar la demanda de prodigalidad, sino también para reflejar la posterior sentencia declarativa de tal estado, cuando lo procedente hubiera sido utilizar e

asiento de inscripción. Así se desprende del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que no prevé la anotación preventiva en materia de sentencias (sólo se refiere a las demandas de incapacidad en el número quinto), y del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, que emplea la fórmula «se inscribirán» para las resoluciones judiciales del tipo que comentamos. Esta irregularidad no salió a relucir en el pleito, pero conviene que se haga notar, pues no se trata de una simple cuestión adjetiva ésta de utilizar un asiento distinto, sino que puede tener importantes repercusiones, como, por ejemplo, a propósito del plazo de caducidad de las anotaciones establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, que no es aplicable a los asientos de inscripción.

ACCION REIVINDICATORIA: CUESTION DE LA PRUEBA DE LA BUENA FE DEL TERCERO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1970.)

Hechos.—La actora suplica se dicte sentencia declarando ser de su propiedad una finca inscrita a su nombre en posesión, posteriormente convertida en inscripción de dominio, y ser nulas e inexistentes las ventas sucesivas de una parcela y el expediente de dominio seguido respecto a otra, así como de las respectivas inscripciones, por ser dichas parcelas partes de la finca de su propiedad. Los demandados adquirentes oponen que la inscripción de posesión de la actora, en el supuesto hipotético de que se refiera a la misma finca que la comprada por ellos, no puede prevalecer sobre sus respectivas inscripciones de dominio, pues la conversión de aquella inscripción en inscripción de dominio se produjo con posterioridad a la fecha de las inscripciones practicadas a su favor.

El Juzgado de Primera Instancia de Arrecife estima la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas.

Los demandados adquirentes de las parcelas interponen recurso de casación por estimar infringido el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y por haber incurrido la sentencia en error de hecho en la apreciación de la prueba, pues la Audiencia negó su condición de terceros hipotecarios por faltar el requisito de la buena fe, siendo que ésta queda acreditada por el examen de la escritura pública de compra de parcelas, que está en directa relación con la certificación del Registro de la Propiedad, en la que figura la finca debidamente inscrita a nombre del transmitente.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar al recurso:

Considerando que se aduce que la sentencia impugnada ha incidido en error de hecho en la apreciación de las pruebas, según resulta, dicen, «de los documentos auténticos obrantes en autos», y para acreditar el pretendido error se cita, determinadamente, la escritura de 3 de febrero de 1961, por la que la expresada Entidad compró, entre otras, la finca cuestionada, hallándose la referida escritura «en directa relación» con el certificado del Registro de la Propiedad de Arrecife que se expresa; mas el mencionado documento y la misma inscripción nada evidencian por sí mismos en orden a la negada buena fe de la Sociedad recurrente, pues para juzgar sobre este punto se tuvieron presentes por la Sala sentenciadora diversas probanzas y elementos de juicio, y la mentada escritura sólo demuestra realmente que ante el Notario autorizante y en la fecha que se dice se hicieron por los comparecientes las manifestacio-

nes externas que en ella se contienen, pero esto no acredita la veracidad intrínseca de esas declaraciones e igual cosa debe decirse de la escritura de 10 de marzo de 1960, que también se cita, mas, por otra parte, ese documento básico ha sido tenido en cuenta por el Tribunal *a quo* y, por consiguiente, no sirve en calidad de auténtico a efectos de casación, por todo lo que este motivo primero no puede prosperar...

TERCERIA DE DOMINIO: REGLA 2.ª DEL ARTICULO 95 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO EN RELACION CON LOS PRINCIPIOS DE LEGITIMACION Y FE PUBLICA. ANOTACIONES DE EMBARGO. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1970.)

Hechos.—Practicada anotación de embargo sobre la mitad indivisa de una finca, por deudas contraídas por el marido, constando inscrita dicha mitad a nombre de la esposa, sin que el asiento prejuzgara la naturaleza privativa o ganancial, la citada esposa ejercita la acción de tercera de dominio contra la entidad embargante y contra el esposo, aportando una serie de pruebas tendentes a demostrar que la adquisición de la mitad indivisa del solar y la construcción de una casa sobre el mismo se realizó por ella y por su hermana (dueña de la otra mitad indivisa) en estado de solteras, aunque la escritura de declaración de obra nueva se otorgó estando ya casada, pero aseverando el marido el carácter parafernial de la finca.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valladolid desestima la demanda, siendo revocada, en este aspecto, por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, que estima la demanda mandando se alce y deje sin efecto el embargo.

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, mediante una fundamentación jurídica, llega a la conclusión de que la demanda de tercera de la actora, reclamando como parafernial un bien embargado a su marido, no debe hallar obstáculo en la inscripción practicada, premisa ésta que es combatida en el recurso planteado mediante los motivos que son base del mismo, sin advertir que ya la doctrina de esta Sala viene proclamando que las indicaciones hechas en los Libros de los Registros de la Propiedad sobre el carácter ganancial de los bienes comprados por mujeres casadas, cuando en las respectivas escrituras, sin acreditar este extremo, los maridos aseveren—y éste es el caso de la presente *litis*—que el precio o la contraprestación es de la exclusiva propiedad de aquéllas, no atribuyen la propiedad a una personalidad jurídica formada por los dos cónyuges ni hacen otra cosa que reflejar las manifestaciones por ellos autenticadas..., pero sin que el asiento prejuzgue la naturaleza ganancial o privativa de lo inscrito.

Considerando que... esa prevención hay que entenderla en el sentido de que ni siquiera a los efectos del principio de legitimación registral—artículo 38—ni de la fe pública del Registro—artículo 34—podrá reputarse exacto el contenido del asiento en orden a la cualidad privativa o ganancial del inmueble litigioso, por lo que todo ello es suficiente para rechazar los tres primeros motivos del recurso, que están montados sobre la infracción de los artículos mencionados, así como en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, desde el momento que tratándose de una inscripción de contenido abierto y que no prejuzga es susceptible de mantenerse, adquiriendo carácter definitivo, mediante la sentencia recaí-

da en este proceso, y cuando la anotación preventiva del embargo siempre sujeta a la inseguridad derivada del hecho de que la inscripción del bien inmueble no prejuzga, como se ha dicho anteriormente, la naturaleza privativa o ganancial del mismo, por todo lo cual, y habida cuenta de la inhibición del Registro Inmobiliario para solucionar la cuestión planteada en la *litis*, se hace necesario desplazarla al campo del derecho civil...

Considerando que la Sala de Instancia sienta la premisa fáctica, que deriva del examen y apreciación conjunta de la prueba, de que la demandante adquirió una casa vieja para derruirla y construir otra nueva, realizando dicha construcción hallándose en estado de soltera, figurando todos los trámites oficiales y todos los pagos efectuados a su nombre y al de su hermana, o al de su padre, sin intervención del marido..., por lo que aquella presunción que lleva en sí el artículo 1.407 del Código Civil, y que es base del motivo quinto del recurso, resulta improsperable porque como las presunciones *iuris tantum* constituyen medio de prueba indirecto de carácter supletorio..., y, en consecuencia, no cabe reputar ganancial la finca si se acredita por los medios probatorios que era de la propiedad de la actora..

COMENTARIO.—Les va muy bien a las inscripciones practicadas, conforme a la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario (en este caso, a nombre de la esposa, sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial de la finca), el calificativo de «inscripciones de contenido abierto» que les da esta sentencia en su «considerando primero». Podría incluirse este término en la clasificación general de las inscripciones, para contraponerlo a las «inscripciones normales de contenido fijo». Ello permitiría explicar algunas consecuencias prácticas de esas inscripciones. Vamos a destacar algunas solamente, a propósito de esta sentencia.

En primer lugar, las inscripciones normales de contenido fijo permiten fundar, en su caso, tanto una presunción *iuris tantum* (principio de legitimación) como una presunción *iuris et de iure* (principio de fe pública), respecto a la exactitud del contenido del asiento. En cambio, estas inscripciones de contenido abierto de la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario no permiten fundar tales presunciones, pero no porque propiamente sean una excepción a los principios de legitimación y fe pública, sino porque dado su contenido abierto o impreciso son impotentes para hacer derivar de ellas presunciones precisas. Lo único que permitirían es fundar una presunción alternativa o abierta, y ésta no es propiamente presunción, ni siquiera en el sentido de ser una contrapresunción (permítase por un momento este término) de otras presunciones (la del art. 1.407 del Código Civil, por ejemplo). Esas inscripciones no prejuzgan nada respecto al carácter privativo o ganancial y por ello mal pueden fundar una presunción de ganancialidad legitimadora de la anotación de embargo practicada por deudas de la sociedad conyugal, como pretendía el recurrente.

En segundo lugar, las inscripciones normales de contenido fijo producen un efecto claro y concreto respecto a actuaciones posteriores sobre la finca (enajenaciones, embargos, etc.). En cambio, las inscripciones de contenido variable constituyen inscripciones en blanco, que habrán de llenarse en su día con el contenido correspondiente, y hasta que esto suceda, las inscripciones y anotaciones sucesivas tendrán un carácter inseguro respecto a ese carácter privativo o ganancial de la finca. Ese carácter de inscripciones en blanco explica que en algún caso (el de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951) se estimara que la finca no podía considerarse ganancial (para el marido, que hizo la aseveración del carácter privativo del precio), y en otro caso (el de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

de 11 de marzo de 1957), se presumiera el carácter ganancial de la finca (para la viuda, que vende los bienes). (Sobre esto, véase SANZ FERNÁNDEZ en *Los bienes gananciales y el Registro de la Propiedad*. Centenario de la Ley del Notariado, Estudios Jurídicos Varios, volumen I, págs. 293 a 297.)

Este carácter de inscripciones en blanco explica también que permitan posteriores anotaciones preventivas de embargo sobre la finca, considerándola unas veces como privativa (embargo por deudas del cónyuge a cuyo nombre está inscrita la finca), y otras, como si fuera ganancial, en principio (embargo por deudas de la sociedad conyugal). Ante esta doble posibilidad de anotaciones se producirán numerosos pleitos, como el presente, provocados por la parte perjudicada, y resultará que el Registro de la Propiedad se ve impotente para tratar de evitarlos, a pesar de que esa función preventiva constituye una de sus misiones más importantes. Pero en este caso no tiene la culpa la imprecisión del Registro con esa inscripción en blanco, sino la imprecisión del carácter privativo o ganancial de los bienes por aplicación de las normas sustantivas del Código Civil.

NULIDAD ABSOLUTA DE LA VENTA INSCRITA: ALCANCE DEL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1970.)

Hechos.—El Ayuntamiento de B. vendió una finca a don Juan J. L. incumpléndose numerosos requisitos legales, entre ellos no haber requerido la preceptiva autorización del Ministerio de la Gobernación, aparte de otros muchos más defectos. A pesar de todo, se otorgó la escritura y fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Don Juan J. L. efectuó varias segregaciones y ventas creando terceros hipotecarios protegidos por la fe pública registral. Y en cuanto al resto de finca todavía no vendido lo venía poseyendo desde hacía más de diez años, pues la fecha de la escritura de venta había quedado ya muy lejana.

A pesar del tiempo transcurrido, el Ayuntamiento de B., comprobando los defectos padecidos en la venta, interpone demanda contra don Juan J. L., solicitando se declare la nulidad de la escritura y de la correspondiente inscripción, dejando a salvo las parcelas segregadas y vendidas por el demandado, que pertenecen a terceros hipotecarios protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, contra los cuales el Ayuntamiento no dirige su demanda.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Marbella estima la demanda, pero su sentencia es revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que considera la inscripción como justo título a favor del demandado, que unido a su posesión, es productor de usucapión.

El Ayuntamiento demandante interpone recurso de casación por aplicación indebida del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 1.957 del Código Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso, y partiendo de la declaración de la propia Audiencia de ser inexistente el contrato de venta por falta de requisitos esenciales de la legislación de Régimen Local, realiza una interpretación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria totalmente contraria a la que había dado la Audiencia, pues el Tribunal Supremo limita el ámbito del artículo 35 a los terceros que traen causa de una titularidad registrada, no siendo

aplicable entre las mismas partes que intervinieron en el contrato. Dice así en su último considerando:

Considerando que la falta de existencia del contrato celebrado, en la forma que se acaba de exponer, no es susceptible de ser corregida ni superada con el procedimiento seguido en este caso de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la venta..., y no lo es porque con absoluta independencia del valor que debe darse a la inscripción registral en estos o similares supuestos, es decir, de si es bastante por sí sola para integrar no ya el título, sino también el conjunto de requisitos que éste debe reunir de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.952 y siguientes del Código Civil o, por el contrario, se deberá responder en todo caso a las exigencias de justo, válido y verdadero, que fallan cuando se está en presencia de un acto nulo con nulidad absoluta, lo cierto e indudable es que lo que no existe no puede producir efecto alguno, ni registral ni extrarregistral, a la manera como—limitándose a seguir el sentido lógico y legal—proclamó constantemente la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en especial, por no citar sino las más recientes, en las sentencias de 13 de mayo de 1963, 11 de diciembre de 1965, 25 de junio de 1966 y 5 de octubre de 1969; pero, además, porque, por imperativo de la misma naturaleza de la Ley Hipotecaria española y del alcance concreto de los artículos que aquí entran en juego más directamente, la presunción contenida en el artículo 35 tiene circunscrito su radio de acción a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien, como el actual recurrido, fue parte en el contrato que provoca la inscripción, cuyas circunstancias y contenido no sólo conoció, sino que, dada su condición de comprador, contribuyó a plasmar en la escritura pública, que a continuación inscribió en el Registro.

TERCERIA DE DOMINIO. ANOTACION DE EMBARGO SOBRE UNA FINCA PRIVATIVA DE LA ESPOSA DEL DEUDOR ALEMAN DIVORCIADO. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1970.)

Hechos.—Practicada anotación preventiva de embargo por deudas del marido sobre una casa inscrita a nombre de su esposa por título de compra, con indicación de que el marido aseveraba que el dinero de la compra era de la esposa, sin acreditarlo, ésta interpone demanda de tercería de dominio suplicando se dicte sentencia declarando que la finca es parafernial de la actora, no estando, por consiguiente, sujeta al pago de la deuda reclamada en el juicio ejecutivo, mandando, como consecuencia de ello, levantar el embargo practicado y la cancelación de la anotación en el Registro de la Propiedad.

El caso ofrece circunstancias especiales, porque el marido de la actora tenía nacionalidad alemana y porque se divorció y casó por segunda vez, de acuerdo con sentencia del Tribunal alemán, obteniendo la esposa sentencia del Obispado español declarando la existencia de adulterio por el marido, en orden a la separación perpetua pedida por aquélla. No estaba aún liquidada la sociedad conyugal, pero existía un convenio de transacción entre ambos cónyuges, por el que se reconocía que la casa en cuestión quedaba propiedad de ambos por mitades indivisas y, con posterioridad, una escritura de venta del marido a la mujer de la mitad indivisa, por lo que ésta quedó única propietaria del inmueble, según dichos contratos.

El acreedor demandado en este juicio de tercería alega que debe seguirse el procedimiento de apremio sobre la casa embargada, pues ésta

tiene naturaleza ganancial, conforme a la presunción del artículo 1.407 del Código Civil, sin que quede demostrada la aplicación de la legislación alemana ni la liquidación de la sociedad conyugal y sin que tengan valor los convenios entre los cónyuges durante el matrimonio.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santa Cruz de Tenerife estimó la demanda, declarando que la finca es parafernial de la actora.

La Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revoca la sentencia del Juzgado, desestimando la demanda, debiendo continuar el procedimiento de apremio seguido por el ahora demandado.

La actora interpone recurso de casación argumentando a través de la aplicación del Estatuto personal respecto al régimen matrimonial, que en este caso daría lugar al sistema de separación de bienes, y a través de la escritura de compraventa otorgada a su favor por el ex esposo.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Ruiz Villar, estima el recurso de la esposa, casando la sentencia de la Audiencia:

Considerando que al margen por completo de los problemas que pudieran plantearse alrededor del estatuto jurídico de la demandante, sobre los que han girado la mayor parte de las actuaciones de este pleito, es lo cierto que la tercería de dominio, que es el verdadero objeto del mismo, se ha fundado principalmente en un título constitutivo y básico consistente en una escritura pública de compraventa aportada con la demanda, en cuyo documento «los cónyuges divorciados» declaran que la finca de autos, de que ambos eran copropietarios por mitades indivisas, según un convenio, que se recoge en los antecedentes de la escritura, estipulan que don D. K. E. (esposo) vende a doña R. M. (esposa) la mitad indivisa que a dicho vendedor corresponde en el repetido inmueble urbano..., título demostrativo, *prima facie*, de la propiedad y ha de tenerse por válido y eficaz mientras no se pida, demuestre y obtenga su declaración de nulidad, como tiene reiteradamente declarado este Tribunal..., y como esa nulidad no se pidió por la parte demandada, que se limitó a suplicar la absolución y la prosecución del procedimiento de apremio, es evidente que si a la fuerza probatoria del título esgrimido se le niega validez, es a quien lo haga, es decir, a quien se opone a la tercería fundada en dicho título en este caso, a quien corresponde no sólo pedir la nulidad como causa impeditiva de su eficacia, sino probarla cumplidamente, sin que esta actividad pueda suplirla de oficio el Tribunal *a quo* sin incurrir en la incongruencia denunciada por el motivo quinto del recurso, al que hay que dar lugar, así como al séptimo, al no conceder al documento público de referencia el valor probatorio que le atribuye al artículo 1.218 del Código Civil.

Considerando que, por lo que se refiere a las consecuencias de las antedichas conclusiones en relación con la subsistencia del embargo, basta tener presente: en primer lugar, que la anotación preventiva del embargo no crea ni declara ningún derecho ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente tenía ese carácter, como ha venido declarando este Tribunal en sentencias tales como las de 5 de noviembre de 1927 y 20 de noviembre de 1928, entre otras muchas, y en segundo lugar, que, como recordaba la sentencia de fecha 29 de noviembre de 1962, cuando el acreedor pone en marcha su garantía y consigna el embargo de bienes de su deudor, tal medida ha de recaer sobre los que éste realmente posea y estén incorporados a su patrimonio en tal momento, hasta el punto de que si se solicita anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad, tal anotación no lesiona los derechos adquiridos previamente sobre la finca embargada ni produce efectos contra terce-

ros cuyo derecho sea anterior a la anotación, pues ésta no prevalece sobre los actos dispositivos, aunque no estén inscritos, según los artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria, que es lo que ocurre en el caso de autos, pues, según la sentencia recurrida, en 12 de septiembre de 1963, el señor E. (esposo) vende a la actora sus derechos sobre la finca y hasta el 2 de marzo de 1966 no se produce el embargo del inmueble para responder de una deuda del señor E., que no es anotada en el Registro de la Propiedad hasta el 14 de noviembre del propio año, con efectos suspendidos hasta la subsanación posterior del defecto en fecha que no concreta...

DOBLE INMATRICULACION DE FINCAS POR REINSCRIPCION EN SUPUESTO DE REGISTRO DESTRUIDO. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1970.)

Hechos.—La primitiva propietaria y titular registral de la finca llamada «El Balcón» vendió por sucesivas segregaciones, que tuvieron lugar en el año 1916, dicha finca, manifestando en la última operación que «vendía todo lo que quedaba en aquel momento de la finca heredada de su madre». Procedente de una de estas segregaciones, el actor inscribió en el Registro la finca número 3.323. Posteriormente, con motivo de la guerra civil, había sido destruido el Archivo del Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, y no obstante las operaciones de venta indicadas, la antigua dueña, amparándose en la Ley de 5 de julio de 1938 y en la Orden de 26 de noviembre del mismo año, solicitó y obtuvo, en el año 1941, la reinscripción a su favor de dicha finca, segregando después de la finca reinscrita una parcela, que inscribió como finca independiente con el número 905, la cual vendió a otra persona, que, a su vez, la vendió a los demandados en el pleito.

El actor, propietario según el Registro de la parcela procedente de una de las segregaciones del año 1916, ante las obras realizadas en su finca por los otros titulares registrales de la finca segregada de la reinscrita, por identificarlas como una misma, ejercita demanda solicitando la nulidad y cancelación de la inscripción de los demandados de la finca número 905 y la declaración de derechos a favor del actor para llevar a cabo la demolición de las obras.

Los demandados alegan que, a pesar de las segregaciones realizadas en el año 1916, quedaba un resto de la finca matriz, y ese resto es el que ahora consta inscrito a su nombre bajo el número 905, y con objeto de vendérselo, la antigua propietaria solicitó la reinscripción de toda la finca a su nombre.

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de Madrid estimó la demanda, declarando la nulidad total de la reinscripción practicada y de las inscripciones posteriores y aceptando los demás pedimentos de la demanda. Esta sentencia fue confirmada por la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Madrid.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso.

Considerando que... para apoyar el error de hecho es preciso citar concretamente el documento o acto auténtico que patentice la equivocación del Juzgador, sin que baste la cita global e indiscriminada de los mismos...

Considerando que .. se denuncia la infracción del artículo 38, en relación con el 34, ambos de la Ley Hipotecaria, el cual (motivo) debe ser igualmente rechazado, porque tratándose de un caso de doble inmatriculación de la finca que discuten, el problema no puede decidirse aplicando los preceptos legales que se citan como infringidos, los cuales no operan en tal supuesto, toda vez que los efectos que la inscripción confiere a sus respectivos titulares se neutralizan al ser incompatibles entre sí, debiendo solventar el conflicto conforme a los principios y reglas del ordenamiento común, y así lo tiene establecido esta Sala, entre otras, en las sentencias de 10 de enero de 1962, 31 de marzo de 1964 y 22 de junio de 1967.

DESLINDE DE FINCAS: VALOR DE LOS LINDEROS DEL REGISTRO FRENTE A LA DELIMITACION CATASTRAL DE TERMINOS MUNICIPALES. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Se plantea un caso de deslinde de fincas, sitas, una, en un término municipal, y la otra, en el término colindante, alegando el demandante que el deslinde debe hacerse partiendo de la delimitación catastral de términos municipales y contestando el demandado que en tal deslinde han de tenerse en cuenta el lindero sur de la inscripción registral, de fecha más antigua que la delimitación catastral.

El Juzgado de Primera Instancia de Berga estima la demanda, pero su sentencia es revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que tiene más en cuenta el dato registral que el catastral de orden administrativo.

Doctrina de la sentencia.—El demandante interpone recurso de casación alegando error de hecho en la apreciación de la prueba por haber tenido en cuenta la sentencia recurrida el dato registral, no cubierto por la fe pública registral, en lugar del deslinde administrativo de términos municipales.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

Considerando que la pretensión del recurrente en el único motivo del recurso no cabe en el estrecho cauce elegido del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues no se trata de un error de hecho cometido por la sentencia recurrida, que resulte manifiesto, patente y claro de la simple lectura del documento auténtico invocado sin tener que acudir a otros razonamientos, que es lo que autoriza el citado precepto, sino que plantea una discrepancia de criterio en su valoración entre el recurrente y el Tribunal *a quo*, que ha tenido presente el repetido documento y le ha negado virtualidad y eficacia, por su carácter administrativo, para que prevalezca entre un estado jurídico derivado de la presunción inherente a una inscripción registral de fecha muy anterior, pues mientras ésta es de 7 de febrero de 1908, el otro es un plano catastral de 30 de septiembre de 1924, sin intervención de las partes interesadas, por lo que hay que desestimar el recurso con tanto mayor motivo cuanto que no puede hablarse de una coincidencia de los litigantes sobre el trazado de los lindes, según afirma el recurrente, como punto de partida para su argumentación.

LEGITIMACION REGISTRAL EN RELACION CON LA LEGITIMACION PASIVA PROCESAL. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Un Banco, que había adquirido por subasta pública, en juicio ejecutivo, la participación indivisa de dos fincas, ejercita acción de rendición de cuentas y de división de cosa común contra los que aparecen en el Registro como cotitulares de las fincas, pero éstos alegan que no procede contra ellos la acción, pues habían vendido hacía tiempo las fincas por medio de documentos privados y escritura pública no inscrita.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza estima la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso, haciendo una correcta interpretación de las normas hipotecarias, que imponían mantener al Banco adquirente en sus derechos (art. 34 de la Ley Hipotecaria) y considerar a los demandados como cotitulares registrales legitimados pasivamente a todos los efectos, incluso a los procesales (art. 38 de la Ley Hipotecaria). Y respecto a la alegación de los recurrentes de que habían vendido las fincas por los documentos privados y escritura que aportaron, el Tribunal Supremo destaca que «se trata de documentos examinados por el Tribunal y a los que la Sala opone los que aparecen consignados de parte de los actores, ponderando su valor y primacía respecto a los que acreditan lo contrario, a todos los que falta el hecho de llegar al Registro para su constancia y publicidad, lo que hace que en la pugna de criterios contrarios tengan que ceder ante la clara actitud y la conducta seguida por la entidad actora». También merece destacarse el considerando cuarto, que dice así:

Considerando que en el cuarto y último motivo del recurso se denuncia la infracción, por interpretación errónea del artículo 38, párrafo primero, y párrafo tercero del artículo 97 de la Ley Hipotecaria, y la violación de la sentencia de 25 de noviembre de 1961; a lo que se dice ha de poner: Primero: Que la interpretación errónea del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no existe, puesto que tal artículo favorece al «legitimario registral» (*sic*), que en el fallo se postula. Segundo: Que la infracción del párrafo tercero del artículo 97 de la Ley Hipotecaria no se da por cuanto tal artículo carece de apartados, y al no citarse más que en el enunciado, no se sabe lo que con tal cita se quiere decir. Tercero: Que la sentencia de 23 de noviembre de 1961 no aparece violada, por cuanto la teoría que le sirve de base es la que predica la posibilidad de atacar el contenido del Registro, por ser inexacto, y en el caso presente no hay prueba de tal inexactitud, dado que el propio artículo 1.473, en su párrafo segundo, del Código Civil cede la solución al asunto al que «antes lo haya inscrito en el Registro de la Propiedad», cuya disposición se ajusta la sentencia recurrida, y ello prescindiendo de que se cita una sola sentencia del Tribunal Supremo, cuando habría que citar dos, por lo menos. Cuarto: Finalmente, si el *litis consorcio* pasivo necesario puede ser apreciado de oficio, ello se refiere a casos no comprendidos en la hipótesis actual, según se razona en el considerando primero de la actual sentencia.

FE PUBLICA REGISTRAL: EL REQUISITO DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA, CONSISTENTE EN HABER ADQUIRIDO DE TITULAR. SU RELACION CON EL ARTICULO 24. DOBLE INMATRICULACION: DEBE RESOLVERSE A FAVOR DEL TERCERO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—El señor Traugot y su esposa compraron, en escritura de fecha 30 de julio de 1962, una finca procedente por segregación de otra mayor del señor Gutiérrez, estando en tal fecha pendiente de inscripción, aunque presentado ya en el Registro, el título anterior del transferente, señor Gutiérrez; pero no constaba inscrito ni presentado el título anterior al del transferente, el de quien el señor Gutiérrez traía causa (el del señor Bartolí). Posteriormente al contrato se presentó también el título del señor Bartolí y en su día se practicaron todas las inscripciones intermedias hasta quedar registrada la parcela segregada a nombre del señor Traugot y su esposa.

Por otro lado, el señor Arzobispo de... tenía inmatriculada una finca desde el año 1941 y segregó de ella una porción, que vendió a seis interesados.

El señor Traugot, viendo que la parcela comprada se la habían vallado mediante una alambrada de espinos, ejercita acción reivindicatoria, ante el supuesto de doble inmatriculación, identificando la finca matriz, de la que procedía la de su propiedad, con la que segregó el señor Arzobispo de...

El Juzgado de Primera Instancia, resolviendo la cuestión de la doble inmatriculación con arreglo a las normas civiles, estima la demanda y en ejecución de la misma ordena se practiquen en su día las cancelaciones y rectificaciones registrales correspondientes. Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, que alega violación por no aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ya que el demandante no tiene la condición de tercero hipotecario, al faltar el requisito de haber adquirido de titular, según el Registro, en el momento de la compra y los demandados sí, por lo que debe resolverse la cuestión de doble inmatriculación a favor de éstos, sin necesidad de resolver la cuestión conforme a las normas civiles (también infringidas por la sentencia), sino conforme a normas hipotecarias, el Tribunal Supremo, siendo ponente el magistrado don Fernando Aguilar Galiana estima el recurso y establece lo siguiente en su primera sentencia:

Doctrina del Tribunal Supremo.—Considerando que una de las cuestiones debatidas en la *litis*, de la que deriva el presente recurso, hace relación a la aducida y denunciada por las partes demandadas, por virtud de la cual el actor no tiene la cualidad de «tercero hipotecario», por no estar comprendido al momento de la adquisición de la finca litigiosa en las condiciones exigidas en el artículo 34 de la vigente Ley Hipotecaria en cuanto, según dice el recurrente, adquirió aquél de persona que, según el Registro, no tenía facultades para disponer, habiendo sido resuelta esta excepción opuesta por los demandados en la sentencia recurrida en el sentido de que convertido el asiento de presentación (del título intermedio anterior al del transferente: el del señor Bartolí), practicado en 10 de agosto de 1962, en inscripción definitiva en 3 de septiembre de 1963, da como indudable que ante la ininterrupción en el tracto sucesivo proclamado en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, surte todos sus efectos a partir de la fecha de aquella presentación, por lo que llega a la consecuencia de que los adquirentes de dicha finca ostentan la

condición de terceros de buena fe a los efectos prevenidos en el mencionado artículo 34 de aquella Ley.

Considerando que contra semejante conclusión se ha montado por el recurrente el motivo primero del recurso, que... denuncia la violación por falta de aplicación del artículo 34 de la citada Ley Hipotecaria..., en este aspecto se ha de tener presente que la resolución de la Sala contenciadora en este particular extremo no se ajusta a lo controvertido, a que cuando, como en este caso, el vendedor, señor Gutiérrez, el día de la celebración del contrato con el actor, señor Traugott—30 de julio de 1962—, no estaba facultado para transmitir conforme al Registro de la Propiedad, debido a la circunstancia de falta de inscripción del «título intermedio», pues ha de tenerse en cuenta que de las certificaciones registrales que menciona la resolución que se recurre como obrantes en los autos, se desprende con perfecta claridad que si bien el señor Gutiérrez había presentado en el Registro el título por el que adquiría el señor Bartolí..., no estaba inscrita (la finca de éste) ni presentado el título en el Registro, puesto que en aquella fecha continuaba a nombre del propietario anterior a los citados..., hasta tal punto que para evitar la privación de la eficacia de las normas establecidas en la Ley, resulta inexcusable practicar la previa inmatriculación de la finca que no lo esté, y como en este caso, si bien se había realizado la presentación en el Registro del título de la finca agrupada, es lo cierto que carecía de la inscripción previa a su favor en cuanto al transferente anterior, señor Bartolí, es decir, que adolecía de la falta del «título intermedio», y por ello, aquella presentación por sí sola, sin la aportación de dicho título, nunca hubiera sido posible la inscripción.

Considerando que regido nuestro sistema hipotecario por el principio de fe pública registral..., y como la doctrina reiterada de este Tribunal, en sentencias numerosas, entre ellas las de 26 de febrero de 1949, 1 de abril de 1962 y 22 de noviembre de 1963, establecen que, a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, hay que atender no a la fecha de la inscripción del tercero, sino a la de la celebración del contrato que originó, con la consecuencia lógica de que no es tercero hipotecario el que no adquiere, de quien, según el Registro, podía transmitirle como exigen los artículos 34 y 69 de aquella Ley citada, y la esencia misma del principio de la fe pública registral, por lo que... es obvio que los señores Traugott carecen de la condición de «terceros hipotecarios» y, por consiguiente, no pueden ser protegidos por la fe pública registral y, por tanto, ha de admitirse este motivo primero del recurso en necesidad de analizar los restantes, pues resulta la cuestión debatida en el amparo de lo establecido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria... discutida en el ámbito de la misma, sin que sea necesario resolverla sobre la base de los principios del derecho civil puro, en el que están encuadrados los motivos restantes.

En la segunda sentencia, siendo ponente el Magistrado don Antonio Alarcón García, el Tribunal Supremo establece:

Considerando que si ateniéndose a lo expuesto en la anterior resolución los actores no son «terceros hipotecarios» y, en cambio, deben estimarse como tales los demandados, y en ellos concurre la buena fe, se ve evidente que los primeros se encuentran protegidos por la fe pública registral emanada del artículo 34 ya mencionado, así como de los principios de publicidad y legitimación registral, que informan nuestro sistema inmobiliario, por lo que frente a ellos quiebra la acción reivindicativa expresada en el escrito de demanda, sin necesidad de adentrarse en los principios que derivan del derecho civil..., pero... aun en el caso que hubiera habido necesidad de hacer aplicación de aquellos principios del derecho común, tampoco prosperaría la demanda ateniéndose

al contenido del artículo 1.473 del Código Civil, por cuanto . la fecha de presentación del título de los actores... resulta posterior a la llevada a cabo por los demandados..., y como tampoco cabe derivar la propiedad de los actores sobre la finca en la base de la usucapión con más de diez años sin interrupción..., por cuanto ha de tenerse muy presente a este respecto el precepto imperativo del artículo 342 de la Compilación del Derecho Especial de Cataluña, que no admite otra prescripción que la de treinta años,

Fallamos que con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.. declaramos no haber lugar a la demanda, desestimando todos sus pedimentos y absolviendo de ellos a los citados demandados. .

COMENTARIO.—Esta sentencia del Tribunal Supremo (nos referimos a la primera) parte de que el requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, consistente en haber adquirido de titular según el Registro, hay que referirlo al momento de la celebración del contrato: en tal momento habrá que apreciar si el transmitente tenía facultad dispositiva según el Registro. En este sentido general, puede decirse que el Tribunal Supremo sigue la línea de las sentencias de 26 de febrero de 1949, 24 de abril de 1962 y 22 de noviembre de 1963, entre otras (citadas en el considerando tercero). No sigue, por tanto, el criterio mantenido por VALLET (citado por ROCA en el tomo I, pág. 767, 6.ª edición de su obra), que sostiene que «si la finca se halla inmatriculada e inscrita a nombre de un causante inmediato o mediato del transferente, y el tercero ha comprado, en vista del posible enlace registral entre la inscripción vigente y el título del transferente, su adquisición será protegida por la fe pública, siempre que el título de dicho transferente llegue a estar inscrito, dando entrada al del tercer adquirente». Como dice ROCA SASTRE, autor que quedó impresionado por la sentencia de 24 de abril de 1962 (*ob. cit.*, pág. 768), «el esfuerzo de VALLET descansa en la base falsa de equiparar el requisito de figurar inscrito el derecho del transferente, que exige el artículo 34, 1, de la Ley Hipotecaria, con la previa inscripción requerida por el artículo 20 de la misma, equiparación que, como antes hemos señalado, carece de consistencia a estos efectos».

Pero la presente sentencia no consiste en una reproducción de la jurisprudencia anterior, sino que aporta un matiz nuevo resultante de un caso especial planteado. A través de ella puede resolverse el problema de la relación entre los artículos 24 y 34 de la Ley Hipotecaria, matizando a fondo esta relación ROCA SASTRE, aparte de su tesis coincidente con la de la sentencia de 24 de abril de 1962, antes citada, respecto al caso de estar pendiente de inscripción el título intermedio, dice antes (pág. 76) que «como, según el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, se considera con fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir la de la presentación, ha de reputarse que el transferente ya deviene titular registral al presentarse su título adquisitivo al libro Diario». En el presente caso se trata de saber si puede reputarse al transferente inmediato, que presentó su título en el Diario antes de vender al tercero como titular registral con facultad dispositiva, estando pendiente de presentación e inscripción el título del transferente mediato o remoto, al momento de aquella venta al tercero, aunque después se practicó inscripción de todas las transmisiones intermedias. Una aplicación automática y rígida del artículo 24 de la Ley Hipotecaria produciría el efecto de considerar como titular registral con facultad dispositiva al transferente inmediato, que presentó su título en el Diario antes de vender al tercero, y que después inscribió durante la vigencia del asiento de presentación en base no sólo a éste, sino a la presentación e inscripción c

título intermedio realizadas con posterioridad a la venta efectuada a dicho tercero. Pero la sentencia comentada sale al paso de esta aplicación automática del artículo 24 de la Ley Hipotecaria al supuesto contemplado en el artículo 34, y llega a la conclusión de que el artículo 24 no es aplicable al supuesto del 34 cuando el transmitente de este artículo inscribió su título no sólo en base a su correspondiente asiento de presentación, sino también en base a otro asiento de presentación posterior del título intermedio, que faltaba para completar el tracto. Como dice la sentencia, aquella presentación del transmitente *por sí sola, sin la aportación del título intermedio anterior, nunca hubiera hecho posible la inscripción.*

En vista de todo ello, parece que puede concluirse que si en el momento de la adquisición realizada por el tercero hubiera constado en el Libro Diario la presentación de *todos* los títulos anteriores intermedios y no sólo la del título inmediato del transmitente, la solución hubiera sido distinta: habría sido posible relacionar el principio del artículo 24 de la Ley Hipotecaria con el supuesto del artículo 34. Por ello, la doctrina sentada por esta sentencia sobre la relación entre los artículos 24 y 34 de la Ley Hipotecaria hay que referirla exclusivamente al concreto supuesto en ella planteado y no extenderla a ese otro que se acaba de señalar. Y es que en el fondo son supuestos muy distintos a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque sean iguales a otros efectos. Al artículo 34 lo que le interesa es que el tercer adquirente haya confiado en el Registro en el momento de su adquisición, y esta confianza no la puede obtener examinando sin más el Diario de Presentación, sino que debe también examinar los asientos de inscripción de la finca en cuestión (1). Y si existe continuidad entre el asiento de inscripción anterior y el nuevo de presentación, por existir contacto entre ambos, el adquirente tiene motivos serios para confiar en el asiento de presentación de su transmitente, por lo que puede obtener protección si se producen en su día las correspondientes inscripciones, siendo aplicable entonces el artículo 24 de la Ley y la retroactividad que señala. Pero si no existe el tracto sucesivo necesario, el asiento de presentación del transmitente no puede cumplir el solo el requisito previsto en el artículo 34 de la Ley, porque el examen del Registro ha de ser total por parte del adquirente y no limitarse al Libro Diario, como tampoco podría hacerlo a un determinado periodo de tiempo del Libro de Inscripciones. Todo esto explica la distinción de consecuencias, a efectos de la fe pública registral, entre el supuesto de la sentencia (sólo existía asiento de presentación en el Diario del título inmediato del transmitente, no de los anteriores, en el momento de la venta) y el arriba señalado (existía asiento de presentación de todos los títulos intermedios en el momento de la venta).

**IDENTIFICACION DE FINCA SEGREGADA. VARIACION DE LINDE-
ROS. AMBITO DEL ARTICULO 1.471 DEL CODIGO CIVIL. (SENTEN-
CIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1970.)**

Hechos.—El comprador de un piso de uno de los bloques construidos sobre una parcela de 3.362 metros cuadrados procedente por segregación de otra finca mayor del mismo dueño (ahora vendedor) interpone demanda contra éste, porque en la escritura de compra, del piso se señala

(1) Con este ejemplo no se quiere decir que es necesario demostrar que el tercero ha consultado el Registro, sino que se trata de exponer la fundamentación objetiva del requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, tratando de hacer ver el pensamiento del legislador de esta forma gráfica e hipotética. Sobre esta no necesidad de consulta real, véase ROCA, *ob. cit.*, pág. 755

distinto lindero por el este del solar, sobre el que se asientan los bloques (se dice en la escritura que el lindero este es propiedad del mismo dueño, a pesar de que en la escritura anterior y en el Registro aparecía otro propietario como lindero del este), y ello significa, según el demandante, que, aunque no se ha variado la superficie total del solar, se ha modificado, en parte, el emplazamiento del mismo, reduciéndose terreno por el lindero este. El demandante comprador del piso alega su condición de copropietario de los elementos comunes del piso comprado, para demostrar su interés en que no se varíe el emplazamiento del solar.

Examinadas las pruebas aportadas (documentos, planos) y el informe pericial, el Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao estima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado y destaca que la cuestión debatida en el pleito radica en la identificación de la finca sobre el terreno, no pudiendo prosperar el error de hecho alegado, pues han sido examinados por el Tribunal *a quo* todos los medios de prueba aportados, ni la alegación de haberse infringido los artículos 1.216 y 1.218 del Código Civil ni el 1.471 del mismo Código, pues se refiere al caso de venta de inmueble por precio alzado (en su párrafo primero) y al de venta de dos fincas por un solo precio (en su párrafo segundo), pero no a la cuestión debatida en este pleito relativa a la identificación real de la finca objeto de venta, sin afectar al supuesto de que ésta tenga mayor o menor cabida de la que consigna el título.

COMENTARIO.—Sólo queremos decir, a propósito de este caso, que, en nuestra opinión, el pleito no se hubiera producido si en la escritura de segregación del solar se hubieran precisado las medidas longitudinales de los linderos de dicho solar. Pero como el Reglamento Hipotecario no exige este requisito, se dan muchas escrituras sin esa precisión y, naturalmente, ello no es ningún obstáculo para la inscripción. No obstante, luego podrá producirse el pleito, como en el caso presente, y la función cautelar de evitar pleitos del Registro de la Propiedad quedará en entredicho, aun sin culpa del Registro. Claro está que no es que defendamos que debería señalarse la medida de cada lindero en todos los casos, pues aparte de que el Reglamento no lo exige, ello paralizaría muchas transmisiones. Pero, por lo menos, debería exigirse ese requisito cuando la parcela segregada tuviera dos o más linderos coincidentes con la finca matriz. Con mayor motivo, cuando la parcela segregada linda por todos los aires con la finca matriz, debería añadirse algún dato más que precisara la localización exacta de la finca sobre el terreno. Si no se hace así, toda modificación posterior de linderos del solar segregado o de la finca matriz podría resultar peligrosa, pues puede obedecer al designio de dar distinto emplazamiento a las fincas en cuestión, aun manteniendo su superficie.

LA PRESUNCION DEL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA PUEDE DESTRUIRSE POR LA PRUEBA EN CONTRARIO. PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y EXTINTIVA. FORMA DEL CONTRATO DE MANDATO: NUMERO 5 DEL ARTICULO 1.280 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—El 1 de septiembre de 1947 se celebró en el Juzgado Municipal de Vicálvaro una subasta pública, en la que, por descubiertos en el arbitrio de solares y a consecuencia de un expediente de apremio, se enajenaba una finca sita en Vicálvaro. Como al ahora demandante le interesaba la adquisición de la finca y no deseaba asistir a la subasta (para evitar suspicacias por ser Recaudador de Contribuciones del distrito) confirió mandato verbalmente a su amigo, ahora demandado, entregándole 40.000 pesetas a tal efecto. En virtud de tal mandato, el demandado asistió a la subasta ofreciendo la cantidad de 35.000 pesetas, en cuya suma le fue adjudicado el remate, adquiriendo el demandado la finca subastada; pero en lugar de actuar en nombre ajeno, actuó en su propio nombre y obtuvo a su favor la escritura y posteriormente, a través de un expediente de dominio, la inscripción de la finca a su nombre. El demandante interpone acción contra el demandado para que reconozca su dominio sobre la finca (actualmente con construcciones, aunque esto no lo indicó en la demanda), por haber actuado el demandado como mandatario suyo.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El demandado interpone recurso de casación alegando fundamentalmente inaplicación del número 5.º del artículo 1.280 del Código Civil, de los artículos que regulan el mandato, infracción del artículo 35 de la Ley Hipotecaria y de los artículos de prescripción adquisitiva y extintiva.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso:

Considerando que ..., en lo que respecta a la pretendida infracción del artículo 1.280 del Código, es forzoso decir que este precepto no puede ser contemplado de una manera aislada, sino—al modo como hizo tanto la doctrina científica como la jurisprudencial de este Tribunal Supremo—dentro del sistema total y armónico de nuestro ordenamiento jurídico, siendo entonces preciso llegar a la conclusión de que en virtud de lo establecido en el artículo 1.279 del propio cuerpo legal, la forma que en aquél se requiere para la redacción de los actos jurídicos es algo a lo que las partes contratantes «podrán compelerse», pero no lleva consigo su necesidad *ad substantiam*, que será exigible tan sólo allí donde expresa y concretamente lo requiera el legislador, lo que no ocurre en el caso del contrato de mandato—cuya existencia real como pura cuestión de hecho proclamó el Tribunal *a quo* y no ha sido desvirtuado en casación—, para el que, ciertamente, cuando se refiere a actos de disposición y en virtud de lo establecido en el artículo 1.710, en relación con el párrafo segundo del artículo 1.713 del Código Civil, es necesario que sea expresa, pero en modo alguno se requiere que conste por escrito, ni se dice que la no escritura sea incompatible con la exigencia de que conste expresamente, todo lo cual deja incólume la declaración de la sentencia recurrida. .

Considerando ..., en cuanto a que el recurrente ha logrado una postura de inatacabilidad jurídica producto de la legitimación registral, al

haber inscrito su título en el Registro de la Propiedad y poseer el inmueble—de acuerdo con aquella inscripción—durante un período de tiempo superior a diez años, para cuya justa valoración se precisa tener en cuenta lo siguiente: a) La usucapión que se invoca es la ordinaria o decenal, para la que el artículo 1.940 del Código Civil requiere indiscutiblemente que se trate de una posesión a lo largo de aquel tiempo, de buena fe y justo título, posesión, que, según se añade en el artículo 1.941, habrá de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, a efectos de todo lo cual el artículo 35 de la Ley Hipotecaria preceptúa que la inscripción será justo título, presumiendo que se posee pública, pacífica, interrumpidamente y de buena fe; presunción que, por su propia naturaleza y porque así fue siempre considerado por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo—especialmente recogida en las sentencias de 6 y 12 de mayo de 1961—no tiene un valor absoluto, sino que es *iuris tantum*, susceptible, por tanto, de ser desvirtuada por la prueba en contrario; b) la prueba practicada, que el Tribunal *a quo* acepta, tomándola como base de su decisión y que, según se ha visto, quedó incólume en casación, puso de relieve la existencia de un contrato de mandato, como resultado del cual el recurrente actuó en nombre del demandante recurrido, lo cual, a pesar de aquella inscripción impide reputarle como poseedor en nombre propio, sino que lo habrá sido por y para aquél, supuesto posesorio expresamente permitido en nuestro Código Civil en su artículo 431, pero que inhabilita para el tipo de usucapión que se alega; c) la misma prueba pone de manifiesto que la indicada presunción falla también en lo que se refiere a la exigencia de la buena fe, puesto que ésta, en toda la materia de los derechos reales..., el Código la asimila a la creencia de que la persona de quien se recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir el dominio..., totalmente incompatible con la declaración probada de que existió un mandato.

Considerando, en cuanto a la alegación de prescripción extintiva de la acción del demandante, por no haberse aportado con la demanda la certificación del acto de conciliación, que según jurisprudencia interrumpe la prescripción, esto «en manera alguna puede afectar al supuesto en que dicha demanda ha sido ya admitida, que fue lo sucedido en el presente caso, en que no sólo se decretó su admisión, sino que, además, se ordenó su anotación preventiva en el Registro», aparte de que hay casos en que no es necesario acto de conciliación, como ocurría en el presente, por lo cual no puede entenderse que haya habido prescripción extintiva de derechos del actor, pues la prescripción ha sido interrumpida por la demanda.

CERTIFICACION ECLESIASTICA DEL ARTICULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA. ALCANCE DE LA PRESUNCION DEL ARTICULO 38 DE LA MISMA LEY. (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1971.)

Hechos.—El párroco de B. obtuvo la inmatriculación en el Registro de la Propiedad a nombre de la parroquia de una finca que estuvo destinada en época muy antigua a cementerio, aunque desde hacía tiempo había perdido ese carácter. Dicha inmatriculación se produjo mediante certificación del vicario general, al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria. El Ayuntamiento de B. interpone demanda contra el párroco, suplicando se dicte sentencia declarando ser de la propiedad del Ayuntamiento la citada finca y declarando la nulidad practicada a favor de la iglesia parroquial.

El Juzgado de Primera Instancia de Liria desestima la demanda y su

sentencia fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

El Ayuntamiento de B. interpone recurso de casación apoyándose fundamentalmente en que la inscripción que obtuvo la parroquia, al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria es nula por haberse realizado en base a un escrito del vicario general de Valencia, que no merece el título de certificación, pues no hace referencia a datos documentados, y, además, debió ser expedida por el obispo, no por dicho vicario general, que no tenía mandato expreso de aquél. Aparte de ello, estima que la sentencia apejada ha infringido el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues no se puede dar a la presunción derivada de este artículo el alcance que le dan los Tribunales de Instancia, dado que dicho artículo presume la existencia del derecho objeto de la inscripción y la pertenencia de tal derecho al titular registral, pero no se refiere para nada al título que provocó la inscripción, y por esta razón, del artículo 38 no puede derivarse una presunción de validez del título.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

Considerando que... las cuestiones relativas a si el documento que sirvió de título formal para la inmatriculación de la finca a nombre del recurrente merece la consideración jurídica de «certificación», a si era competente para emitirlo quien lo expidió, a si contiene todos los datos exigidos por la Ley y el Reglamento Hipotecario y a si dicha finca no era inmatriculable en el Registro de la Propiedad por destinarse a una actividad de culto católico, no fueron debatidas en el pleito..., pues si bien estos problemas fueron planteados por el recurrente en la instancia, no se refieren concretamente al tema de las circunstancias esenciales de la inscripción y a la nulidad de ésta por omisión de aquéllas, ninguna de las normas invocadas por el impugnante como infringidas por violación.

Considerando que... no es rigurosamente cierto que el juzgador *a quo* derive del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria una rescisión de validez del título del demandado o de que el inscrito sea mejor que el del recurrente y, en último término, tampoco es exacto que el precepto mencionado solamente otorgue una especial protección respecto a los terceros destinatarios de la fe pública registral.

Considerando que los motivos sexto y séptimo... parten de la base aprobada de que a la Corporación recurrente le corresponde la posesión de la finca litigiosa con cuantos requisitos son imprescindibles para la adquisición del dominio sobre ella por usucapión y de que el mismo fondo pertenece al municipio de B., que por estar destinado exclusivamente al uso público constituyó, antes de su desafectación expresa, un bien de dominio público; mas al estar desprovistos ambos motivos de indispensable base fáctica, no pueden prosperar. .

INSTRUCCION EXTRALIMITADA DE MALA FE. NULIDAD DE INSCRIPCIONES. (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1971.)

Hechos.—El actor solicita la nulidad de la inscripción de exceso de vida de una franja de terreno de 49,20 metros cuadrados practicada a favor del propietario de la finca colindante y la nulidad de la inscripción de obra nueva realizada por éste en la parte correspondiente a esa franja de terreno, así como también solicita las indemnizaciones correspondientes, todo ello por entender que no se trata propiamente

de un exceso de cabida de la finca del demandado, sino una invasión de terreno a costa de la finca del actor.

El Juzgado de Primera Instancia estima, en parte, la demanda condenando al demandado a pagar al actor la cantidad de 500.000 pesetas, desestimando las restantes peticiones formuladas por el actor. Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo confirma, igualmente, la sentencia apelada por el demandado, ahora recurrente:

Considerando... que el recurrente establece por su cuenta... que no ha existido edificación en suelo ajeno ni mala fe por su parte, siendo así que la sentencia impugnada afirma, por el contrario, que dicho recurrente ha construido un edificio de seis plantas, a cuyo efecto ocupó, además del solar de su propiedad, una franja de terreno de 49,20 metros cuadrados, que pertenecen a la expresada finca del actor, lo que hizo de mala fe, a sabiendas de que la faja de terreno no le pertenecía, declaraciones de hecho que han quedado incólumes al no haber sido combatidas eficazmente en el recurso.

COMENTARIO.—Esta sentencia no contiene doctrina legal sustantiva que pueda ser aprovechada para los supuestos de accesión y de excesos de cabida, y lo único que incita a no pasar de largo por ella es el especial supuesto planteado, que ofrece interés por dos razones:

Primera.—Porque se trata de un supuesto de *construcción extralimitada de mala fe* no previsto directamente en el Código ni solucionado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que conozco, que se refiere sólo a supuestos de construcción extralimitada de *buena fe*. Como queda dicho, la presente sentencia no aporta nada sustantivo para resolver la cuestión. En cuanto a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, de interés únicamente a título de información o curiosidad, sólo es posible saber, a la vista de los «resultandos» de esta sentencia, que condenó al demandado a abonar al actor el valor del terreno invadido, por lo que cabe concluir que el edificio fue mantenido, incluso en la parte extralimitada. Parece, pues, como si el Juzgado de Primera Instancia hubiera solucionado el problema del mismo modo que ha solucionado la jurisprudencia los supuestos de construcción extralimitada de *buena fe*, a pesar de que el constructor procedió de *mala fe*, y el artículo 363 del Código Civil es terminante en el sentido de poder exigirse la demolición de la obra realizada por el constructor de mala fe. De todos modos, se trata de exponer unas apreciaciones generales sobre este problema y no de criticar la sentencia de primera instancia, cuyo contenido y motivaciones no ha sido posible saber con precisión. Quizá podría tener su motivación dicha sentencia en el hecho de que en el caso existían otros interesados de buena fe, además del constructor.

Segunda.—También ofrece interés el supuesto de hecho planteado en este recurso, porque en él se contempla un supuesto de inscripción de exceso de cabida, que, en realidad, no consistió en una simple rectificación de medida superficial, sino que consistió en un aumento real de terreno a costa de la finca colindante del actor. Sabido es que los procedimientos de inscripción de excesos de cabida previstos en el número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario se refieren al problema de rectificación de una medida superficial erróneamente realizada, pero no se refieren a la inmatriculación de aumentos concretos de terreno colindante, pues para esto sería preciso obtener primeramente la inmatriculación de dicho terreno y luego agruparlo al anteriormente inscrito. Por ello, se debe denegar o suspender la inscripción de excesos de cab

da cuando hay base para pensar que no hay identidad de la finca inscrita con la resultante del exceso, como, por ejemplo, puede desprenderse cuando, con motivo de la inscripción de un exceso de superficie, se había obtenido previamente la inscripción de la finca colindante del demandado por segregación, con una superficie que para nada perjudicaba al actor, aunque sí se señaló un cambio de lindero muy importante, pues en lugar de lindar con el terreno del actor se dijo que lindaba con una calle, con lo que, se preparaba, consciente o inconscientemente, el terreno para admitir en su día la inscripción de un exceso de cabida, sin motivar dudas sobre la identidad de la finca. Tiempo después, el demandado obtuvo a su favor la inscripción del exceso de cabida, sin modificación alguna de linderos, pues esta modificación se había hecho ya anteriormente con motivo de la inscripción primera de segregación. Es de suponer que fue prácticamente imposible para el Registrador imaginar que tal inscripción del exceso de cabida suponía, en el fondo, una inversión del terreno colindante del actor, pues los linderos coincidían con los de la inscripción precedente, y hubiera sido necesario, para hacer la confrontación, recurrir a la inscripción de la finca matriz, en la que se veía el cambio de lindero. Todo esto sirva para extremar los cuidados y precauciones en la calificación registral de excesos de cabida, para que luego se eviten pleitos como el presente, pues ésta es una de las funciones más importantes del Registro de la Propiedad: evitar contiendas judiciales respecto a los derechos inscritos.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD DE ROCAS (BASALTICAS) Y DE MINERALES (PIEDRA POMEZ). CONCESION ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMIENTO ILICITO. (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1969.)

Hechos.—Don Francisco M. P. interpone demanda contra la Sociedad Anónima P. I., que era concesionaria de piedra pómez, según la entidad demandada, suplicando se declare que la cantera existente en la finca del actor está constituida por yacimientos de rocas basálticas y su explotación pertenece exclusivamente al actor, por ser sustancias comprendidas en la sección A) de la Ley de Minas, condenando a la entidad demandada a entregar y dejar libre la parte de finca del acto que ocupa, así como a indemnizar el importe de todas rocas basálticas que ha extraído.

El Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Real estima en lo fundamental la demanda. Apelada esta sentencia por la parte demandante y por la entidad demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete revoca parcialmente la sentencia del Juzgado, pues desestima la demanda en cuanto que indica que la entidad demandada no debe desalojar la finca, pero confirma la sentencia en cuanto que condena a dicha entidad a indemnizar al actor en el valor de los productos extraídos.

Tanto el demandante como la demandada interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar a ambos recursos.

Doctrina de la sentencia: a) *Respecto a la alegación de la entidad demandada* de que no procede condenarla a indemnizar al actor, dado que se ha producido incompetencia de jurisdicción, pues no corresponde tal cuestión a la jurisdicción ordinaria, existiendo una concesión administrativa, y respecto a la alegación de la misma de que es incongruente basar tal indemnización en una acción de enriquecimiento injusto, que no concuerda con la acción ejercitada en la demanda, el Tribunal Supremo considera:

Primero.—«Como lo que se ventila en el presente pleito es, por una parte, el ejercicio de una acción reivindicatoria, y, por otra, la propiedad de una sustancia mineral, que, como las arenas basálticas (no la piedra pómez), son objeto de reclamación judicial, sin que en momento alguno surja cuestión que afecte a ‘calificación ni clasificación’ de sustancias minerales, va que ellas se dan por definidas y determinadas, por lo que es obvio que su tramitación y resolución ha de comprenderse en el ámbito de la jurisdicción civil ordinaria, sin que sea obstáculo para ello que la concesión de sustancias minerales de la sección B, que le fue otorgada a la Sociedad P. I. (de piedra pómez), estuviere hecha con anterioridad, porque ella no da al problema planteado carácter administra-

tivo, ya que impide la intervención de la Administración en materia en la que ni siquiera ha comenzado a operar y en la que ni ha llegado a nacer un acto administrativo que se refiera a las zonas basálticas que se reclaman (pues sólo se refiere a la piedra pómez), y porque al ser las sustancias rocosas elementos integrantes del suelo, no cabe acto de disposición aislado de ellas, que llevaría una anticipada desmembración del dominio de aquél, que impediría que el dueño de éste pueda gozar de la prioridad del aprovechamiento que la Ley le reconoce...», por ello no puede prosperar el recurso.

Segundo.—En cuanto a que la acción de enriquecimiento ilícito en que se basa la Audiencia para conceder la indemnización a favor del actor no fue planteada por éste, el Tribunal Supremo estima que «si bien es cierto que el Tribunal *a quo* ha aplicado una acción totalmente distinta de la ejercitada por el actor en el escrito de la demanda...», no lo es menos que la decisión que ha de derivarse de la reclamación amparada en la acción de accesión del artículo 350 del Código Civil ejercitada por el actor ha de conducir al mismo resultado que la que se obtiene por la aplicación de aquella otra empleada indebidamente».

b) *Respecto a la alegación del actor*, consistente en que la entidad demandada carece de título idóneo para la ocupación de su finca en la zona de la cantera, el Tribunal Supremo estima que «no existe ese despojo ni, por consecuencia, la detentación que del terreno se denuncia como fundamento de la acción ejercitada, y mucho menos cuando la propia resolución recurrida reconoce que dicha entidad ocupa por virtud de una concesión minera, pues hay que tener muy presente que el artículo 1.º de la Ley de Minas, después de fijar en su párrafo primero las sustancias objeto de la Ley, dispone en su segundo 'que éstas son bienes de la nación, que el Estado podrá explotar directamente o ceder su explotación...', es decir, que la propiedad corresponde al Estado y la explotación puede cederse, pero siempre dentro de los cauces que la Ley establece, unas veces por la Ley misma, como ocurre con las 'Rocas' —Sección A—, y otras, por la Administración, y como el concesionario es el que tiene el aprovechamiento, su ocupación es lícita mientras indemnice al propietario, o en el caso de no avenencia en este aspecto, mediante la expropiación que la Ley autoriza al primero, al amparo del artículo 40 de la Ley de Minas, y todo ello es así porque científica y legalmente el derecho a las sustancias mineras no surge de la propiedad, sino de la concesión, es decir, en virtud de título distinto y superponible al de dominio, por lo que cabe afirmar que aquellos minerales son objeto de tráfico distinto del fundo y tienen entidad jurídica separada de la atribuida al suelo, y por eso la doctrina de esta Sala ha estimado que la concesión administrativa constituye un verdadero título de dominio, expedido por quien únicamente tiene derecho para hacerlo con arreglo a la Ley, aparte de que ello constituye una limitación de las que el artículo 348 reconoce al dominio, por cuanto ello no hace otra cosa que dar un sentido amplio comprensivo de las disposiciones administrativas...», por todo lo cual declina el motivo del recurso de la parte actora.

ACCION REIVINDICATORIA. RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1969.)

Hechos.—Desestimada la acción reivindicatoria del demandante por el Juzgado de Primera Instancia de Telde, y revocada esta sentencia

por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas, el demandado interpone recurso de casación alegando error de hecho en la apreciación de la prueba respecto a la cuestión de la identificación de las fincas objeto de reivindicación e infracción del artículo 348 del Código Civil y de los preceptos del Reglamento Hipotecario sobre agrupación de fincas, por estimar que la Sala consideró sin efecto alguno la inscripción de finca del demandado, por haberse agrupado a otra.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso respecto al error de hecho en la apreciación de la prueba, dado que no se concretan por el recurrente los documentos auténticos y los particulares de los mismos que demuestren la equivocación evidente de la Sala sentenciadora, sin que baste invocar globalmente las escrituras aportadas al pleito y el resto de las pruebas practicadas en el mismo, «y en cuanto a la denunciada violación de los artículos del Reglamento Hipotecario (sobre agrupación de fincas), se trata de disposiciones de rango normativo secundario, que no merecen el concepto de 'Ley' o 'doctrina legal', a efectos de lo prevenido en el número primero del artículo 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

PROPIEDAD HORIZONTAL: FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD. (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1969.)

Hechos.—El Presidente de la Comunidad de Propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal ejercita acción de reclamación de cantidad contra el propietario de la finca colindante, solicitando se condene a éste a que indemnice a la comunidad de propietarios por los daños causados por la demolición del edificio propiedad del demandado.

El Juzgado de Primera Instancia estima, en parte, la demanda, pero su sentencia es revocada por la Audiencia Territorial de Madrid, que desestima la demanda por falta de legitimación activa del Presidente, por no acreditar la propiedad del edificio.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Presidente de la Comunidad, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al mismo, confirmando la sentencia apelada, ya que, «de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12, párrafo primero, de la Ley número 49 de 1960, de 21 de julio, sobre la denominada 'propiedad horizontal', el presidente sólo representará en juicio a la comunidad de propietarios *en los asuntos que le afectan*, por lo que al no acompañarse ningún documento justificativo de la propiedad del edificio procedió adecuadamente la sentencia recurrida desestimando la demanda.

DELIMITACION DE PROPIEDADES DE AYUNTAMIENTOS LIMITROFES. SU RELACION CON LA DELIMITACION ADMINISTRATIVA. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1970.)

Hechos.—El Ayuntamiento de Santa Cruz del Valle ejercita acción declarativa y, subsidiariamente, acción reivindicatoria de dominio de una parcela del monte llamado «Cerro de la Villa», contra el Ayunta-

miento de Mombeltrán, basándose en la posesión inmemorial del mismo y en el acta de apeo del año 1792 por despacho dado por el rey Carlos IV, en que surgió a la vida administrativa el Ayuntamiento demandante. Todo ello a pesar del deslinde catastral de términos, en que la Comisión del Ayuntamiento demandante se dice incurrió en error, y a pesar de la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Cuarta, de 23 de junio de 1960, que incluyó la parcela discutida en término municipal del Ayuntamiento demandado, pues los efectos de estos deslindes son meramente administrativos, no determinantes de la propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro desestimó la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente-Tutor Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Ayuntamiento demandante, rechazando las pruebas sobre usucapión, no admitidas en primera instancia, y centrándose en el argumento de deslinde de términos creado por el recurrente con la alegación del acta de apeo de 1792, establece lo siguiente:

Considerando. . quedando por ello centrado el problema litigioso en este extremo en determinar si el cerro discutido quedó o no comprendido al hacer la segregación de terrenos del antiguo término de Mombeltrán para constituir el de Santa Cruz del Valle, de nueva creación, dentro de éste o si siguió en la jurisdicción de aquél, y habida cuenta que por sentencia de la Sala Cuarta de este Tribunal de 23 de junio de 1960, al determinar la línea divisoria de ambos municipios, se declaró que el cerro debatido quedaba dentro del término de Mombeltrán, es evidente que arrancando el derecho dominical aducido por el recurrente de la división de los terrenos, no puede ofrecer duda alguna de que pertenece originariamente a la entidad recurrida y no puede prosperar el motivo.

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo resuelve el problema civil de la propiedad argumentando a través de la cuestión administrativa de delimitación de términos municipales. Pero hay que centrar bien la *ratio decidendi* de este fallo para evitar que cuando se plantee otro pleito sobre delimitación de propiedades entre Ayuntamientos se confunda la cuestión con la delimitación catastral o administrativa de términos municipales, que es cosa distinta, y encima se alegue esta sentencia, que sólo a primera vista puede amparar tal confusión de cuestiones.

Hay que observar que esta sentencia no contiene doctrina positiva. Se limita a decir que centrado el problema en los términos alegados por el recurrente, éste no tiene razón. No dice que la delimitación de términos municipales determine la adquisición de derechos dominicales. Lo único que dice es si el recurrente se basa en un dato administrativo del deslinde de términos (acta de apeo de 1792) no se le puede dar la razón, pues el aspecto administrativo delimitado posteriormente le es desfavorable.

Por ello, mi opinión es que fuera del supuesto planteado esta declaración del Tribunal Supremo carece de valor, debiendo, además, tenerse en cuenta que en el presente caso no prosperó ninguna prueba a favor del Ayuntamiento recurrente acreditativa de su propiedad. Si hubieran prosperado tales pruebas, es muy probable que no hubiera hecho el Tribunal Supremo esa declaración-contestación sobre la delimitación de términos municipales.

Con todo esto no criticamos esta sentencia, sino que, con perspectiva

de futuro, tratamos de criticar a los que traten de aplicar esta sentencia fuera del caso debatido.

Porque fuera del caso planteado, no hay más remedio que admitir tres posibles delimitaciones: 1.ª) Delimitación administrativa de términos municipales: produce el efecto de atribuir competencia gubernativa al Ayuntamiento respectivo, delimita la zona de contribución territorial urbana, delimita también los términos a efectos del Registro de la Propiedad, etc. Pero por sí sola no delimita las fincas propiedad de un Ayuntamiento, pues éste puede tener propiedades fuera de su término municipal, si quiera sea un supuesto excepcional. 2.ª) Delimitación catastral de términos municipales: aunque lo ideal es que esta delimitación coincida con la anterior, en la práctica no sucede así y existen discordancias sensibles; en ese caso, la delimitación catastral sólo produce el efecto fiscal derivado de la Contribución rústica, pero no puede producir directamente el efecto de delimitar administrativamente términos municipales. Por ello, mal puede servir una certificación catastral como certificación administrativa que fundamente un traslado de inscripciones de fincas de un libro a otro del Registro de la Propiedad, a efectos del artículo 3.º del Reglamento Hipotecario, aunque así opina LA RICA en sus *Comentarios al Reglamento de 1947* (pág. 11). Esta opinión sólo puede admitirse si tal certificación va acompañada de otras pruebas más concluyentes (certificación del Alcalde, etc.). Tampoco puede servir una certificación catastral como medio de prueba del dominio de una finca, dados sus fines exclusivamente fiscales. 3.ª) Delimitación de propiedades de Ayuntamientos. Esta es una cuestión totalmente distinta de las dos anteriores. La delimitación de propiedades viene dada por los títulos de adquisición, por la usucapión y por los demás modos de adquirir la propiedad, sirviendo únicamente la delimitación administrativa o catastral como simples indicios, a falta de pruebas, de la existencia de un modo de adquirir a favor del Ayuntamiento en cuestión, pero nada más. Así debe interpretarse, en mi opinión, la declaración del Tribunal Supremo que hemos comentado.

ACCION REIVINDICATORIA DE UN MONTE: FALTA DE IDENTIFICACION DEL TERRENO REIVINDICADO. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1970.)

Hechos.—El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Lérida desestima la demanda interpuesta por el Ayuntamiento de I. y por un particular contra el Ayuntamiento de G. y contra la Administración del Estado, sobre ejercicio de acción reivindicatoria de parte de un monte, siendo confirmada esta sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso por no haberse llegado a identificar el objeto que se reivindica, por lo cual «es obvio que ni se puede ejercitar con buen éxito la acción reivindicatoria del párrafo segundo del artículo 348, ni la correspondiente al derecho de deslindar que el artículo 384 concede no sólo al propietario, sino, asimismo, a los titulares—efectiva y realmente acreditados—de derechos reales sobre la finca de que se trate».

PROPIEDAD HORIZONTAL· NULIDAD DE LA CLAUSULA QUE EXCLUYE A UN PISO (CON CUOTA DE PARTICIPACION) DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1970.)

Hechos.—En escritura de constitución de propiedad horizontal, el Banco propietario hizo constar que el departamento número uno (compuesto de sótano, planta baja y piso primero izquierda como una sola finca), con una determinada cuota de participación en el inmueble y con entrada independiente, quedaba excluido de contribuir a los gastos de entretenimiento, conservación y consumo de fuerza y energía que originaba el funcionamiento de ascensores, etc., cuya función específica es totalmente ajena a la actividad y funciones que se desarrollaban en dicha finca número uno. Por otro lado, aunque el Proyecto del Arquitecto aludía a una vivienda de portería en el piso sexto y en el cuadro de timbres del edificio (acreditado por fotografía autenticada por Notario) figuró la indicación de que el piso sexto era portería, lo cierto es que en la escritura no se consideró ninguno de los pisos como vivienda de portero. Esta escritura se inscribió en el Registro de la Propiedad.

Posteriormente, el Banco propietario, reservándose la finca número uno, vendió todos los pisos del edificio, incluso el piso sexto derecha (que en el proyecto y cuadro de timbres era vivienda del portero). Los demás propietarios interponen demanda suplicando se declare que el piso sexto derecha pertenece a la comunidad como elemento común, por ser vivienda del portero, y se rectifique y distribuya el porcentaje de contribución a los gastos comunes de tal forma que el piso número uno también contribuya a ellos, para lo que deberá, igualmente, rectificarse la escritura e inscripción practicadas, por ser el pacto de exclusión del piso primero de todo gasto contrario a la Ley de Propiedad Horizontal.

Desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de La Coruña, en sentencia confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital, el Tribunal Supremo, ante el recurso interpuesto por los propietarios de los pisos, estima, en parte, el recurso, en lo relativo a la contribución de todos los pisos con cuota a los gastos comunes del edificio, declarando no haber lugar al mismo respecto al problema de la vivienda del portero, estableciendo la doctrina siguiente:

Considerando que... es cara la aplicación de la regla contenida en el artículo 1.283 del Código Civil, según la cual «cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes a aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar...», siendo facultad del Tribunal la interpretación del contrato, ha de prevalecer la hecha por el mismo cuando no resulte contraria palmariamente con las cláusulas del mismo y ni la indicación del Proyecto ni la del cuadro de timbres sobre el destino de dicha vivienda son elementos con entidad propia y suficiente para educir de los mismos un acuerdo de voluntades sobre la transmisión de propiedades de una vivienda no incluida en la escritura de división y constitución de propiedad horizontal, como elemento común...

Considerando que, por el contrario, es evidente la interpretación errónea dada por el Tribunal de Instancia al artículo 396 del Código Civil en relación con los primero y quinto de la Ley de 21 de julio de 1960, enunciada en el motivo tercero, por la misma vía de los anteriores, puesto que establecido el carácter de elementos comunes de portería, ascensor y escaleras, resulta claro que la vivienda número uno, con una participación de 23 centésimas, 258 milésimas, está obligada a participar en los gastos comunes y de conservación, ya que si bien el número ter-

cero del artículo 5.º de la antes citada Ley permite fijar al propietario la cuota de participación de cada piso, al iniciar la venta de éstos, teniendo en cuenta para dicha fijación la situación de los mismos y el uso que va a efectuar de los elementos comunes, no hay disposición alguna que permita que una vez fijada tal cuota se exima a alguno del pago de los gastos de conservación anejos a su participación, y al no haberlo estimado así se ha incidido en las infracciones denunciadas, procediendo la estimación del motivo.

Considerando que a tal estimación no es obstáculo la norma primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, puesto que la unanimidad exigida por tal disposición hace referencia a las modificaciones en el título de propiedad y estatutos acordados por la Junta de Propietarios, mas no puede en forma alguna ser aplicable cuando, como en el presente caso, surge la modificación por contenerse en el título constitutivo una disposición contraria a la Ley y lesiva para los derechos de propiedad del resto de condueños, en virtud de declaración de voluntad legal hecha en el oportuno juicio contradictorio y por órgano jurisdiccional competente.

APROVECHAMIENTO DE AGUAS PUBLICAS: ARTICULO 23 DE LA LEY DE AGUAS. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1970.)

Hechos.—Diversas Comunidades de Regantes acreditaron por acta de notoriedad la adquisición por prescripción de varios aprovechamientos de aguas públicas, obteniendo después concesión administrativa de los mismos, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Otra Comunidad de Regantes, con derecho a usar agua del pozo llamado San José (que constaba inscrito en el Registro de la Propiedad), hizo una importante ampliación del mismo y abrió otro pozo, llamado San Francisco (no inscrito en el Registro), que suponían, según las otras Comunidades, una merma considerable del caudal de aguas a que ellas tenían derecho por prescripción y concesión administrativa. Por ello, dichas Comunidades interponen acción contra la Comunidad que abrió los pozos de San José y San Francisco, solicitando sea condenada la parte demandada a la clausura de dichos pozos.

El Juzgado de Primera Instancia de Callosa de Ensarriá estimó en lo fundamental la demanda, condenando a la Comunidad demandada a la clausura de ambos pozos. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia revoca, en parte, esta sentencia, adoptando una posición intermedia, ya que, partiendo del derecho preferente de las Comunidades demandantes, permite a la Comunidad demandada sacar agua de los pozos de San José y San Francisco hasta que se instale el módulo correspondiente, que permita restituir 26 litros de agua por segundo a las Comunidades demandantes.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por ambas partes, que tienen una visión diferente del artículo 23 de la Ley de Aguas, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Vicente Tutor y Guelbenzu, declara haber lugar al recurso, casando la sentencia de la Audiencia, con el siguiente fallo de la segunda sentencia: «Fallamos que aceptando, en parte, la demanda... debemos condenar y condenamos a la Comunidad (demandada) a clausurar y dismantelar el pozo llamado de San Francisco (obsérvese que es el que no constaba inscrito), no pudiendo, por tanto, sacar agua del mismo, y a reducir el volumen y la potencia de la maquinaria para la extracción de aguas del pozo de Sar

José a los límites y fuerza que tenía en 1945 y antes de su ampliación en 1964» (obsérvese también que este pozo constaba inscrito, pero no su ampliación de 1964).

La razón fundamental de este fallo se encuentra en el considerando segundo de la primera sentencia, que dice así:

Considerando que la especial naturaleza de la propiedad sobre el aprovechamiento de aguas públicas en relación al dominio del terreno en que aquéllas discurren, bien sea externamente o sea bajo su superficie, justifica la especial redacción del precepto (se refiere al artículo 23 de la Ley de Aguas), que si concede el derecho, en general, al dueño del terreno para alumbrarlas en su caso y aprovecharlas, lo limita a que con ello no se distraigan o aparte de su corriente natural, y habida cuenta que en la sentencia recurrida se da como probado que la apertura y explotación de los pozos merma el caudal perteneciente a los actores con el perjuicio consiguiente, es evidente que al quedar firmes tales declaraciones, la única interpretación del precepto es la literal de que al alumbramiento y apropiación de las aguas no puede perjudicar los derechos de los actores, rechazándose el motivo primero de la parte demandada y aceptando el mismo número de los actores, en cuanto la sentencia permite la explotación de los pozos con la condición de que reviertan al curso de las aguas el volumen preciso para completar la merma sufrida por los demandantes, que si constituye una solución quizá equitativa, carece de base legal y significa un quimérico respecto a los derechos adquiridos no sólo por la dificultad técnica de llevarla a la práctica, sino por su imprecisión, pues el módulo de medida adoptada en cuanto a las mermas puede variar constantemente, caso sometido a las condiciones del terreno, etc., por todo lo que procede casar la sentencia recurrida.

ACCION REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA: REQUISITOS. HEREDAMIENTOS DE AGUAS. RECTIFICACION DE INSCRIPCION: ARTICULO 40 DE LA LEY HIPOTECARIA. ALEGACION DE ERROR DE HECHO. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1970.)

Hechos.—El Ayuntamiento de P. interpone demanda contra el heredamiento de las heredades de A. y T., sobre reclamación de unos terrenos, suplicando se dicte sentencia declarando: a) no existir la personalidad jurídica del heredamiento; b) no constituir un aprovechamiento de aguas privadas, sino públicas, el que actualmente ostenta el heredamiento; c) ser la finca en cuestión de pertenencia del Ayuntamiento; d) no ser de la supuesta persona jurídica heredamiento la propiedad de la finca en cuestión; e) ser nula la inscripción practicada a favor del heredamiento, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

El Juzgado de Primera Instancia de Los Llanos desestima la demanda interpuesta por el Ayuntamiento y también la demanda acumulada interpuesta por un particular, y esta sentencia fue confirmada por la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Doctrina de la sentencia.—Los demandantes interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al mismo, sentando una serie de considerandos enjundiosos, de los que entresacamos la siguiente doctrina:

a) *Alegación de error de hecho en casación: requisitos.*—No puede prosperar la alegación de error de hecho, pues para ello se precisan los siguientes requisitos, que esta sentencia resume así: 1.º) Que el error de

hecho invocado evidencia una clara y abierta contradicción con las afirmaciones de hecho contenidas en la sentencia recurrida, sin necesidad de interpretaciones, razonamientos, deducciones, analogías ni hipótesis—sentencias de 24 de enero de 1962, 27 de septiembre de 1969 y 19 de febrero de 1970—. 2.º) Que no puede prevalecer el resultado de elementos probatorios aislados sobre la apreciación conjunta de todos ellos—sentencias de 27 de septiembre y 19 de diciembre de 1969 y 28 de enero de 1970. 3.º) Que no pueden invocarse como documentos auténticos, a efectos de casación, aquellos que fueron objeto de debate y que tuvo ya en cuenta la Sala sentenciadora—sentencias de 25 de febrero de 1961, 6 de noviembre de 1962, 20 de diciembre de 1968, 16 de octubre de 1969 y 24 de enero y 28 de febrero de 1970. 4.º) Que la evidencia del error ha de ser objetiva y no subjetiva—sentencia de 22 de diciembre de 1964.

b) *Concepto y requisitos de la acción reivindicatoria*.—No prosperó en el proceso la acción de la parte demandante por no falta de justificación del título y de identificación de la cosa reclamada, frente a lo que no puede esgrimirse que la acción intentada bajo el apartado c) de la demanda (antes transcrita) no era reivindicatoria, pues aunque fuera simplemente declarativa también debe reunir esos mismos requisitos que aquí faltan. Ni puede esgrimirse, como también hace el recurrente, que la pretensión del apartado d) de su demanda no es una acción reivindicatoria ni declarativa de la propiedad, sino declarativa de la «no propiedad del heredamiento», porque, «en primer lugar, es muy discutible que, con relación a la propiedad, pueda admitirse la existencia de una acción autónoma encaminada a que se declare que el demandado no ostenta el derecho de dominio sin que se lo atribuya a sí el actor, pues en semejante hipótesis no se comprende la finalidad que podría perseguirse al ejercitar tal acción; en segundo lugar, sostener, como hace el recurrente, que la finca litigiosa podía no ser del actor y no ser tampoco del demandado, es proclamar que aquél no está legitimado para ejercitar tan anómala acción, por carecer de interés, y, en tercer lugar, se hace muy difícil compaginar el ejercicio de esas dos pretensiones c) y d) simultáneas, porque si prospera la primera y se declara que la finca litigiosa es propiedad del Ayuntamiento recurrente (que era el objeto de la petición primera), ya quedaría implícitamente declarado que no era de la Entidad demandada (que es lo que se postula en la petición d)).»

c) *Rectificación de inscripción*.—La sentencia recurrida negó «legitimación» al Ayuntamiento demandante para solicitar la nulidad de la inscripción practicada a nombre del heredamiento «por no haber probado su titularidad ni la identidad de la finca que reivindica», y frente a esto nada puede valer la alegación del recurrente de que tiene legitimación para solicitar tal cancelación por nulidad, conforme al párrafo último del artículo 298 del Reglamento Hipotecario (pues para ello basta creerse perjudicado), ya que, en primer lugar, la sentencia recurrida emplea el término «legitimación» en el sentido de «acción», es decir, viene a desestimar la acción del demandante por faltar los requisitos apuntados, y, en segundo lugar, en cualquier caso, no por tal alegación había de producirse la casación de la sentencia, pues para esto sería preciso, además, que la Corporación recurrente hubiese demostrado que tenía la titularidad dominical sobre la finca litigiosa y que había cumplido también el requisito de la identificación, demostraciones ambas que la sentencia recurrida no admite y de las cuales, una ni siquiera es combatida en el recurso, y la otra, lo ha sido sin éxito. Y, «en último término, como dicho artículo 40 (de la Ley Hipotecaria) exige que la demanda de

rectificación se dirija 'conta todos aquellos a quienes el asiento que se trata de rectificar conceda algún derecho', y en el presente caso se dejaba de impugnar la inscripción respecto a una cuadragésima parte de la finca, cuyos titulares no fueron demandados, surgiría el obstáculo procesal de la falta de *litis consorcio* pasivo necesario, que impediría entrar a conocer y a resolver el fondo de la cuestión».

RETRACTO DE COLINDANTES: NO PROCEDE CUANDO NO CONSIGNO EL RETRAYENTE EL PRECIO REAL QUE CONOCIA, EN LUGAR DEL DECLARADO EN LA ESCRITURA. (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1970.)

Hechos.—La propietaria colindante ejercita la acción de retracto contra el comprador de una finca rústica, consignando como el precio la cantidad de 2.000 pesetas, que figuraba en la escritura de compra.

El Juzgado de Primera Instancia de Plasencia estimó la demanda, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres revoca esta sentencia, desestimando la demanda, por considerar probado que la actora conocía el precio real de la finca (17.000 pesetas), por lo que debería haber consignado tal cantidad.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso, confirmando la sentencia de la Audiencia, de lo que puede desprenderse como doctrina que cuando esté probado que el retrayente conocía el precio real de la finca en cuestión, debe consignar el precio real y no el que se declare en la escritura, pues en otro caso procederá la desestimación del retracto por faltar el requisito de la consignación del precio real conocido por el retrayente.

REDENCION DE CENSOS EN CATALUÑA: NO CABE RECURSO ALGUNO, NI SIQUIERA EL EXTRAORDINARIO DE REVISION, CONTRA LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE CENSOS. (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Decretada la redención de censos afectantes a varias fincas por el Tribunal Arbitral de Censos de Cataluña, en rebeldía de los censualistas demandados, que no comparecieron en el pleito, una vez firme esta sentencia uno de dichos censualistas interpone recurso extraordinario de revisión, basándose en el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiéndolo que los demandantes habían omitido intencionadamente en la demanda el domicilio del demandado con el objeto de que no se enterara de la redención de los censos (aleación de maquinación fraudulenta) y que la sentencia del Tribunal Arbitral era injusta, por lo que solicitaba su revisión y rescisión, exponiendo una serie de pedimentos concretos.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso extraordinario de revisión, porque, según el artículo 49 de la Ley de 31 de diciembre de 1945, reformada por la de 26 de igual mes de 1957, no cabe recurso alguno contra las sentencias de los Tribunales

Arbitrales de Censos, dada la índole especialísima de la jurisdicción de dichos Tribunales; porque los motivos y finalidad del recurso extraordinario de revisión, dada su singularidad excepcional, han de ser interpretados rigurosamente, y porque lo que el recurrente pretende rebasa el ámbito del recurso de revisión, pues no trata sólo de obtener la rescisión de la sentencia, sino que también pretende que se resuelvan cuestiones que incumben al citado Tribunal Arbitral.

PROPIEDAD DE AGUAS. EXPROPIACION FORZOSA. ACCION DE INDEMNIZACION. COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL. (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Expropiado por el Ayuntamiento el aprovechamiento de unas aguas que regaban fincas particulares, con objeto de surtir agua al pueblo, el dueño de una de las fincas regadas ejerce la acción reivindicatoria del derecho de aprovechamiento de las aguas y, subsidiariamente, la acción de indemnización por los perjuicios ocasionados al quedar convertida su finca en tierra de secano.

La demanda fue estimada, en parte, por el Juzgado de Primera Instancia de Bute, y también en parte, aunque con distinto sentido, por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

El Ayuntamiento demandado interpone recurso de casación entendiendo vulnerado el artículo 1.902 del Código Civil, entre otros, y alegando incompetencia de la jurisdicción civil ordinaria por haberse resuelto la cuestión por el expediente de expropiación forzosa.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, pues no existe la infracción del artículo 1.902, que se alega, ya que «no se trata de acciones nacidas de la culpa extracontractual o aquiliana, sino de las consecuencias de no haber sido incluida su propiedad en el expediente de expropiación forzosa por causa de utilidad pública» exigiéndose ahora la correspondiente indemnización, cuya acción no precisa de los mismos requisitos que la acción del artículo 1.902 del Código Civil. En cuanto a la alegación de incompetencia de jurisdicción el Tribunal Supremo indica que «el límite entre una y otra jurisdicción viene determinado en el caso presente por el artículo 349, que dice que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por la Autoridad competente y por causas justificadas de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización; previendo el párrafo segundo del mismo artículo que si no precediere aquel requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, repondrán en la posesión al expropiado, precepto en el que se apoyan para casos muy similares las sentencias de este Tribunal de 2 de febrero de 1913, afirmando ambas la competencia de jurisdicción civil».

FALTA DE LITIS CONSORCIO PASIVO. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Doctrina.—El Tribunal Supremo no entra en el fondo, confirmando la sentencia de la Audiencia, que estimó mal constituida la relación jurídica procesal por falta de *litis consorcio* pasivo necesario.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Aunque en el Registro de la Propiedad consta inscrito un solar y una edificación a nombre de don Miguel B. N., se ejercita por doña Rosa F. M. acción reivindicatoria contra dicho titular para que reintegre el inmueble a la Empresa de que es titular la actora, que se encuentra en suspensión de pagos, basándose en un documento privado suscrito por ambos litigantes.

El Juzgado de Primera Instancia de Vich desestimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia Castaño, declara no haber lugar al recurso, por no apreciarse la existencia de los requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria sobre el solar y edificación inscritos a nombre del demandado, sin que pueda alegarse en casación un documento privado contrario a la inscripción registral, pues fue tenido en cuenta por el juzgador en ambas instancias.

PROPIEDAD INTELECTUAL: RETRACTO DE COMUNEROS. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Vendida la tercera parte indivisa de la propiedad intelectual de 31 obras literarias de don Vicente Blasco Ibáñez, los otros dos copropietarios ejercitan la acción de retracto de comuneros por mitad entre ambos.

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valencia estima la demanda y el ejercicio del retracto a prorrata, pero la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Valencia revoca parcialmente la sentencia, estimando la acción de retracto de uno de los comuneros, en cuanto a la mitad, y desestimando la acción del otro por haber caducado, según se demuestra por una carta y por la prueba testifical, pues de ambas pruebas se desprende que tenía conocimiento de la venta y de todas sus circunstancias desde hacía mucho tiempo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso por no desprenderse claramente de las pruebas del pleito criterio contrario sobre la caducidad de la acción al mantenido por la sentencia recurrida, sin que quepa alegar que se ha infringido la doctrina legal del artículo 1.524 del Código Civil, que exige reiteradamente, para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de retracto, no sólo el conocimiento de la venta, sino de todas sus circunstancias, ya que en el presente caso ha quedado demostrado (por la carta y testigos) que el recurrente tuvo conocimiento de todas las circunstancias de la venta desde hacía mucho tiempo.

PROPIEDAD DE UN MONTE: ACCION REIVINDICATORIA. LEGITIMACION ACTIVA. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1970.)

Estimada la demanda interpuesta por una comunidad particular contra el Estado, el Patrimonio Forestal, el Ayuntamiento y otras entidades sobre propiedad de un monte, si bien con la salvedad de considerar que el Patrimonio Forestal efectuó en dicho monte operaciones de siembra y plantación de buena fe, por lo que procede aplicar la accesión y la opción del artículo 361 del Código Civil, esta sentencia fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—Una de las entidades demandadas, el Ayuntamiento, interpone recurso de casación, entendiendo que los demandantes no han acreditado su carácter de heredero del titular registral, por lo que carecen de legitimación activa en el ejercicio de la acción.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso, por existir en los autos copia del testamento a favor del demandante, aunque de él no se tomó nota en el Registro General de Actos de Ultima Voluntad, pues no fue impugnado en el proceso, y, además, por existir el estado constante de heredero del actor, que puede actuar en beneficio de sus coherederos y de la comunidad.

RETRACTO DE COMUNEROS. DISTINCION ENTRE COMUNIDAD Y SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Vendida la tercera parte indivisa de la «Editorial Revista de Derecho Privado» a un extraño, uno de los copropietarios ejerce la acción de retracto de comuneros contra el comprador.

El Juzgado de Primera Instancia número 24 de los de Madrid desestima la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial, que estimó la acción de retracto del demandante.

El demandado interpone recurso de casación entendiendo que la «Editorial» es una sociedad civil y no una comunidad, por lo que no procede el retracto de comuneros.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso:

Considerando que... es correcta la interpretación jurídica de los hechos (de la sentencia recurrida), porque la atribución de la totalidad de la titularidad dominical de la Editorial a su fundador, por fallecimiento de éste, fue atribuida, en común, a sus herederos, es decir, aquella titularidad simple fue reemplazada por la titularidad plural de los herederos en forma de titularidad concurrente, de idéntico contenido cualitativo, aunque diferenciada cuantitativamente por la diversidad de las cuotas de los cotitulares. El recurrente admitió, al contestar a la demanda, que «la Editorial» fue atribuida proindiviso a los herederos, a virtud del testamento del fundador y de su esposa. El estado de indivisión de la Editorial fue derivado de *actos totalmente independientes de la voluntad de los herederos*; surgió una comunidad de tipo incidental; no se ha acreditado su transformación en sociedad, lo que, como contrato consensual, requiere el acuerdo expreso en tal sentido, como lo tiene establecido esta Sala en las sentencias de 9 de julio de 1940 y 16 de abril de 1942,

citadas precisamente por el recurrente, por lo que el elemento intencional y subjetivo que es la *affectio societatis* no se ha justificado; al subsistir la cotitularidad no hay un sujeto único, exclusivo titular del poder de actuación; en lo concerniente a la administración de la Editorial se acentúa más la norma legal reguladora de la Comunidad—artículo 398 del Código Civil—, porque se prefiere el principio de unanimidad en los acuerdos al de la mayoría; no existe delimitación de responsabilidad ni un patrimonio autónomo, y respecto a la idea de ganancia, si bien es cierto que en el documento tan citado se fijan unos sueldos y participaciones en beneficios, también lo es que de igual manera que la Comunidad, incluso la convencional, si no tiene finalidad de lucro, no puede ser Sociedad, tampoco la Comunidad con finalidad de lucro será Sociedad si no es convencional; de todo lo anterior se deriva la inexistencia, respecto al negocio de la Editorial, de la unificación subjetiva u objetiva que caracteriza al contrato de Sociedad.

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

INEXISTENCIA DE SOCIEDAD Y DE ARRENDAMIENTO. CONGRUENCIA. COSA JUZGADA. DESAHUCIO. (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1971.)

Doña Matilde Rivas era usufructuaria de un pequeño inmueble de dos plantas; entra en relación con don José Villaverde, y con unas 60.000 pesetas que logra reunir doña Matilde montan un negocio de café bar, de cuyos beneficios parece que sólo se lucra don José, quien, además, utiliza gratuitamente, salvo la prestación de alimentos, los servicios de su colaboradora; prevaleciéndose de su ascendencia sobre doña Matilde, el luego demandado llega incluso a instalarse en la planta superior del edificio, acomoda a su familia en ella y desaloja a la usufructuaria. Cuando ésta va a reaccionar frente al despojo, don José solicita del abogado de doña Matilde que regularice sus relaciones bajo la forma de un contrato de arrendamiento o de sociedad, que no llegó a cristalizar por desistimiento del propio don José. Demanda entonces doña Matilde al que califica de precarista y solicita se declare su derecho al usufructo, negado de adverso, sobre el inmueble. Juzgado y Audiencia acceden a ello, pero el defecto en el *petitum* que suponía el no instar la declaración de inexistencia de cualesquiera vínculos con el demandado le obligan a incoar un segundo proceso con tal pretensión, que a la par despeje la vía a la acción directa. Las tres instancias acogen la demanda.

El Tribunal Supremo, en cuatro considerandos, rechaza otros tantos motivos del recurrente, que denunciaban incongruencia, violación de la cosa juzgada e inaplicación de los preceptos que consagran la obligatoriedad de los contratos. Lo primero, porque el Tribunal *a quo* concede lo pretendido, aunque no emplee las mismas palabras que la demandante; lo segundo, porque en el «pleito anterior sólo se resolvió sobre el usufructo de la actora» y no sobre la causa de ocupación del demandado, que ahora se declara inexistente, y lo tercero, porque las gestiones preliminares no constituyeron sino un precontrato inconsumado.

La oscuridad, rayana en lo ilegible, y los errores en la transcripción de la sentencia hacen muy aventurado cualquier comentario sobre los anteriores hechos y doctrina que resumimos, en la inseguridad de si se ajustarán a lo realmente sucedido y resuelto.

CAUSA FALSA. NECESIDAD DE PROBAR LA CAUSA SUBYACENTE DEL CONTRATO DISIMULADO. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1971.)

La entidad «Distribuidora de Piensos, S. A.», dedicada a la venta de piensos y pollitos, suministró entre los años 1965 a 1966 a un cliente suyo, don José Parcerisa, género por valor de 989.869 pesetas. Por docu-

mento privado, de fecha 12 de septiembre de 1966, el saldo fue presentado al reconocimiento del deudor, suscribiéndolo también, como firma de garantía, su padre, don Ramón Parcerisa Subirana, que, al parecer, lo hizo sin darle importancia y movido por la extrema confianza que tenía depositada en su hijo. La sociedad «Distribuidora de Piensos, S. A.», reclamó entonces judicialmente de don Ramón la cantidad adeudada, a lo que éste se opuso, alegando que el documento carecía de causa. El Juez de Primera Instancia, que, pese a solicitarlo para mejor proveer, no pudo compulsar el original del repetido documento, por obrar en la Abogacía del Estado, desestimó la demanda y absolvió a don Ramón de las pretensiones dirigidas contra él. La Audiencia Territorial confirmó el fallo. Interpuesto recurso de casación, éste se articuló en tres motivos sostenedores de que la causa se presumía existente y lícita, de que existía afianzamiento mercantil aunque no mediara declaración expresa en tal sentido y de que el documento de 1966 era válido. El Supremo los rechaza en dos cortos e inexpresivos considerandos. Inexpresivos, decimos, porque al traslucirse sólo borrosa y fragmentariamente los hechos con gran esfuerzo arriba reconstruidos resulta inservible la doctrina jurisprudencial que de aquéllos pudiera destilarse.

NOVACION MODIFICATIVA O IMPROPIA. SUS DIFERENCIAS DE LA NOVACION EXTINTIVA. SUBSISTENCIA DE GARANTIAS HIPOTECARIAS. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1971.)

Don Ramón Igual Gimeno era propietario de una vivienda urbana gravada con dos hipotecas otorgadas con fecha 7 de junio de 1961 y 13 de octubre de 1964, respectivamente. Los titulares del crédito que la primera de ellas garantizaba lo cedieron, junto con el gravamen, como es natural, a don Jaime Rabarte Mingot, titular de la segunda hipoteca, quien resultó así acreedor hipotecario por doble concepto de don Ramón. En 26 de enero de 1968, acreedor y deudor otorgaron escritura pública ante Notario, en la que acordaron las estipulaciones que se recogen en el considerando cuarto, que se reproducirá. El 3 de octubre de 1968, vendidos los créditos hipotecarios, de acuerdo con las escrituras iniciales, pero no con arreglo a la de 1968, don Jaime incoa el denominado «procedimiento judicial sumario» del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se saca a subasta el inmueble y queda satisfecho en sus créditos. Don Ramón interpuso entonces demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, solicitando la nulidad del proceso de ejecución mencionado, alegando sustancialmente que en el convenio de 1968 se habían novado sus deudas y concedido un nuevo plazo para satisfacerlas. Juzgado, Audiencia y Supremo desestiman su demanda y recursos.

La Sala Primera de lo Civil, en ponencia del excelentísimo señor don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, razona así su fallo:

Considerando que aunque el recurso se desarrolla en doce motivos y parece que plantea múltiples, diversas y complejas cuestiones, en realidad todo el «tema *decidendi*» se reduce simplemente a determinar el contenido y alcance del negocio jurídico instrumentado en la escritura pública de 26 de enero de 1962, pues mientras el recurrente sostiene que ha producido la extinción de las relaciones obligatorias que existían entre los contratantes, dando origen a una nueva, comprensiva sólo de las estipulaciones que en ella se convinieron y completamente desligada e independiente de las preexistentes, por el contrario, la sentencia recurrida proclama «que no se produjo en modo alguno una novación

extintiva de los contratos de préstamo anteriores, sino que el alcance de lo convenido fue la determinación del saldo y el pago de los intereses y el capital, cuyo importe podría hacer efectivo el deudor en el plazo de cuatro años, pero sin que ello suponga novación extintiva de los anteriores contratos de préstamo y la accesoria garantía hipotecaria, tratándose de una simple modificación, que por no tener aquel alcance—artículo 1.204 del Código Civil—, y conforme al explícito reconocimiento que consta en el apartado segundo, mantiene la efectividad y los elementos de los primitivos convenios, salvo en los extremos objeto de la posterior modificación hecha en la repetida escritura de 26 de enero de 1968».

Considerando que, efectivamente, en el Derecho Moderno, al lado de la figura tradicional romana de la novación extintiva, se admite la modificación convencional de las obligaciones, llamada impropia o modificativa, que encuentra su apoyo principalmente en los artículos 1.203, 1.204, 1.207, 1.212 y 1.255 del Código Civil, decidiendo el primero de ellos que «las obligaciones *pueden modificarse* variando su objeto o sus condiciones principales»—empleándose aquí el término «condición» no en el sentido técnico jurídico de suceso futuro e incierto, del que se hace depender el nacimiento o la extinción de una obligación, sino en el genérico de pacto, cláusula, estipulación o modalidad que puede afectar a la obligación—y disponiendo el último de dichos artículos que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente», de donde se infiere que puede construirse la modificación de una relación obligatoria, sin que ello implique novación extintiva (si de la voluntad expresa) (1) o tácita de las partes se desprende deseo de no querer extinguir la obligación existente, sino de modificarla.

Considerando que la jurisprudencia, después de algunas vacilaciones, ha terminado por recoger esta doctrina, proclamando en la sentencia de 29 de abril de 1947 que si bien el artículo 1.204 del Código Civil exige para que la novación se produzca una declaración terminante de las partes o la incompatibilidad de la obligación antigua con la nueva, tal exigencia se refiere a la novación considerada en sentido estricto—novación extintiva—, no a la modificativa, que el Código Civil también admite, como claramente aparece en la frase inicial del artículo 1.203 e, igualmente, *a sensu contrario* del texto del artículo 1.207, doctrina que coincide con la ya sentada anteriormente—sentencias de 9 de febrero de 1889, 4 de abril de 1892, 14 de marzo de 1908 y 30 de diciembre de 1935—y reiterada posteriormente—sentencias de 10 de febrero de 1950, 1 de diciembre de 1951, 9 de abril de 1957, 27 de mayo de 1959, 20 de diciembre de 1960, 20 de enero de 1961, 23 de febrero de 1962, 5 de marzo de 1965 y 17 de junio de 1967.

Considerando que para poder realizar con acierto el deslinde entre una y otra clase de novación hay que atenerse a la voluntad expresa o tácita que hayan exteriorizado las partes y a la significación económica que se introduzca en las obligaciones preexistentes, estando conformes la doctrina científica y la doctrina jurisprudencial que, en los casos dudosos, se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación—sentencias de 30 de diciembre de 1935, 27 de abril y 11 de junio de 1947, 10 de febrero de 1950, 21 de abril de 1951, 3 de mayo de 1958, 20 de diciembre de 1966 y 6 de junio de 1961.

Considerando que, por tanto, se hace necesario examinar cuál fue la voluntad de las partes contratantes al establecer la alteración de las obligaciones preexistentes, para lo que habrá que atender a los términos de la escritura de 28 de enero de 1968, en la que después de relacionar

(1) La reconstrucción entre paréntesis es nuestra.

detalladamente aquéllas, se pactó, de manera clara y terminante: *a)* que vencidos ambos préstamos, las partes contratantes han procedido a la fijación del saldo pendiente de pago por capital, intereses, costas, honorarios y cualquiera de otros extremos, conceptos y títulos hasta la fecha, fijándole en la suma total y única de 1.205.466,66 pesetas; *b)* que no siendo posible al deudor, don Ramón Igual Gimeno, hacer efectivo su débito por falta de sumario, y a tal efecto han convenido en ampliar, prorrogar y modificar los préstamos de referencia; *c)* que, en su mérito, otorgan que don Ramón Igual Gimeno reconoce formal y solemnemente, de su libre y espontánea voluntad, aducir a don Jaime Rabarte Mingot la cantidad de 2.205.466,66 pesetas, por razón de los préstamos hipotecarios referidos; *d)* que en garantía de la devolución de la referida deuda, del pago de sus intereses hasta el máximo legal y por la cantidad fijada para costas judiciales, quedan subsistentes y en toda su vigencia las dos hipotecas constituidas, si bien ampliadas; *e)* que la citada suma debida deberá ser satisfecha por el deudor dentro del plazo de cuatro años a contar desde hoy; *f)* que, además, satisfará el deudor al acreedor los correspondientes intereses semestrales de la cantidad debida al 7 por 100; *g)* no obstante, el deudor podía entregar a cuenta de la deuda cantidades parciales...; y *h)* que pactan cláusula de estabilización y se fija como cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria para la primera hipoteca... y para la segunda...

Considerando que, en realidad, como claramente se desprende del contrato de la aludida escritura y afirma en la sentencia impugnada, lo en aquélla convenido fue un simple contrato modificativo, en el que dejando subsistentes las mismas estipulaciones de las dos hipotecas anteriores se procedió a fijar el saldo resultante, concediendo, además, al deudor un nuevo plazo o prórroga para el pago de las deudas ya vencidas, pero con idénticas obligaciones de satisfacer oportunamente principal, intereses y costas, todo lo cual, en sentir de la doctrina científica y de la jurisprudencial, no implica, en principio, novación de la obligación, pues el plazo o las facilidades de pago sólo afectan a la ejecución y no a la constitución de la obligación—sentencias de 9 de febrero de 1889, 28 de junio de 1904, 8 de julio de 1909, 2 de julio de 1917, 17 de marzo de 1933, 9 de marzo de 1934, 16 de mayo de 1945 y 5 de marzo de 1965.

Considerando que esto sentado resulta evidente la improcedencia del motivo sexto del recurso, en el que se denuncia la violación del artículo 1.281 del Código Civil—sin especificar cuál de los dos párrafos del mismo es el infringido—, ya que en dicho motivo se sostiene que en la tantas veces aludida escritura de 1968 se estableció como única regulación del plazo el de cuatro años, sin remitirse a la regulación obligacional de los dos préstamos anteriores ni a ninguna anticipación de ese plazo, cuando es precisamente lo contrario lo que en tal escritura se afirma, pues en ella se hace remisión expresa a aquellos préstamos y «se dejan vigentes (2) y en toda su vigencia las dos hipotecas constituidas»; para dar aparente base de su tesis, el recurrente tiene que entresacar de la escritura litigiosa las frases que le convienen y prescindir de las que le son adversas, olvidando que, como él más adelante proclama, las cláusulas de un contrato tienen que ser interpretadas las unas por las otras.

Considerando que precisamente esa exigencia completa de la escritura es la que hace la sentencia recurrida, la cual, aunque no cita el artículo 1.285 del Código Civil—que el recurrente reputa violado por ella—tiene en cuenta lo en él establecido y hace el examen conjunto

(2) Sin duda quiere decir "subsistentes", como se deduce del considerando cuarto. Otros errores similares han sido enmendados sin nota.

y armónico de todas las cláusulas del contrato, por lo que carece de fundamento la violación que de tal precepto le atribuye el recurrente en el motivo séptimo, que también tiene que ser rechazado.

Considerando que la repulsa de los motivos sexto y séptimo del recurso comporta la desestimación de todos los demás, pues en éstos la parte recurrente hace supuesto de la cuestión y toma como base de ellos la interpretación que a su tesis conviene, consistente en que el contrato de 1968 implicaba una novación extintiva de las relaciones obligacionales pactadas en las dos hipotecas anteriores, cuando tal contrato proclama precisamente su subsistencia.

Después de un primer considerando en el que el Tribunal Supremo centra la cuestión en torno al valor extintivo o simplemente modificativo que debe dársele al negocio jurídico de 1968, procede a construir el consabido silogismo judicial: derecho aplicable, hechos subsumibles y fallo o conclusión.

La primera tarea, la de la determinación del derecho aplicable, obliga a nuestros magistrados a verificar una estimable labor de deslinde o decantación entre la vieja figura de la *novatio* romana, presente en los artículos 1.203 y siguientes del Código Civil, y el importado negocio jurídico de modificación, cuya admisibilidad esta sentencia reitera y apoya. Su exposición, que sigue muy de cerca la de uno de nuestros tratadistas más prestigiosos, sólo peca en algún insignificante detalle, como el de seguir empleando la caducada terminología de «novación impropia o modificativa» (caducada porque sustantivo y adjetivo son inconciliables); pero, a cambio, consagra con gran aparato legal y jurisprudencial los principios de que son compatibles ambas figuras, de que el deslinde entre una y otra debe sustentarse en la voluntad de los otorgantes y en la «significación económica que se introduzca en las obligaciones preexistentes», y que en la duda se debe presumir querido por las partes el efecto más débil, o sea, la simple modificación.

La segunda parte, la de la subsunción de los hechos en el derecho, ya resulta más peliaguda y no tan satisfactoria. Es el propio Tribunal Supremo, en su considerando cuarto, el que entresaca de la escritura de 1968 las estipulaciones más relevantes; de acuerdo con ellas debe estimarse como dato: 1.º el que las partes fijaron el saldo pendiente que, por todos los conceptos, una adeudaba a la otra—apartado a) del considerando—; 2.º que don Ramón reconocía deber a don Jaime la cifra resultante—apartado c), siempre del considerando cuarto—; 3.º que por imposibilidad de hacer efectivo el débito, por falta de numerario, convenían prorrogar los préstamos de referencia, cuyo pago debería verificarse dentro del plazo de cuatro años a contar desde la fecha del contrato, admitiéndose cantidades parciales anticipadas—apartados b), e) y g)—; 4.º que, como contraprestación de la prórroga debería abonar el deudor un interés semestral del 7 por 100 (cfr. art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 y multitud de sentencias que han considerado usurarios tipos notablemente inferiores)—apartado f)—, y 5.º que como garantías del acreedor se pactaba una cláusula de estabilización y se mantenía la vigencia de las dos hipotecas, si bien ampliadas a las nuevas cantidades incluidas en el saldo—apartados h) y d)—. Es decir, resulta palmario que don Jaime concedió a don Ramón un nuevo plazo, en modo alguno gratuito, y que, pese a reclamar antes del término la suma debida, el Supremo convalida la ejecución expropiativa tendente a satisfacerla, con base en que el convenio había tenido un simple valor modificativo; pero, ¿y quién lo duda?, naturalmente que fueron modificados los préstamos hipotecarios anteriores, y precisamente lo fueron, al menos, en tres aspectos: en cuanto al objeto de la obligación (el saldo era superior a la cifra de cada préstamo aislado e incluso a la de su suma); en cuanto

a las garantías (se añadía una cláusula de estabilización y se ampliaban las hipotecas); pero, sobre todo, en cuanto a la circunstancia de tiempo (se concedía un nuevo plazo de cuatro años). ¿Y qué duda cabe que en esos extremos las obligaciones anteriores han quedado modificadas y si se quiere extintas? Lo contrario sería absurdo, pues nos llevaría a la conclusión de que pese al negocio modificativo posterior, los convenios anteriores seguían vigentes en todos sus elementos (plazo y garantías incluidos), cuando lo que se pretendía con aquel negocio era precisamente alterarlos. Es decir, que el Tribunal Supremo, deslumbrao con la útil distinción entre novación extintiva y negocio jurídico de modificación, no cae en la cuenta de que ambas figuras derogan total (la primera) o parcialmente (la segunda) el negocio jurídico inicial y que, por tanto, si en un convenio modificativo se ha concedido onerosamente un nuevo plazo no cabe desconocerlo, so capa de una distinción que no por brillante deja de resultar extemporánea.

En suma, al no compartir la premisa menor de su silogismo, no podemos menos que discrepar del Tribunal Supremo en la conclusión o fallo que le aplica.

RECLAMACION DE CANTIDAD DERIVADA DE CONTRATO DE OBRA. CARGA DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1971.)

Don José María Guarro Tapia adquirió un «chalet», que, como le pareciera pequeño, determinó ampliarlo, ajustando la correspondiente obra con el constructor señor Luis Barba Casanova. El precio acordado fue el de 7.000 pesetas por metro cuadrado y el pago se realizaría a razón de 125.000 pesetas todos los meses hasta la cancelación definitiva del total importe de las obras. Mientras éstas se hallaban en curso, el señor Guarro abonó puntualmente los plazos, pero cuando estuvieron terminadas y pudo instalarse en el «chalet» pagó tan sólo cantidades fragmentarias y en intervalos irregulares; por último, dejó de hacerlo completamente, pese a los requerimientos insistentes del señor Barba, y éste se vio obligado a reclamar judicialmente el saldo existente de 412.844,40 pesetas.

Las tres instancias acogieron su demanda. Al Supremo acude el demandado pretendiendo atacar, entre otros motivos, la apreciación de la prueba hecha por las instancias, por lo que la decisión de aquél ofrece escaso interés doctrinal.

PACTO DE NO COMPETIR, SU INCUMPLIMIENTO. CONTRATO PRELIMINAR DE ARBITRAJE. DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1971.)

Don Andrés Mariño Frade vendió a don Luis Rodríguez Rodríguez las participaciones sociales que a aquél correspondían en la común compañía «Grayco, S. L.», dedicada a la fabricación y pulimento de piedra natural. Tanto en el contrato privado en que dicha transmisión se efectuó como en el público a que fue elevado aquél, el vendedor, señor Mariño, asumió el compromiso de no ejercer la misma clase de industria a que venía dedicada «Grayco, S. L.». Sin embargo, al año siguiente de la cesión, el transmitente fundó por personas interpuestas una Sociedad Anónima, que aplicó a actividad idéntica a la que había abandonado. A la vista de ello, don Luis Rodríguez interpone demanda de juicio de

clarativo de mayor cuantía, solicitando el cumplimiento del convenio y la indemnización de daños y perjuicios en cuantía a fijar en trámite de ejecución de sentencia. En la contestación el demandado opone, aparte excepción de incompetencia, por existir en el contrato privado un pacto de sumisión a arbitraje (que no fue recogido en la escritura pública), demanda reconventional basada en que se había fijado verbalmente un plazo de dos años al pacto de no competir.

El Juez de Primera Instancia desestimó la excepción de incompetencia y entrando en el fondo del asunto acogió, en parte, la demanda, pues ordenó el sometimiento al contrato y la indemnización de los daños en cuantía a fijar, y, en parte, la reconvencción, pues limitó el pacto de no competir al plazo de dos años a partir de la firmeza de la sentencia. La Audiencia confirmó el fallo y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En su primer considerando confirma el Supremo la decisión de instancia en punto a la competencia, pues el compromiso de arbitraje, ex artículo 13 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, incluida luego en la L. E. C., no llegó a ser formalizado, permaneciendo como simple contrato preliminar nunca consumado. Es interesante destacar que este motivo, como de orden público, lo analiza el Supremo, pese a que el recurrente no había citado el concepto en que se violaba la Ley Rituaria.

En los tres restantes considerandos desecha el Alto Tribunal con todo acierto otros tantos motivos de escasa solidez.

J. M. R. P.

IV. FAMILIA

FIJACION DE ALIMENTOS DEFINITIVOS. INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 142 Y 146 DEL CODIGO CIVIL: EL CONCEPTO DE «ALIMENTOS» PROPIAMENTE DICHOS Y LA NECESIDAD DEL ALIMENTISTA. EL ARTICULO 148 DEL CODIGO CIVIL Y LA EXIGIBILIDAD DE LOS ALIMENTOS: GARCIA C. ASENSIO. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1970.)

Antecedentes.—I) La esposa demandante promovió en su día proceso canónico de separación conyugal contra su esposo, aquí demandado, ante el correspondiente Tribunal Eclesiástico Diocesano, el cual dictó sentencia decretando la separación de los cónyuges por tiempo indefinido por causa de sevicias físicas y morales del esposo contra la esposa y ordenando que los hijos del matrimonio quedaran en poder de la madre. II) Preparadas las pertinentes diligencias provisionales de separación conyugal en el orden civil se dictó auto en 1966, por el que—entre otras medidas—«se fija en la cantidad de 10.000 pesetas el auxilio económico necesario para la subsistencia de la esposa y de los tres hijos del matrimonio... hasta que se interponga y admita la demanda correspondiente». III) Siendo fundamental, a los efectos de la determinación cuantitativa de la deuda alimenticia, el conocer el nivel social y económico de las personas afectadas por la misma, la esposa demandante alegó los hechos que afectaban cualitativamente a los litigantes: que los alimentos provisionales que le fueron concedidos eran una cantidad «todas luces insuficiente, por lo que tuvo que acogerse al auxilio de su madre; que esta situación no es justa ni recomendable para la educación de los hijos del matrimonio; que la vida de la esposa y sus hijos debe constituirse bajo una tónica de normalidad, conforme al nivel social y económico que les corresponde, para lo que es preciso que el esposo demandado atienda a su subsistencia en forma bastante y conformada a sus posibilidades económicas. Por su parte, el esposo demandado alegaba: que era un profesional corriente con ingresos normales; que el auto que habita gratuitamente pertenece a su hermana; que el automóvil que utiliza no es un lujo, sino una necesidad impuesta por su profesión; que no paga Contribución sobre la Renta.

La súplica de la demanda es que se dicte sentencia por la que: 1) se declare que el demandado... tiene obligación de pagar alimentos definitivos desde la fecha de interposición de la demanda; 2) se condene al demandado a estar y pasar por la precedente declaración y a que pague alimentos definitivos a su esposa e hijos desde el momento de interposición de esta demanda o desde la constitución de la relación procesal con el emplazamiento del demandado, cuyos alimentos se abonarán por meses anticipados y en la cantidad de 30.000 pesetas mensuales o la que determine en el procedimiento o en ejecución de sentencia como pro-

porcional y adecuada, por el Juzgado, atendiendo a las necesidades de los alimentistas y al nivel económico y social de la familia.

El demandado contestó y se opuso a la demanda, suplicando se dicte sentencia en la que, con desestimación de la demanda, se declare que los alimentos «definitivos» que debe satisfacer sean los anteriormente acordados por el Juzgado con el carácter de «provisionales», es decir, las 10.000 pesetas mensuales fijadas.

Entre las pruebas presentadas y practicadas se efectuó la de confesión, y en ella la esposa demandante—al absolver las posiciones del pliego formulado por el demandado—«confiesa que con la cantidad de 8.000 pesetas mensuales, viviendo económicamente, puede tener para atender a las necesidades que han de cubrirse con los alimentos que solicita».

El Juzgado de Primera Instancia, estimando parcialmente la demanda y declarando que el demandado tiene obligación de pagar alimentos definitivos, le condena a satisfacer a la actora—para sí y para sus hijos menores de edad—la suma de 20.000 pesetas mensuales a partir del emplazamiento del demandado, cuya diferencia en relación con los abonados satisfará de una vez, haciéndolo en lo sucesivo por meses anticipados.

La Audiencia confirmó totalmente la sentencia del Juzgado, apelada por el demandado.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, en base a los siguientes motivos:

1.º Por error de derecho en la apreciación de las pruebas, al amparo del artículo 1.692, 7.º, de la L. E. C., al infringir, por no aplicación, el artículo 1.232, 1.º, del Código Civil: por ser la confesión la reina de las pruebas, excluyente de las restantes, y referirse aquí a un hecho, el constituido por las necesidades de la parte actora, de naturaleza eminentemente subjetiva y hasta personalísima, cobrando así la confesión referida a tal hecho un mayor relieve; de manera que al confesar que puede «vivir económicamente», ello no puede significar otra cosa que vivir con arreglo a los principios que rigen la economía doméstica.

2.º Por violación del artículo 142, 1.º, del Código Civil, en el inciso «según la posición social de la familia»: porque tal referencia no puede considerarse relativa a que los alimentos comprendan lo superfluo, lo que constituye ostentación y no necesidad; debiendo entenderse la frase «lo que resulte indispensable» de tal precepto como que «lo indispensable» será mayor o menor, según sean mayores o menores las necesidades.

3.º Por violación del artículo 146 del Código Civil: se habla también aquí de la cuantía de los alimentos en relación con las necesidades de que los recibe, o sea, necesidad en el único sentido susceptible de esta palabra; de modo que los alimentos han de estar integrados por «lo indispensable», por lo que cubra las necesidades y nada más, pero no ser mayores que los que la parte ha confesado que son suficientes.

4.º Por aplicación indebida del artículo 148 del Código Civil, en cuanto al abono de los alimentos desde la fecha de interposición de la demanda porque la sentencia impugnada no es una sentencia «declarativa» que reconozca una obligación preexistente no exigible en tanto el beneficiario no ejercite su acción, sino que se trata de una sentencia de condena o prestación constreñida a una elevación de la cuantía alimenticia con efectos definitivos en relación con la fijada provisionalmente; por tanto los efectos de tal sentencia sólo cabe que se produzcan a partir de momento en que se produce la modificación; el artículo 148 del Código

Civil, que se denuncia infringido, ya fue aplicado debidamente cuando se declaró, con base en el mismo, el derecho y la obligación alimenticia inicialmente señalada, por lo que no cabe aplicarlo de nuevo ahora, que la resolución se limita a modificar cuantitativamente la prestación dándole carácter permanente.

El Tribunal Supremo rechaza este recurso, sentando la doctrina siguiente:

Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato.

Considerando que basado este recurso de casación por infracción de Ley en cuatro diferentes *motivos*, solamente en el primero de ellos, por la vía que señala el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, *se combate la apreciación de la prueba* hecha por la Sala de Instancia, alegándose error de derecho en su valoración, con infracción, por no aplicarlo, del artículo 1.232 del Código Civil, con lo que viene a sostenerse la violación, en su aspecto negativo, del mencionado precepto legal, en orden a la cuantía de la prestación de alimentos reclamada en la demanda, en favor de la accionante y sus tres hijos menores que han quedado en su compañía, refiriéndose la expresada infracción a la contestación dada por la aludida demandante al absolver las preguntas octava y novena del pliego de posiciones articulado por el demandado, ahora recurrente, e interpretando éste, al desarrollar dialécticamente dicho motivo, la significación de las respuestas dadas por la confesante; *mas ha de notarse, en primer lugar, que la actora, al absolver la posición octava, no hizo más que especificar las cantidades que en diversas temporadas fueron entregadas por su marido cuando él vivía en el domicilio conyugal, que ahora ocupa el recurrente, pero sin concretar fechas, aunque últimamente*—dice—*le entregaba 10.000 pesetas mensuales, observándose que la cuantía de esas cantidades fue siempre en aumento, y en cuanto a la posición novena, debe señalarse que la confesante comienza hablando su contenido, diciendo no ser cierto lo que se le pregunta en ella, y aunque seguidamente viene a expresar un juicio en el que juega la palabra «económicamente», reconociendo que existen otras personas que viven con mucho menos, esa contestación no se refiere realmente a un hecho propio de la confesante y, por otra parte, hay que apreciarla en su totalidad, no siendo explícita ni absoluta; pero, además, tampoco es cierto, cual llega a afirmar la parte recurrente, que no existen «pruebas restantes», pues tanto en la resolución recurrida como en la sentencia de primer grado se analizan, comparan y ponderan diversas probanzas y elementos de juicio que se detallan, así como signos exteriores de riqueza, de todos los cuales extrae su convicción el Juzgador de instancia, sin que la confesión de la mujer demandante tenga el valor decisivo, en contrario, que el recurrente quiere atribuirle, por todo lo que merece este motivo primero.*

Considerando que en los motivos segundo y tercero, acogidos al ordinal primero del antes citado artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, *se acusa la violación del artículo 142 del Código Civil, resaltando el impugnante la frase «todo lo que es indispensable», que el citado precepto empuja, frase a la que da un sentido restrictivo, y, asimismo, se denuncia la violación del artículo 146 del citado Cuerpo Legal, insistiendo en que «los alimentos han de estar integrados por lo indispensable, por lo que cubra sus necesidades y nada más»; pero este criterio resulta insostenible, pues aquí se trata de los alimentos debidos a la mujer y a los tres hijos menores del propio recurrente, y hay que distinguir, cual se deduce de la comparación entre los artículos 142 y 143 del mentado Código, los alimentos propiamente dichos, civiles o amplios, y aquellos «auxilios necesarios para la subsistencia», a que se contraen los dos últimos párra-*

fos del artículo 143, conocidos éstos como alimentos naturales o restringidos, refiriéndose el artículo 146 del repetido *Cuerpo Legal* a los alimentos civiles en sentido amplio, en los que para determinar su cuantía hay que tener presente, tanto la necesidad de aquellos en cuyo favor se demandan como la importancia del caudal de la persona obligada a prestarlos; siendo insostenible, pues, la interpretación restringida que el recurrente propugna, contraria a la doctrina general y a la jurisprudencia, cual así viene a reconocerlo la sentencia de esta Sala de 11 de abril de 1946, cuando se trata de cónyuges, doctrina también aplicable a los hijos legítimos, no incluidos en el número 4.º del artículo 143, de acuerdo con los deberes que el matrimonio y la paternidad imponen, todo lo que conduce a la desestimación de los expresados motivos.

Considerando, además, que conforme a reiterada y conocida jurisprudencia de esta Sala, «dentro de los límites establecidos en el artículo 146 del Código, corresponde al prudente arbitrio de los Tribunales de Instancia determinar el importe o cuantía de la pensión a satisfacer en concepto de alimentos, no pudiendo impugnarse en casación la sentencia que la señala, salvo cuando, atendidos los recursos del obligado a prestar alimentos y las necesidades del favorecido, según posición social de la familia (factor muy tenido en cuenta en este caso por el Tribunal a quo), sea notoria la desproporción de la cantidad fijada, extremo éste que deberá acreditarse de manera cumplida para que pueda prosperar en recurso de casación», siendo múltiples las sentencias que pudieran citarse al respecto, debiendo advertirse que ni la Sala de Instancia desconoció o violó los preceptos legales antes citados ni tampoco se acreditó la existencia de aquella notoria desproporción de la cantidad en este caso fijada para alimentos, lo que corrobora el criterio sostenido para la desestimación de los tres primeros motivos del recurso.

Considerando que es el propio artículo 148 del Código Civil, precepto que en el cuarto de los motivos se dice haber sido aplicado indebidamente, el que, señalando la exigibilidad de los alimentos en su primer párrafo dispone, sin distinguos, en el segundo, que «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda», y esto es lo que, en síntesis, y de acuerdo con la Ley, viene a prescribir la sentencia recurrida, al confirmar la dictada en la primera instancia, señalando el cumplimiento de la obligación alimenticia, una vez fijada la cantidad definitiva, importe de la misma a partir del emplazamiento de la demanda, que fue cuando tuvo conocimiento el demandado de la petición contra el mismo interpuesta, careciendo de consistencia la argumentación de este último motivo, que, como los que le preceden, debe ser también rechazado.

Considerando que, en consecuencia, al no prosperar ninguno de los cuatro motivos en que se fundamenta este recurso, procede declarar no haber lugar al mismo, con las preceptivas costas al recurrente y péndida del depósito constituido.

RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 135 DEL CODIGO CIVIL: EL «ESCRITO INDUBITADO Y LA VOLUNTAD EXPRESA DE RECONOCER. INTERPRETACION DE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD Y LOS ARTICULOS 1.28 Y 1.282 DEL CODIGO CIVIL. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS DOCUMENTALES: DEL RIO C. CACHAI DORA Y MINISTERIO FISCAL. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1970

Antecedentes.—I) La demandante, soltera, había vivido siempre en compañía de sus padres, que tuvieron alojado cierto tiempo al demandado en régimen de hospedaje. II) Con motivo de la convivencia bajo

mismo techo surgieron entre demandado y demandante relaciones amorosas y, como consecuencia, la actora quedó embarazada. III) Ocultado dicho estado a los padres de ella, se convino en que la actora marchase a otra ciudad, fiada en las promesas de matrimonio, y dio comienzo un carteo entre ambos. IV) El examen de las cartas escritas por el demandado, fundamental, como prueba decisiva después en el pleito, determina, en síntesis, la evidente participación de él y su responsabilidad en el embarazo, y un estudio sistemático comparado de todas las cartas lleva a elegir las frases siguientes, según el propio tenor literal (*sic*): «la decisión tomada por ambos ha sido la peor...; te recomiendo tranquilidad...; te recuerdo vayas al médico, por lo menos, una vez al mes»; manifiesta el demandado su intranquilidad y preocupación por la salud de ella y le pide piense mucho en ella, en lo que va a venir y en él mismo, «que está lleno de ilusión, de tristeza, de angustia y de desesperación...»; el demandado muestra su preocupación y remordimiento por lo ocurrido al decir: «tienes que comprender que no lo estoy pasando muy bien y que no puedo evitar el pasar momentos de verdadera angustia, al pensar que no merezco que tus padres se porten bien conmigo, ya que les estoy engañando...»; «esta situación me tiene también a mí preocupadísimo...»; «antes o después, tus padres se tienen que enterar...»; «sé que lo más importante soy yo, que tengo la solución en la mano para hacerte feliz, ya que cómo no voy yo a pensar que te he hecho mucho daño»; en otra carta posterior aconseja el demandado a la actora que regrese con sus padres, ya que él ya no reside en su ciudad y siente no poder estar con ella en los días que se acerca el alumbramiento. V) El carteo se produce entre los meses de mayo y agosto; en la última carta él—en nota marginal—le anuncia que tiene novia desde hacía cinco años. VI) A fines del mismo año, la actora da a luz un niño, inscrito en el Registro Civil con sus propios apellidos. VII) Después del nacimiento hay otra carta del demandado en la que no aparecen los términos cariñosos de enamorado de las anteriores; habla de sus afanes profesionales y dice alegrarse del nacimiento, «pues ahora es lo que tú deseabas»; dice que ella sabrá comprender que «su comportamiento no fue de mala fe, sino consecuencia de una situación de verdadera desesperación, ya que desde que empezó esto no tuve un solo momento de tranquilidad», y añade que habrá ocasión y tiempo para reconocer al hijo de ambos y casarse. VIII) Al parecer, el demandado no tuvo tiempo ni encontró ocasión para cumplir con sus promesas y su obligación de padre. Ella le recordó sus promesas y le pidió el reconocimiento, viajando al lugar de residencia de él.

La actora, previa petición en incidente de pobreza de ser reconocida pobre en sentido legal, formula demanda en la que—tras las alegaciones expuestas antes resumidamente—termina con la súplica de que en su día se dicte sentencia por la cual, estimando la demanda en todas partes, se condene al demandado a reconocer como hijo natural al habido entre él y la actora, realizando todos los trámites necesarios para tal reconocimiento y a estar y pasar por esta declaración.

Interpuesta la demanda ante el Juzgado del domicilio de la actora, el demandado promovió ante el Juzgado de su propio domicilio cuestión de competencia por inhibitoria a favor del Juzgado propio. Resuelto a favor de este último Juzgado, se le remitieron los autos originales. Entonces, personándose en ellos, contestó y se opuso a la demanda, con la súplica de que fuera desestimada.

Se le dio traslado al Ministerio Fiscal, quien se personó en autos y manifestó que «observa que el interés público que le está encomendado se ha garantizado suficientemente y, en su consecuencia, interpone su oficio». No presentó escrito alguno.

El Juzgado del domicilio del demandado dictó sentencia, por la que, desestimando la demanda, declaró absolver al demandado.

La Audiencia dictó sentencia, por la que, revocando la sentencia apelada y estimando en todas sus partes la demanda, condena al demandado a que reconozca como hijo natural al habido entre él y la actora.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, en base a los siguientes motivos:

1.º Por error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de los documentos auténticos obrantes en autos, que demuestran la equivocación evidente del juzgador: las cartas autógrafas del recurrente que se acompañan a la demanda son documentos auténticos e indubitados. El motivo se limita a la *quaestio facti*, en base al artículo 1.692, 7.º, de la L. E. C.

2.º Por violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil: porque el fallo recurrido interpreta erróneamente las declaraciones de voluntad del recurrente contenidas en los documentos auténticos—cartas—en que se funda la demanda, siendo tal interpretación una *quaestio iuris* en la filiación natural, ya que los invocados siete escritos indubitados sistemáticamente interpretados evidencian que el recurrente no reconoció expresamente su paternidad, sino que tan sólo reconoce que ha cohabitado con la actora, que ella está embarazada y se alude al posible fruto de su embarazo («lo que va a venir»), pero jamás explícitamente reconoce que el concebido sea suyo.

3.º Infracción, por interpretación errónea, del artículo 135, 1.º, del Código Civil y de la doctrina legal contenida en sentencias de 29 de noviembre de 1958 y 16 de mayo de 1963: ya que si, en efecto, el «padre está obligado a reconocer al hijo natural cuando exista escrito indubitado en que expresamente reconozca su paternidad», de ello se infiere que no basta para imponer esta obligación la mera participación en el embarazo de la madre, sino que es menester la voluntad expresa del padre en la relación filial.

El Tribunal Supremo rechaza este recurso, sentando la doctrina que sigue:

Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato.

Considerando que *antes de proceder al examen concreto de los tres motivos sustentadores de este recurso, para su mejor decisión conviene resaltar que, como tiene sostenido este Tribunal, sentando una doctrina reiterada* (entre otras, sentencias de 25 de mayo y 3 de julio de 1945, 24 de mayo de 1956, 29 de noviembre de 1958, 16 de mayo de 1963 y 14 de junio de 1967), *ya no cabe dar al artículo 135 del Código Civil, en su número 1.º, un sentido riguroso y restrictivo*, en cuanto se refiere al «escrito» en que expresamente se reconozca la paternidad, criterio que antes se amparaba en la base 5.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, *sino que, abandonando la llamada doctrina de la voluntad, hay que partir del propio texto del artículo 135 para fundar en él el reconocimiento forzoso de los hijos naturales, pues se advierte en el Código, cual se destaca en la sentencia de 24 de mayo de 1956, el visible propósito de atenuar el principio rigurosamente prohibitivo*, que había pretendido instaurar el artículo 127 del Proyecto de 1851; *advirtiendo, como hace notar la sentencia de 14 de junio de 1967, que el reconocimiento de paternidad lo mismo puede inferirse de ciertos actos que han de servir de base a la acción de declaración judicial de esa paternidad—reconocimiento tácito—, que manifestarse a través de la palabra oral o escrita—reco-*

nocimiento expreso—, *sin que, por otra parte, sea preciso que el escrito indubitado, en su caso, haya sido hecho con el deliberado propósito de reconocer legalmente al hijo*, puesto que el mismo Código no exige que en el escrito conste una voluntad de reconocer legalmente al hijo por suyo, deliberadamente expresada con este fin, *debiendo imperar una interpretación declarativa del antes mentado artículo, por ser ésta la que más se acomoda al propio texto legal; pero, además, debe también notarse que el artículo 135 no prescribe, concreta y taxativamente, la fórmula o el modo en que haya de expresarse o declararse la paternidad biológica, por lo que es el Tribunal a quo quien tiene, en cada caso, la facultad de valorar e interpretar, en principio, la documentación presentada*, ya que a la Sala sentenciadora incumbe, en general, esa labor valorativa y exegética, *a fin de estimar si existió o no esa confesión de paternidad*, aunque sus apreciaciones puedan ser combatidas por medio de los cauces procesales correspondientes.

Considerando que el primero de los motivos del recurso se encauza por el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, y en él se arguye que la sentencia recurrida ha incurrido en error de hecho al apreciar las pruebas, según resulta, en opinión del recurrente, de los documentos auténticos obrantes en los autos, que, en su sentido, demuestran la equivocación de la Sala sentenciadora de instancia; *mas para la constatación del supuesto error de hecho, la parte recurrente se apoya en las mismas cartas*, indudablemente reconocidas por el demandado, ahora recurrente, *que la Sala de instancia tuvo presentes para emitir su fallo, por lo que no son atacables por vía de hecho, puesto que el Tribunal a quo no sólo no las ha desconocido, sino que las valoró y tuvo en cuenta*; pero, además, el recurrente escoge las expresiones epistolares que le favorecen y prescinde de otras que resultan en la sentencia impugnada, así como de la correlación lógica que entre las misivas existe, *de las cuales extrae la Sala, por las frases empleadas, claramente la paternidad reconocida del demandado, razones obvias por las que no puede prosperar el activo primero; en cuanto al segundo*, acogido al ordinal 1.º del artículo 1.692 de la antes mentada Ley Procesal, en el que se acusa la infracción, por violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil, *se alega que se interpretan erróneamente las declaraciones de voluntad del recurrente contenidas en los documentos auténticos antes examinados sobre los que se funda la demanda, refiriéndose a las mismas cartas, manuscritas por el hoy impugnante y reconocidas por el mismo bajo juramento, expresando que las siete escritas indubitadas, «sistemáticamente interpretadas», evidencian que el recurrente no reconoció expresamente «su paternidad», pero debe señalarse que si lo que quiere destacarse es una interpretación «sistemática» contraria a la sostenida por la Sala de instancia, ello sólo podría hacerse invocando como infringido el artículo 1.285 del Código Civil, en cuanto fuera aplicable, estableciendo con claridad esa tesis comparativa, pero lo que hace el recurrente es destacar solamente algunos párrafos de las cartas, omitiendo aquellos que se hacen resaltar en la resolución que se impugna por ser más expresivos y reveladores de su intención, por todo lo que es claro que el criterio de la Sala debe prevalecer*, como sostiene en cuanto a la interpretación de los negocios jurídicos la reiterada y conocida jurisprudencia de este Tribunal, ya que la conclusión que la Sala de instancia extrae, *en modo alguno peca de irracional o de ilógica, máxime si se comparan sistemáticamente todas las epístolas aludidas*, por lo que el criterio subjetivo del recurrente no puede sobreponerse al recto y autorizado del Tribunal a quo, razones todas conducentes a la desestimación de este segundo motivo.

Considerando que *en cuanto al tercero*, en el que, por la misma vía procesal que su antecedente, *se denuncia* que la sentencia impugnada *infringe, por interpretación errónea, el artículo 135, caso 1.º, del Código Civil, habida cuenta de la doctrina expuesta en el razonamiento inicial de esta sentencia, así como de la desestimación de los motivos primero y segundo, tampoco puede ser acogido dadas las apreciaciones fácticas y hermenéuticas mantenidas en su resolución por el Tribunal a quo, sin que pueda tenerse como infringida, por interpretación errónea, la doctrina legal contenida en las sentencias de esta Sala de 29 de noviembre de 1958 y 16 de mayo de 1963, puesto que precisamente la Sala de instancia recoge con acierto la doctrina que esas sentencias propugnan, en cuanto al alcance y sentido del número 1.º del artículo 135 del Código Civil, con cita expresa, entre otras, de las sentencias de esta Sala de 24 de mayo de 1956, 2 de marzo de 1955 y 29 de noviembre de 1958; sin que, por otra parte, se hayan dado los supuestos fácticos contemplados en esta última resolución, pues en el caso que ahora se estudia la Sala admite que el demandado se ha reconocido como «culpable del embarazo» de la mujer y «responsable» del mismo, estimándose autor «del daño» causado, cuya «solución tenía él», afirmando la Sala sentenciadora «su participación» en el nacimiento del hijo, que ahora pretende desconocer, debiendo, pues, ser respetadas todas las apreciaciones por dicha Sala hechas concernientes a la demostrada paternidad del demandado, siendo el hijo nacido la consecuencia natural de aquel estado de embarazo del que se declaró culpable y responsable, debiendo entenderse que el hijo nacido, al que se refiere la última carta, por ser el fruto normal del embarazo, lo es de la accionante y del demandado, por todo lo que también este motivo tercero tiene que ser rechazado, al no existir las infracciones en el mismo denunciadas.*

Considerando que *al no prosperar los tres motivos fundamentales del recurso debe, en consecuencia, declararse no haber lugar al mismo*, con imposición preceptiva de costas al recurrente y sin adoptar acuerdo en cuanto al depósito por no haber sido procedente su constitución.

J. C. G.

V. SUCESIONES

COMUNIDAD HEREDITARIA. FACULTADES DISPOSITIVAS DE LOS COHEREDEROS. (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1971.)

Antes de hacerse la partición ningún coheredero puede, por sí solo, enajenar ni gravar un objeto del caudal relicto ni una parte alícuota de un bien integrado en el caudal.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, confirmatoria de la del Juzgado número 3 de Córdoba, por los demandados y apelantes, según la siguiente doctrina:

Considerando que afirmado en ambas instancias y no discutido en casación el derecho que asiste a cada uno de los comuneros para dividir la cosa común, adjudicada a una comunidad hereditaria, se está en el caso de determinar, y así lo hace la sentencia de instancia, la participación que, teniendo en cuenta las transmisiones, unas *inter vivos* y otras por causa de muerte, que se han realizado en la finca que se trata de partir, corresponde a cada una de las personas interesadas, al no existir acuerdo entre ellas, precisamente por la valoración discrepante que dan a aquellos actos de transmisión.

Considerando que la instancia parte de una acertada distinción, en cuanto a la posibilidad de disponer del caudal hereditario, entra la comunidad creada sobre una finca a virtud de una partición y adjudicación de herencia debidamente documentada, aunque la participación de cada condueño se fije por cuotas ideales, caso en el cual pueden libremente disponer de ellos, y la comunidad hereditaria, creada por el solo hecho de la muerte del causante y de la declaración de herederos, antes de hacerse partición, período en el cual todo acto dispositivo ha de realizarse conjuntamente por todos los herederos (sentencias de 30 de abril de 1935 y 15 de febrero de 1947), pero sin que pueda uno solo por sí, antes de practicada la división, enajenar ni gravar un objeto del caudal relicto ni una parte alícuota de un bien integrado en el caudal, aunque en su día pueda corresponder (sentencias de 26 de enero de 1906, 11 de abril de 1953 y 15 de marzo de 1945); criterio que para ser aplicado al caso de autos lleva a la instancia al estudio de todas las transmisiones habidas, partiendo de cuando la finca en cuestión pertenecía por mitad a doña A. P. T. y su hermana, doña M. P. T., afirmando que la única operación divisoria que se ha formalizado de la referida finca se hizo cuando falleció la última de dichas partícipes, en la que se adjudicó por quintas partes su mitad, o sea, por décimas partes del total de la finca, a sus hermanos, doña A., don R., doña C. y doña C., así como en igual proporción a su sobrina, doña P. P. B., en representación de su padre, premuerto, don E., hermano de la causante, por escritura de protocoli-

zación de 7 de enero de 1952; pero que, en cambio, al fallecer con posterioridad doña C. P. T., el 22 de diciembre de 1960, sin haber dispuesto, ni *inter vivos* ni por testamento, de su décima parte adjudicada en dicha finca, se aprobó la declaración de herederos, a favor de los sobrevivientes antes referidos, por auto de 9 de junio de 1961, y no se hizo partición de la herencia; no obstante, doña C. P. T. dispuso en vida, por compraventa y por partida doble, no sólo de la décima parte de la finca que por escritura de división de 7 de enero de 1952 le pertenecía como heredera de su hermana doña R., sino también de la cuarta parte de una décima de dicha finca que había pertenecido a su hermana doña C., ya fallecida, y de la que había sido declarada heredera, pero cuya división no se había efectuado, y en igual anormalidad incurrió don R. P. T., que, por escritura de 8 de mayo de 1961, donó a sus cuatro hijos, doña J., don A., doña P. y doña M. J., no sólo la participación que en la herencia de su hermana doña R. le había sido adjudicada, sino también la cuarta parte de otra décima que le correspondía como heredero declarado de su hermana doña C.; transmisiones que la sentencia impugnada da como válidas en cuanto se refieren a la herencia de doña R., pero no, sobre todo, para terceros, en cuanto al derecho indiviso heredado de doña C., a todos cuyos herederos convoca a la división de la cosa común.

Considerando que en vida, como hemos dicho, doña C. P. T., fallecida el 13 de julio de 1965, dispuso dos veces de sus participaciones de toda índole en la finca de autos, una por escritura pública de 6 de febrero de 1965, en la que las vendió a su sobrino, don A. P. H., en cuyo contrato éste, una vez reembolsado el precio satisfecho, subroga a su hermana, doña J. P. H., y otra vez por documento privado de 28 de febrero de 1965, presentado a la liquidación del impuesto de derechos reales el 5 de abril de igual año, en el que aparecen como compradores de la mitad de sus participaciones su sobrina, doña P. P. B., hija de su hermano don E., premuerto, y en la otra mitad los hijos de su hermana A.: J. A., P., C. y L. G. P.; venta esta segunda que en su totalidad es considerada como ineficaz por la sentencia de instancia, contra cuya apreciación se alzan los dos primeros motivos del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 1.473, en relación con el 445 del Código Civil, el primero, y por violación del contenido de determinadas sentencias del Tribunal Supremo, el segundo, y hay que desestimarlos por las siguientes razones: Primera, porque el documento privado de 28 de febrero de 1965 carece de las necesarias garantías de autenticidad, como dice la instancia, pues aunque es cierto que la firma de doña C. fue reconocida por peritos, ningún reconocimiento se ha hecho de la otra estampada, de ser auténtica, por una sola de las sobrinas sin constancia de que representara a las demás compradoras. Segunda, porque de todas las participaciones en la finca a que se refiere el mencionado documento ya había dispuesto anteriormente doña C., por escritura pública de 6 de febrero de 1965, lo que motiva el hecho significativo de que es despachado sin limitar por la Abogacía del Estado y la nulidad de dicha escritura sólo podía haberse pedido a reconvencción por la parte demandada, lo que no se ha pedido; por lo cual, la pretensión resulta improsperable, pues al ser plenamente válido el documento público, aunque diéramos valor al documento privado, la fecha anterior del instrumento notarial daría siempre la prioridad a quien en él figura como comprador por imperativo precisamente del último párrafo del artículo 1.473 invocado, al no constar como afirmación de hecho de la instancia, ni como logro por el cauce adecuado en el recurso, la mala fe de ninguna de las partes, ni la posesión, ni la inscripción en el Registro preferentes.

Considerando que en el motivo tercero se alega, al amparo del núme-

ro 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, la violación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, aludiendo a que si bien en la demanda se pedía sólo la asignación a la actora de las dos décimas partes de la finca: una, la recibida por donación de su padre, y otra, la adquirida de doña C., ambas de su origen más remoto, como adquiridas por aquellas en adjudicación de la herencia de doña R., en otros documentos por la parte presentados al juicio se alude a adquisición de octavas partes y el motivo es recusable, por no respetar los hechos probados y por su confusión, pues realmente lo que se pide en la demanda y lo que se otorga en la sentencia sólo puede compararse, para fundamentar un motivo de casación por incongruencia, con invocación de los números segundo o tercero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, aparte de que no existe contracción, como veremos seguidamente.

ACCION DE NULIDAD DE TESTAMENTO. PROTOCOLIZACION DE TESTAMENTO OLOGRAFO. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1971.)

La acción de nulidad de testamento es personal.

El Tribunal Supremo, en sentencia en la que ha sido ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 27 de la misma capital, según las siguientes consideraciones:

Considerando que el motivo único del recurso, amparado en el número 6.º del artículo 1.693 de la Ley, por aplicación indebida de la regla 1.ª del artículo 62, en cuya aplicación se ha fundado la sentencia, para estimar competente la jurisdicción de Madrid, ataca tal criterio apoyándose en estimar que no es personal, sino mixta, la acción ejercitada sobre eficacia e ineficacia de un testamento y porque el artículo 689 del Código ordena la protocolización del testamento ológrafo en el Juzgado del domicilio del testador y que para testamentarias abtestatos es competente el del lugar del último domicilio del causante, porque no puede separarse la cuestión de la eficacia del testamento del hecho de haber pedido el mismo actor la protocolización en Nava del Rey, porque el pleito es una citada consecuencia de la denegación de la protocolización por aquel Juzgado, estimando este pleito incidencia de la protocolización denegada.

Considerando que en cuanto al carácter de la acción entablada no puede negarse que es personal, pues nuestro Código no admite las acciones mixtas, que han muerto por sus silencios, sentencias de 20 de junio de 1928 y 16 de mayo de 1945, en la primera de las cuales se dice que si la de 20 de febrero de 1893 admite las acciones mixtas es porque aplica normas anteriores al Código a unos derechos nacidos al amparo de nuestra legislación histórica, derogada por el último artículo del Código, y hoy, según se establece en la citada sentencia de 20 de julio de 1928, la acción de nulidad de un testamento tiene carácter personal, siguiendo igual criterio las de 24 de octubre de 1926, 7 de junio de 1927, 26 de julio de 1928 y las citadas en la sentencia recurrida, por lo que la acción esgrimida en estos autos hay que estimar que tiene carácter personal.

Considerando que tratándose de una acción personal y siendo dos personas demandadas, como aquí ocurre, que residen en localidades de distinto sitio, es Juez competente el de cualquiera de los demandados a elección del demandante, párrafo segundo de la regla 1.ª del artícu-

lo 62 de la Ley, interpretado por sentencias, entre otras, de 14 y 27 de octubre de 1911, 30 de octubre de 1939, 25 de abril de 1940 y 7 de enero de 1947, así como las citadas en la sentencia que se impugna.

Considerando que el hecho de que se pidiera la protocolización de los testamentos en el Juzgado de Nava del Rey no puede conceder jurisdicción preferente a dicho Juzgado, pues la sumisión no puede invocarse en actos de jurisdicción voluntaria, por lo que tal petición de protocolización no determina la sumisión del artículo 56 para el posterior pleito de eficacia del testamento, pues, como dice la sentencia de primer grado, es reiterada la doctrina, por las sentencias que cita en su considerando segundo, que la intervención de la protocolización que no constituye contienda entre partes no significa sumisión al Juzgado ni obsta a que, caso de promoverse el pleito, sean de aplicación los artículos 62 y siguientes para determinar la competencia.

ALBACEAZGO. HERENCIA YACENTE. ADMINISTRACION DE LA HERENCIA. LEGITIMACION PROCESAL ACTIVA. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1971.)

Ejercitada acción de desalojo de finca rústica e indemnización de perjuicios por la viuda, nombrada albacea en el testamento de su marido, después de transcurrido el plazo de duración del albaceazgo, y excepcionada la falta de legitimación activa de la demandante por el demandado, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Córdoba estima la demanda en cuanto al desalojo, sentencia que confirma la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, a la que apeló el demandado.

Interpuesto recurso de casación por el demandado y apelante, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Peral García, según los razonamientos que se transcriben a continuación:

Considerando que la sentencia recurrida, al igual que lo hace la dictada en el primer grado de la instancia, cuya argumentación acepta la primera, sienta las premisas siguientes: Primera, que la parte actora en esta *litis* actúa no sólo como albacea testamentario de la herencia producida por fallecimiento de su esposo, sino también como representante legal de la misma, por su condición de «administradora» en ella. Segunda, que la finca objeto de este pleito constituye uno de los bienes de dicha herencia, afirmaciones éstas que llevan al Tribunal *a quo* a rechazar aquellas excepciones aducidas por la parte demandada en su escrito de contestación, basadas ellas en una falta de legitimación activa, derivada de su cualidad de albacea al haberse extinguido el plazo de la misma, así como de la de «cosa juzgada» sobre dicha causa producida en pleito distinto, y en este aspecto se ha originado el presente recurso, cuyos dos motivos impugnan y combaten la resolución recurrida, apoyándose en el hecho de no conservar la demandante el carácter de albacea, careciendo, por tanto, de legitimación para sostener la acción que ejercita, y no advierte el recurrente que la resolución que impugna, al propio tiempo que reconoce la postura del demandado, en cuanto a la extinción en la actora de aquella institución testamentaria, se vale de un supuesto distinto en el que apoya su fallo, que no es otro que el de afirmar que dicha señora comparece y actúa como administradora de los bienes de la testamentaria, en la que aún no se ha procedido a la división y adjudicación de los mismos, premisa ésta que no se ha atacado por el recurrente en el modo y forma que exige el trámite procesal,

por lo que ya de por sí hace decaer los motivos aducidos, pues se hace evidente que cuando, como en este caso, se está ante una suspensión de la titularidad primitiva sobre la masa de bienes y por causa de fallecimiento, y pendiente, por tanto, del paso de ellos a otros sujetos, es obvio que el patrimonio subsiste como objeto de relaciones jurídicas, que afectan al causante y a los que posteriormente hayan de asumir la titularidad de esos bienes, pero teniendo muy presente que hasta tanto esto ocurra ha de estar representada por el que ejercita la administración, por lo que se hace procedente considerar en este caso a la actora como parte procesal para ejercitar, como lo hace, las acciones derivadas de la herencia yacente, y de consecuencia, no produce el efecto desestimatorio de ello aquellos supuestos, totalmente distintos, en que se sustentan los dos motivos del recurso, que por ello resultan intrascendentes e inoperantes, por todo lo cual ha de desestimarse el recurso, en el que ha de tenerse en cuenta el contenido del artículo 1.748 de la Ley Rituaria Civil.

TITULOS NOBILIARIOS. POSESION CIVILISIMA. IMPRESCRIPTIBILIDAD. ARTICULOS 9.º DEL CODIGO CIVIL, 13 DE LA LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1820, 1.º DE LA LEY DE 4 DE MAYO DE 1948, LEYES 41 Y 45 DE TORO. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1971.)

El título nobiliario no está comprendido en el artículo 9.º del Código Civil.

La posesión civilísima y, por ende, la imprescriptibilidad del derecho al título sólo corresponde *erga omnes* al óptimo sucesor del mayorazgo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, rechaza el recurso de casación interpuesto por el demandado y apelado contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, que, a su vez, había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Zafra, según los fundamentos siguientes:

Considerando que el primer motivo del recurso autorizado por el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción, por violación, del artículo 9.º del Código Civil, atendida la razón de que el documento y el demandante es súbdito venezolano; a esta alegación es de oponer: a) Que el artículo 61, párrafo último, de la vigente Constitución de Venezuela, dispone que «no se reconocerán títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias», lo que quiere decir que dentro de aquel derecho no podrán ser los títulos nobiliarios *reconocidos*, pero ello no priva de la libertad de pedir, obtener y usar tales títulos conforme a la legislación de un país que los admita. b) Que siendo de naturaleza prohibitiva el precepto transcrito, hay que interpretarle restrictivamente y por ello es bastante que tales «títulos» no se reconozcan oficialmente, aunque de modo particular pueden usarse, incluso en la misma Venezuela. c) A que, por naturaleza propia, el título nobiliario no afecta a los derechos ni deberes de familia ni atañe al estado, condición y capacidad de las personas; se sale fuera del ámbito señalado en el artículo 9.º del Código Civil, supone la distinción un matiz histórico y su naturaleza política hace que se confiera a su titular y al sucesor del mismo para que su invocación constituya un acuerdo de aquél; no afecta a la capacidad civil ni a la condición o estado de la persona, se refiere exclusivamente al primer titular para honrarle y, en su caso, al poseedor sucesivo del título, con su invocación para dignificar aquél. d) Que la intervención del Ministerio Fiscal en los pleitos sobre títulos

nobiliarios viene impuesta por la necesidad de evitar en la materia las transacciones y compromisos, tomando la expresión «estado civil» en un sentido amplio (arts. 1.814 y 1.821 del Código Civil), aunque los autos y actos propios del reclamante o reclamantes sean ajenos a los hechos que motivaron la concesión del título. e) Aun considerando el derecho de reclamar las dignidades nobiliarias como una acción marcadamente civil, la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción española, respecto a extranjeros, se ve facilitada por el artículo 27 del Código Civil, el que dispone que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, y en los tratados, salvo lo dispuesto en las leyes especiales. f) En lo que afecta a la posibilidad de que los súbditos hispanoamericanos y filipinos soliciten la reivindicación a su favor de los títulos nobiliarios a que puedan tener derecho, basta con recordar el artículo adicional a la Ley de 4 de mayo de 1948, por la que se restablece la legalidad vigente el 14 de abril de 1931, sin que el transcurso del plazo que se establece imponga la prohibición de solicitar las dignidades nobiliarias a que tengan derecho.

Considerando que los dos motivos siguientes del recurso, amparados en la misma disposición legal, en el primero de ellos se denuncia la infracción, por interpretación errónea, de la Ley 45 de Toro, que es la primera del título XIV, del libro II, de la *Novísima Recopilación*, aplicable por la doble remisión de las Leyes de 11 de octubre de 1820 (art. 13) y 4 de mayo de 1948 (art. 1.º), y en el segundo, la violación de la Ley 41, también de Toro, que es la primera del título XVII, del libro X, de la *Novísima Recopilación*, aplicable por la doble remisión de las dos Leyes citadas. La primera de dichas Leyes dice así: «Mandamos que las cosas que son de mayorazgo, agora sean villas o fortaleza o de cualquiera calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo luego, sin otro acto de aprehensión de posesión, se traspase la posesión civil y natural en el siguiente grado que, según la disposición del mayorazgo, debiera suceder en él, aunque haya otro tomado la posesión de ellas en vida del tenedor del mayorazgo o del muerto o el dicho tenedor que la haya dado posesión de ellas.» Y la Ley 41 de Toro dispone que «mandamos que el mayorazgo se puede probar por la escritura de la Constitución, con la escritura de la licencia del rey que la dio...; asimismo, por costumbres inmemorialmente probadas con las calidades que concluyan los pasados, haber tenido o poseído aquellos bienes por mayorazgo..., y digan que así lo vieran ellos, pasar por tiempo de cuarenta años, y así lo oyeron decir a sus mayores y ancianos, que ellos siempre así lo vieron y oyeron y que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que ello se publica voz y fama y común opinión entre los vecinos y moradores de la tierra». Que, como expresa la sentencia de 30 de marzo de 1970: a) Al amparo de dichas disposiciones se sostiene, en síntesis, la tesis de que la posesión civilísima que la Ley establece a favor del sucesor del título ha de entenderse referida no a cualquier pariente del causante, sino sólo y exclusivamente a favor de uno, el óptimo sucesor o heredero único del mayorazgo, es decir, de aquel que lo sería precisamente por razón del título hereditario o sucesorio que corresponde aplicar y, consecuentemente, que la doctrina científica y jurisprudencial que ha establecido la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios debe estimarse contraída al caso excepcional del derecho del propietario o sucesor único del título y no al de los múltiples parientes del causante originario que puedan pretenderlo y toda vez que, según el recurrido, ha venido poseyendo plena, pública y pacíficamente el título cuestionado durante más de cuarenta y cinco años esa posesión, debe prevalecer sobre cualquier aspirante a poseer en precario el mismo título, cual lo es el demandado. b) Que la anterior tesis expuesta se apoya fundamentalmente en la sen-

tencia de esta Sala de 9 de junio de 1964, mas pese a la sólida argumentación en ella desarrollada se impone su desestimación, por estar la tesis que en ella se sustenta en abierta pugna con la constante y reiterada doctrina de esta Sala, mantenida con anterioridad a la resolución antes citada en las sentencias de 14 de marzo de 1963 y 3 de noviembre de 1962, entre otras muchas, y con posterioridad en las de 30 de junio de 1965 y 29 de noviembre y 2 de diciembre de 1967. c) Que en estas resoluciones se establece que el privilegio de la posesión civilísima de la Ley 45 de Toro le corresponde no sólo al óptimo sucesor o heredero único del mayorazgo, sino también al llamado legitimante, o sea, quien tenga aún mejor derecho, si bien con la diferencia de que en tanto que al primero le asiste ese privilegio con carácter absoluto *erga omnes* frente a todos los demás aspirantes, en cambio, el segundo sólo lo tiene con carácter de categoría inferior. d) Que esa posesión civilísima constituye la base y fundamento de la imprescriptibilidad de los títulos y grandezas. e) Finalmente, que la Ley 41 de Toro no estatuye prescripción de ninguna clase ni tampoco la modificación de un mayorazgo y la alteración del orden sucesorio, sino que, por el contrario, la costumbre inmemorial a que alude se refiere exclusivamente a la prueba de la constitución del mayorazgo, cuando no se acredite el título inscrito de su concesión, interpretación que se deduce simplemente de la mera lectura del texto transcrito. f) Que, por tanto, siguiendo la doctrina de las resoluciones citadas, y que se recoge con más condición y claridad en la sentencia transcrita, procede desestimar los dos motivos del recurso que se examinan.

SUSTITUCION PREVENTIVA DE RESIDUO. INTERPRETACION DE TESTAMENTO. ARTICULOS 210, PARRAFO 1.º, DE LA COMPILACION DE CATALUÑA, Y 675 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1971.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, conforme se dice a continuación:

Considerando que la cuestión básica a la que se contraen los autos de que dimana este recurso es la del sentido y alcance de las disposiciones ordenadas en su testamento, otorgado en 19 de enero de 1934 por la causante de los litigantes—abuela del actor, hoy recurrente, y madre del demandado, hoy recurrido—, que prescindiendo de las previsiones que no han tenido lugar o han quedado fuera de la controversia judicial, quedan reducidas a las siguientes: «Declaro que de mi único matrimonio, con don Luis de Casanova y de Vallés, tengo dos hijos, llamados María del Pilar y Baltasar de Casanova y de Ferrer, a los cuales, así como a los demás que nacidos o póstumos dejare al ocurrir mi fallecimiento, lego lo que por legítima les corresponde en mi herencia. Instituyo heredero universal a mi esposo, don Luis de Casanova y de Vallés, el cual podrá disponer libremente por actos inter vivos y a título oneroso de todos los bienes que heredase de mí, realizando toda clase de enajenaciones y en especial venderlos y gravarlos. Aquellos de los cuales al ocurrir su fallecimiento no hubiere dispuesto en la forma expresada pasarán a sus libres voluntades a mis hijos María del Pilar y Baltasar

de Casanova y de Ferrer en la proporción que mi esposo hubiere dispuesto expresamente en su testamento y si no por partes iguales, y si alguno o ambos hubiesen fallecido dejando hijos, a éstos en su representación.»

Considerando que a la fijación del sentido y alcance de las disposiciones testamentarias, buscando la verdadera voluntad del testador, prevé la interpretación, ya que las palabras o cláusulas son el medio, el fuero con que aquélla adquiere realidad visible o reconocible para los demás; pero cuando aparezca claramente que la voluntad del testador era otra y distinta de la que se expresa, entonces la voluntad ha de prevalecer sobre las palabras.

Considerando que ésta es la posición de nuestro Código Civil, cuyo párrafo primero del artículo 675, aplicable íntegramente a Cataluña, establece que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; en caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento, *in testamentis voluntates testatium interpretantur*, lo que es debido no sólo a que la voluntad testamentaria es soberana dentro de los límites legales para establecer la Ley, estatuto u ordenamiento de la sucesión, sino el carácter no receptivo y de formulación unilateral o no concordado, en cuya virtud, y a diferencia de los contratos, no debe atenderse a los interesados de la otra parte.

Considerando que la jurisprudencia ha proclamado la primacía del sentido literal cuando no sean oscuras ni ambiguas las cláusulas testamentarias (interpretación gramatical), declarando que las palabras del testador deben ser entendidas llanamente, «así como ellas suenan», que decían las Partidas, por lo que no pueden los Tribunales, como se recoge en la sentencia de 4 de junio de 1959, extender las disposiciones testamentarias a más de lo que su tenor literal expresa, sin perjuicio de acudir a su sentido lógico, caso de existir disparidad con la intención, dado que ésta debe prevalecer sobre aquélla y procurando que todas guarden entre sí la debida relación, como se expresa, por citar algunas, en las sentencias de 4 de mayo de 1932, 9 de octubre de 1943 y 5 de marzo de 1944, ya que tales interpretaciones están autorizadas cuando la oscuridad o la duda las hacen precisas para su más acertada resolución (sentencia de 3 de febrero de 1961), no imponiendo el artículo 675, ni podía hacerlo, un orden sucesivo de prelación en que deban utilizarse los criterios interpretativos, gramatical, lógico sistemático y teleológico, pues no excluye que para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a sus palabras su sentido literal (hipótesis prevista en la proposición primera) o para apreciar si hay, cuando menos, motivos de duda a este respecto (hipótesis de la proposición segunda) se deban utilizar, conjunta y combinadamente, los instrumentos todos de la interpretación (sentencias de 5 de marzo de 1944 y 3 de febrero de 1961).

Considerando que el motivo primero, correctamente formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por violación del artículo 675 del Código Civil, por no haber aplicado el sentido literal ni ningún otro de los en él previstos, no pudiendo prevalecer por ir en contra de la doctrina legal antes expuesta, pues cuando el texto de la cláusula interpretada, como en el caso de autos, no sea tan claro y expresivo que baste la simple lectura para colegir por modo inequívoco el propósito e intención del testador —como lo comprueba la extensión desmesurada del pleito y de las sen-

tencias recaídas en la instancia de signo contrario—, la jurisprudencia ha concedido notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración, teniendo el sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación del Tribunal *a quo* una expresión, cuando menos, incompleta en el documento, y puede así la declaración formal ser configurada por sí sola, como una declaración del contenido de la voluntad del testador (sentencias de 8 de junio de 1940 y 1 de junio de 1946), aparte de que corresponde a los Tribunales de Instancia la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo su criterio prevalecer siempre que no se demuestre de modo claro y manifiesto el error de aquellos en términos que contraríen la voluntad del testador.

Considerando que en cuanto a la naturaleza de las cláusulas testamentarias de residuo depende, sobre todo, de la intención del testador, pudiendo adoptar dos modalidades: Primera, en el supuesto de que el testador (fideicomitente) faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste (*si aliquid superarit*), si queda algo. Segunda, en la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquél (*de eo quod supererit*), de aquello que debe quedar, habiéndose establecido por la jurisprudencia que los fideicomisarios no adquieren, en principio, derecho alguno hasta que desaparecido el fiduciario, por su muerte, pueda saber si hay o no residuo (sentencias de 21 de noviembre de 1956, 7 de enero de 1959 y 29 de enero de 1962).

Considerando que concretamente en cuanto a las facultades del fiduciario, que afectan de modo especial a la presente *litis*, mientras la doctrina científica recogida por la Dirección General de los Registros tiene sentado, dentro de su área de enseñanza y aplicabilidad, que la disposición de residuo no priva al primer instituido (fiduciario) de la facultad de disponer *inter vivos*, pero no le concede la de disponer *mortis causa*, a menos que le sea otorgada por el testador de una manera expresa e indudable, doctrina que limita la jurisprudencia del Derecho común (sentencias de 7 de enero de 1959 y 29 de enero de 1962); la Compilación del Derecho especial de Cataluña de 21 de julio de 1960, recogiendo la doctrina de los autores de aquella región y las decisiones judiciales, autoriza al heredero o legatario gravados de fideicomiso de residuo, respecto de los bienes de la herencia o legado, a enajenar, gravar o, de otra manera, disponer de ellos por actos entre vivos a título oneroso, en concepto de libres, con las limitaciones que establezca el testador (art. 211, núm. 1.º), estableciendo que «no habrá fideicomiso de residuo, aunque se emplee esta denominación, si el heredero o legatario resultan expresamente autorizados por el testador para disponer libremente de los bienes de la herencia o legado por actos entre vivos y por causa de muerte, designando para después de fallecer aquéllos un sustituto o sustitutos. En este caso no considerará ordenada una sustitución preventiva de residuo (párrafo segundo del art. 210), y «si el fideicomitente lo autorizase expresamente, podrá el fiduciario hacer donaciones u otros actos de mera liberalidad que no sea por causa de muerte ni contengan reserva de poderlos revocar. La adquisición de los bienes en virtud de tales actos será en concepto de libre» (párrafo primero del art. 213).

Considerando que impugnada en los motivos segundo y tercero la calificación del Tribunal *a quo*, que rechaza la existencia del fideicomiso

de residuo, resultado que obtiene a través de la interpretación que realiza, que le lleva a proclamar que las facultades que doña M. F. S. a su marido y heredero, don L. C. V., se hallaban mucho más cerca de la libertad de testar que del fideicomiso, y que las pocas limitaciones que se le impusieran para evitar que después de su muerte pudieran pasar los bienes restantes a manos distintas de los hijos de ambos, no justifican la calificación intentada de fideicomiso de residuo o de obligación restitutoria de clase alguna, puesto que, por el contrario, representan la transmisión plena del dominio, con alguna modalidad familiar para supuestos de residuo patrimonial, bastaría para desestimar dichos motivos la consideración de haber quedado privados de la indispensable base *de facto*, como consecuencia de la firmeza de la interpretación y a mayor abundamiento de la normativa de la Compilación, que ha quedado expuesto en el negado supuesto de que pudiera prevalecer el criterio del recurrente, que subsumiría el caso de la sustitución preventiva de residuo, inaplicable a tal sucesión, tanto por la fecha del testamento como la de la sucesión de la testadora, prevista por primera vez en la Compilación.

Considerando que subsistente la calificación del Tribunal *a quo*, la cláusula debatida del testamento de la causante de los litigantes autorizaba al heredero a disponer de los bienes de que no lo hubiera hecho por actos *inter vivos* y a título oneroso a favor de sus hijos, y si alguno hubiese fallecido—como sucedió—, a los hijos que tuviere en su representación, en la proporción que hubiese dispuesto expresamente en su testamento, descendientes a los que pasarían si no por partes iguales, habiendo de entenderse que hubo una disposición expresa excluyente de la distribución igualitaria, al disponer en su testamento de 21 de diciembre de 1957 de un legado a favor de su nieto, el actor y recurrente, don I. F. C., de todas las fincas que actualmente constituyen el patrimonio de Berga—heredado de su mujer—, en pago total de sus derechos legitimarios en su herencia, y en lo que excedan, como donación *mortis causa*, y al instituir heredero universal a sus libres voluntades a su hijo B. C. F., por lo que es indudable que dispuso expresamente y hay que estimar cumplida la voluntad de la primitiva causante de acuerdo con su testamento y la normativa aplicable al respecto, sin que sea necesaria una concreción formalista que ésta no impone, procediendo, por tanto, la desestimación de los motivos segundo y tercero.

Considerando que igual suerte han de correr los restantes relativos a los pagos de las legítimas, ya que en el inventario otorgado por don L. C. V., el 28 de marzo de 1934, se fija la legítima correspondiente a la herencia del causante—abuela del actor recurrente y madre del demandado recurrido—, y en el testamento de don L. C. V., de 21 de diciembre de 1957, declara el testador que está pagando a su nieto el importe en que por escritura—novatoria—de 4 de julio de dicho año fueron fijados sus derechos legitimarios maternos, disponiendo que si falleciese antes de haberle satisfecho la totalidad, le sean satisfechos por su heredero, y para el pago de sus derechos legitimarios en la herencia materna, le lega la plena propiedad de todas las fincas que constituyen el patrimonio de Berga, y en escritura de entrega de legado, don B. C. F. la hace a su sobrino, don I. F. C., que acepta el legado, y mediante él se da por completamente satisfecho del mismo y de sus derechos legitimarios paternos, obligándose a nada más reclamar por el expresado concepto, por lo que aun siendo bienes de procedencia materna puede el aceptante, siendo mayor de edad, darse por pagado con ellos, actos propios que imposibilitan toda reclamación sobre tal legítima, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

Comentario.—Puede consultarse, L. PUIG FERRIOL: *El heredero fiduciario*, Barcelona, 1965. Conviene insistir en que para poder apreciar la existencia de una sustitución preventiva de residuo se requiere que conste de una manera *clara y expresa* la autorización del testador para que el heredero pueda disponer libremente por actos *mortis causa* de los bienes de la herencia, según destacó ya la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 29 de noviembre de 1962.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

Por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO

MOTIVANDO LA INCONGRUENCIA DE UNA SENTENCIA, LA DISCONFORMIDAD O INADECUACION DEL FALLO, PARTE DISPOSITIVA DE ESTA, CON LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES LITIGANTES EN AUTOS, OPORTUNAMENTE DEDUCIDAS COMO PETITUM DE LA DEMANDA, YA COMO EXCEPCION O RECONVENCION, QUE JUNTAMENTE CON LAS RESPECTIVAS OPOSICIONES, LAS DELIMITAN O ACOTAN, CONSTITUYENDO LO QUE HA DE SER OBJETO DEL PROCESO. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1971.)

Demanda.—Los padres demandantes les hicieron una donación absoluta por terceras partes iguales y *pro indiviso* a sus hijos, tanto de bienes de la propiedad del matrimonio como de aquellos otros que lo era de la absoluta y exclusiva propiedad de la madre, quedando los demandantes, en el orden económico, a la más completa merced de sus descendientes, entendiendo que jamás obtendrían el pago que ahora se les da privándoles de lo más imprescindible para satisfacer sus necesidades.

La realidad de esa donación universal de bienes se recoge en escritura pública.

Los demandantes donaron todos los bienes que tenían y esa donación alcanzó a toda clase de aperos de labranza, semovientes e incluso los muebles y enseres existentes en las fincas donadas.

A causa de la indicada donación se causaron las inscripciones registrales de las fincas a favor de los demandados por terceras e iguales partes *pro indiviso* en plena propiedad.

Al donar sus bienes en pleno dominio a sus hijos por partes iguales, efectuaron tal donación comprendiendo la universalidad del patrimonio, sin reservarse por ningún concepto bienes con que vivir. Y después de invocar los fundamentos legales que estimó pertinentes, terminó suplicando se dictara sentencia declarando: la nulidad total de la donación universal o, subsidiariamente, la nulidad, al menos, en un 75 por 100 de las fincas que comprende y que se determinarán en ejecución de sentencia.

Se presentó escrito solicitando la ampliación de la demanda, motivada por los hechos producidos con posterioridad a la presentación de la demanda, para ofrecer una exposición clara de los hechos y antecedentes que justifican la modificación de los invocados en la demanda inicial.

Los negocios jurídicos expresados en las escrituras de donación perseguían una finalidad económica y no jurídica traslativa de dominio, siquiera el medio empleado era notoriamente desproporcionado a la fi-

nalidad perseguida por los otorgantes, cuya voluntad interna se concretó en el propósito de situar registralmente los bienes a nombre de los demandados, pero sin tradición real ni ficticia ni menoscabo alguno de las facultades de disposición y administración no solamente durante la menor edad de todos o algunos de los demandados, sino cuando alcanzaron la mayoría de edad todos ellos, constituyendo dichas escrituras verdaderos negocios jurídicos fiduciarios. Y, en consecuencia, declarar resuelta la fiducia y decretar la cancelación de las inscripciones causadas por aquellos instrumentos públicos en el Registro de la Propiedad.

Contestación.—El presente litigio ofrece la particularidad—sin precedentes—de que la parte actora tacha de falsedad su propia demanda, que estaba fracasada como consecuencia de la prueba practicada en el incidente de pobreza previo a este pleito, fracaso determinado no porque la **donación a que se refiere** no fuera real y efectiva en pleno dominio a favor de los tres hijos demandados, sino porque no son ciertas ni la pretendida unanimidad de la donación ni el fingido estado de pobreza alegado por los demandantes. Que al intento de ir contra sus propios actos se le llama de adverso «estrategia procesal», y a tachar de falsa su propia demanda, se le denomina «ampliación de demanda».

El fundamento o causa de pedir de la demanda originaria estaba constituida por la supuesta universalidad de la donación y por el supuesto estado de penuria a que habían quedado reducidos los donantes; pues bien, el fundamento o causa de pedir de la segunda tesis negatoria de la anterior está constituida por una supuesta reserva a favor de los donantes de todos los derechos dominicales sobre los bienes donados a virtud de un imaginario negocio fiduciario, éste es, en concreto, únicamente el problema jurídico y el tema litigioso que plantea esta segunda tesis, todo lo demás que se consigna en la ampliación de la demanda es pura literatura y anécdota enteramente intrascendente para el pleito y, además, tendenciosa e inexacta.

Y después de alegar los fundamentos legales que estimó de aplicación al caso terminó suplicando se dictara sentencia absolutoria.

Primera instancia.—No haber lugar a lo solicitado en el suplico de dicha demanda, absolviendo de la misma a los demandados.

Apelación.—Confirma la misma en todas sus partes, todo ello sin perjuicio del derecho de participación que correspondiese en el usufructo de los bienes a la madre, sin hacer expresa condena de las costas de la alzada. Solicitado por la representación demandante aclaración del fallo, fue denegado por auto de la Sala.

Considerando que en los escritos de demanda y ampliación y en el suplico de estos escritos no se solicita sino la nulidad de aquellas donaciones que se dicen universales sin reserva de derecho alguno y en pleno dominio.

El demandado, en su escrito de contestación, concretamente solicita se le absuelva de la misma, siendo, como fueron los demandados absueltos, al declarar la sentencia de primer grado no haber lugar a lo solicitado en el suplico de la demanda, al ser confirmada en todas sus partes por la recurrida, la que no da lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora, mas agregando que «todo ello sin perjuicio del derecho de participación que correspondiere en el usufructo de los bienes a la madre», se incurre en aquella inadecuación entre *petitum* y fallo, resolviendo sobre una cuestión que ni fue objeto de *litis* ni de suplico en ninguno de los escritos de demanda o ampliación, y es así, cuando con notoria inconsecuencia por el Tribunal *a quo*, tras razonar en los consi-

derandos de la sentencia que se recurre sobre la existencia de un contrato de donación, si bien lo sea con una reserva usufructuaria—planteando una cuestión que no fue propuesta ni discutida por las partes—, sienta la terminante conclusión «que el derecho de usufructo existente a favor de la actora no cabe establecerlo en el fallo de la presente resolución, atendiendo al principio de la congruencia», y si en principio la redacción de dicha parte dispositiva pudiera parecer no tratarse sino de una mera reserva, que ni quita ni da derechos, por la literalidad de ese «sin perjuicio», que no habría de ser causa de incongruencia, su sentido y alcance excede de aquella limitación, tanto si son tenidos en cuenta, como aclaración, los considerandos a que se hizo referencia, como por la actitud procesal de la parte apelante y la del propio juzgador; aquélla, en cuanto entendiendo que de los considerandos de la sentencia relacionados con el fallo se le viene a conceder el «derecho de participación» en el usufructo» sobre determinados bienes, que fueron objeto, entre otros, de donación, ejercitando el derecho que le concede el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicitó la aclaración de aquel extremo, en cuanto pudiera dar lugar a dudas sobre su posible estimación como «futurible y contingente», y éste, porque aun declarando por el correspondiente auto no haber lugar a la aclaración de la sentencia, en verdad no se hace otra cosa en los considerandos de dicho auto, los que no dejan de producir cierta vacilación en orden al alcance y efectividad sobre tan expresado extremo del fallo, pues si se vuelve a insistir sobre la posible incongruencia a que daría lugar de atender a las pretensiones que se encierran en el escrito de aclaración, hace depender el ejercicio de aquel futuro proceso que proclamase la ejecutabilidad del derecho, que no deja de reconocérsele, de la que dice «posible resistencia de los afectados hermanos», a los que, por tanto, se viene a conminar a aceptar complacientemente aquella reserva usufructuaria, abocándolos, en otro caso, a un futuro pleito, sobre el que la Sala bien claramente vertió su parecer en aquellos razonamientos; por todo lo que resulta indiscutible no se trata de aquella simple reserva de acciones sin resultado de incongruencia, a las que se refiere la doctrina de este Tribunal Supremo, puesto que de no aceptar los demandados aquella parte dispositiva, «en actitud de resistencia», conforme al sentir de la Sala sentenciadora, la cuestión habría de ser resuelta en un futuro proceso, al que inexcusablemente los remite, para decidir sobre una cuestión que ni fue planteada en la *litis* ni suplicada en la demanda, lo que ya irrefutablemente constituye aquel vicio de incongruencia al que se refiere el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que obliga a la estimación del primero de los motivos del recurso, al acusar, por la vía procesal del ordinal segundo del artículo 1.692 de dicha Ley Procesal, con violación del mencionado precepto, la incongruencia de la sentencia que se recurre, lo que releva de conocer del segundo, último motivo del recurso.

Fallo: Admite el recurso de casación por infracción de Ley.

SOBRE PAGO ANTICIPADO DE LETRAS NO VENCIDAS EN CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA DE UNA PARCELA DE UNA URBANIZACION PARTICULAR. DOBLE RECHAZO DE LA CONSIGNACION REALIZADA. INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO POR RAZONES DE EDIFICACION SIN SUJECION A NORMAS DEBIDAS. ALEGACION DE COSA JUZGADA Y ESTUDIO DEL VERDADERO AMBITO DE LA COSA JUZGADA. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1971.)

Hechos: Demanda.—Los actores, N. F. y F. F.—como compradores—, y el demandado, J. V.—como vendedor—, otorgaron contrato de compraventa de terrenos (parcela núm. ...) en la Urbanización S. R., cuyas lindes y condiciones se detallaban, acompañándose plano de la parcela.

Se pagó parte del precio a la firma del contrato y el resto distribuido en 24 cambiales de igual cantidad. Se habían abonado 18 letras y se instó al vendedor para que aceptara el resto del precio aplazado (de letras no vencidas) y se otorgara la correspondiente escritura de compraventa.

El demandado se negó y se consignó judicialmente tal cantidad y en los propios autos se siguió un declarativo de mayor cuantía de los propios actores contra el propio demandado, que terminó en sentencia de 21 de febrero de 1968. Esta sentencia desestimó la demanda de los actores y buena parte de la reconvencción, pero declaró que los reconvenidos incumplieron, en parte, el contrato privado de compraventa por no haber presentado el proyecto al actor reconvenccional para su aprobación y que las obras debían ajustarse a las ordenanzas y normas de edificación de la zona y al correspondiente plan parcial. Detallándose en la sentencia la conducta a seguir al respecto.

Vencida la última letra instaron al vendedor el otorgamiento de la escritura de compraventa y se negó mientras no se cumpliera la referenciada sentencia, alegando una mayor cantidad por razón de unos supuestos gastos bancarios que detalló.

Los actores—de nuevo—promovieron expediente de consignación y ofrecimiento de pago del resto pendiente.

Contestación.—Se alegó la excepción de cosa juzgada y que los actores habían edificado prescindiendo del plan parcial y ordenanzas que regían en la zona. Las letras vencidas y no pagadas habían ocasionado gastos de protesto y devengado intereses. «El impago es de por sí incumplimiento; pretender pagar de forma distinta a la convenida e imponerlo unilateralmente es inaceptable.» No se habían consignado los gastos de protesto ni los intereses. La sentencia (ya firme) había declarado el incumplimiento de las obligaciones contractuales de los compradores y la escritura debía otorgarse cuando los pagos se hubieran satisfecho en los respectivos vencimientos.

Considerando que en relación con el contrato privado de compraventa celebrado entre el recurrente y los recurridos se han promovido dos pleitos, que se iniciaron de idéntica forma: sendas consignaciones, que al no ser aceptadas por el recurrente, convirtieron la cuestión en contenciosa, terminando el primero por la sentencia, no apelada, de 21 de febrero de 1968, y el segundo, después de apelada la del Juzgado, por la de la Audiencia de Barcelona de 7 de diciembre de 1970, contra la que se interpone este recurso, y en ambos se tratan idénticos temas: la validez de las consignaciones en relación a la época en que se efectúan y el cumplimiento total o parcial del contrato base, al objeto de obligar al vendedor a otorgar la escritura definitiva de venta, y al versar sobre los mismos temas la sentencia que ganó firmeza y la que hoy es objeto

de este recurso, se hace necesario analizar los pronunciamientos de aquella que sean definitivos sobre los que toda insistencia ha de ser desestimable.

Considerando que la sentencia de 21 de febrero de 1968 contiene dos pronunciamientos: uno, concretado a la oportunidad del pago, en virtud del cual se considera indebida la consignación por prematura, inconveniente que desaparece por el mero transcurso del tiempo, posibilitando el nuevo planteamiento y la solución contraria cuando el plazo está vencido, y otro, el de que había habido sólo incumplimiento parcial, con el que resolvió en sentido negativo la pretensión del demandado, que en la reconvencción pedía, al amparo del artículo 1.124 del Código Civil y del clausulado del mismo contrato, la resolución del contrato por incumplimiento total de los compradores; cuestión sobre la que sólo debía el vendedor pedir la ejecución, pero que, como cosa juzgada definitivamente, no debió plantearse de nuevo en el segundo pleito, que por ello fue expresamente rechazada en la sentencia recurrida y que hace inviable el segundo motivo del recurso, donde, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precisamente por violación de los artículos 1.124 y 1.117, en relación con el 1.285 del Código Civil, se replantea el tema ya resuelto, para este caso por sentencia firme.

Considerando que el primer motivo del recurso combate el pronunciamiento de la instancia referente a la validez de la consignación hecha en el segundo pleito y consiguiente obligación de otorgamiento por el recurrente de la escritura de venta, insistiendo sobre que la consignación era insuficiente por no abarcar los gastos de protesto e intereses con apoyo en el número primero del propio precepto procesal y por interpretación errónea de los artículos 1.117 y 1.157 del Código Civil, y es igualmente desestimable; pues aun dejando a un lado todo lo relativo al incumplimiento del contrato por los compradores, ya tratado en el considerando anterior, existen dos razones que abonan la improcedencia del motivo: una, la que da la sentencia impugnada, cual es la de que la reclamación de los intereses y gastos suplementarios del estricto importe de lo debido representado por las letras aceptadas debió pedirse por «reconvencción», y otra principal, porque no ha existido la mora del deudor, ya que éste en dos ocasiones ha consignado el precio; en una de ellas no fue de recibo, precisamente por anticipado, y la segunda se hizo cuando había transcurrido sólo el tiempo preciso para que el fallo ganara firmeza; ello aparte de que, en el buen deseo de evitar el segundo pleito, los compradores en el acto de conciliación, condicionándolo a un acuerdo sobre el otorgamiento de la escritura definitiva, ofrecieron pagar aquellos gastos, oferta que fue rechazada.

Fallo: No haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, sobre declaración de derechos y otros extremos; condena al recurrente al pago de las costas ocasionadas en el recurso.

CARECEN DEL CARACTER DE AUTENTICOS—A LOS FINES DEL RECURSO—EL RECONOCIMIENTO EFECTUADO EXTRAJUDICIALMENTE Y LOS DOCUMENTOS LIBRADOS CON EL MISMO CARACTER A INSTANCIA DE PARTE INTERESADA Y NO ES LICITO DESARTICULAR LAS PRUEBAS PRACTICADAS Y BASARSE EN EL RESULTADO AISLADO DE ALGUNO DE LOS ELEMENTOS OBRANTES EN EL JUICIO. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1971.)

Hechos.—Se demanda por doña Joaquina S. P., en propio nombre y en el de sus hijos sometidos a su patria potestad, contra la «F. E. C. S. A.»,

en reclamación de daños por el fallecimiento de su esposo «a causa de intoxicación por emanaciones de gas del alumbrado», ocasionado por descuido o negligencia de la Compañía suministradora. Esta actitud negligente entra de lleno en la responsabilidad de indemnización de daños y perjuicios que previene el artículo 1.902 y siguientes del Código Civil.

La demandada arguye que del conjunto de todas las actuaciones sumariales y averiguaciones particulares no puede apreciarse la más mínima responsabilidad ni en la instalación ni por negligencia de sus empleados, llegándose a la conclusión «de que el óxido de carbono que causó la muerte del señor B. no procedía de fugas de instalación ni de gas del alumbrado».

La sentencia estimó la demanda y condenó al pago de la indemnización solicitada.

La Sala confirmó la sentencia apelada, reduciendo la cuantía de la indemnización y sin expresa imposición de costas.

Considerando que el reconocimiento, inspección y comprobación de la tubería de conducción de gas ciudad, practicada por técnicos de la Delegación Provincial de Industria y del Ayuntamiento, conjuntamente con los de la Empresa suministradora, y los documentos expedidos por la propia Delegación de Industria carecen del carácter de auténticos a los fines del recurso, pues no lo es el primero, efectuado extrajudicialmente, ni los documentos librados con el mismo carácter a instancia del interesado, según declara la doctrina de esta Sala, ya que han sido apreciados por el Tribunal sentenciador; en segundo término, porque el recurrente, interpretando los mismos, a fin de destacar aquellos extremos que entiende favorecen su tesis, olvida los que conducen a la opuesta conclusión, de acuerdo a la reiterada doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en sentencias de 17 de mayo de 1940 y 27 de abril de 1942, y, finalmente, porque el juzgador ha apreciado, para sentar los hechos, distintos medios probatorios, entre ellos la declaración de testigos, sin que sea lícito desarticular las pruebas practicadas y basarse en el resultado aislado de alguno de los elementos obrantes en el juicio (sentencias de 20 de marzo de 1953 y 9 de febrero de 1954), razones que conducen a la desestimación del motivo que se examina.

Considerando que al ejercitarse en el pleito una acción sobre reclamación de daños, amparada en el artículo 1.902 del Código Civil, es el mismo el adecuado para decidir, estimatoria o desestimatoriamente, la misma, por lo que no cabe la existencia de la infracción que respecto al mismo se alega, en cuanto al artículo 1.253 del mismo texto legal, que el Tribunal no basa sus afirmaciones en prueba de presunciones, sino que llega a la afirmación de los hechos por la apreciación directa de los medios probatorios y, esencialmente, que el recurrente no combate otras afirmaciones fácticas del juzgador que conducen a la estimación de culpa o negligencia, y en segundo lugar, que sólo de manera hipotética razona la sentencia recurrida sobre que pudiera afirmarse que la demanda hubiera cumplido una «diligencia media», mas concluyendo por declarar que ésta no ha agotado toda la diligencia posible y socialmente adecuada, por lo que no sólo se dan los requisitos de la existencia del daño y el hecho del cual éste dimana, sino el de la culpa por parte del demandado, ya que ni aun en el supuesto de no haber sido infringidas disposiciones reglamentarias, exonera de la existencia de responsabilidad, pues si las garantías adoptadas para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelan que algo faltaba en ellas que prevenir y que no se hallaba completa la diligencia, conforme a sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1954, por todo lo cual deben decaer los motivos examinados y su perecimiento conduce a que haya de correr igual suerte adversa el último de éstos, seguido por

el mismo cauce procesal que los anteriores, pues los razonamientos precedentes ponen de manifiesto que no se está en este caso ante un suceso que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, por lo que es notoria la falta de adecuación de dicho precepto legal a los hechos y apreciación jurídica de los mismos, que han quedado anteriormente sentados.

Considerando que por los anteriores fundamentos procede la desestimación del recurso, con las consecuencias que ordena el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la condena en costas; con devolución del depósito constituido, por no ser conformes de toda conformidad las sentencias de instancia.

Fallo: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación de «F. E. C. S. A.» contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona; condenamos a dicha recurrente al pago de las costas, devolviéndose el depósito constituido por no ser conformes de toda conformidad las sentencias de instancia, y librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala que remitió.

INVOCADO EL NUMERO 6.º DEL ARTICULO 533 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, SE OLVIDA DE SEÑALAR CUAL O CUALES DE LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 524 DEL PROPIO CUERPO LEGAL HAN DEJADO DE LLENARSE, COMO EL PRIMERO DE LOS INDICADOS ARTICULOS EXIGE. LOS MISMOS PRECEPTOS CITADOS SON DE ORDEN PURAMENTE PROCESAL Y, POR TANTO, IMPROPIOS DE LA MATERIA DEL RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY. CUALQUIER FALTA DE PRECISION EN LA PERSONA QUE ES SUJETO PASIVO DE LA DEMANDA QUEDA SUBSANADA CON LA INTERVENCION EN LOS AUTOS DEL PROPIO LITIGANTE QUE LA INVOCA, ALEGANDO QUE DEBIO SER A EL MISMO A QUIEN SE DEMANDARA EN LA CALIDAD EN QUE YA LITIGA, DANDOSE, POR TANTO, COMO SUFICIENTEMENTE IDENTIFICADO. SEGUN EL ARTICULO 196 DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, EL NOMBRE COMERCIAL SIRVE PARA DESIGNAR Y DISTINGUIR AL EMPRESARIO, INDIVIDUAL O SOCIAL, DE SUS COMPETIDORES Y, ADEMAS, SEGUN EL ARTICULO 214, PARA SUSCRIBIR LOS DOCUMENTOS DE LAS TRANSACCIONES MERCANTILES QUE AQUELLOS REALICEN PARA LA EXPLOTACION DE SU ACTIVIDAD ECONOMICA Y, EN SU VIRTUD, AUN NO PUDIENDO CONFUNDIRSE CON UNA PERSONA JURIDICA. SI SIRVE PARA IDENTIFICARLA EN SUS OPERACIONES MERCANTILES, HA DE ENTENDERSE IGUALMENTE SUFICIENTE PARA IDENTIFICARLA EN SUS CONSECUENCIAS Y, EFECTIVAMENTE, ASI SE HAN DADO POR IDENTIFICADOS EN EL CASO DE AUTOS LOS PROPIOS RECURRENTES. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1971.)

Hechos.—La Compañía V. de S. y R. S. A. formula demanda contra la Junta de Obras y Servicios del Puerto de..., y la Entidad «Transportes-R.» y los hermanos don S. y don E. R. R., en base de daños ocasionados en la operación de colocación del motor principal del buque «A.». La grúa pertenecía a Junta de Obras del Puerto e intervenía personal de esta Entidad y «Transportes R.» había contratado el servicio de la grúa referenciada.

El traslado del motor siniestrado había sido previamente asegurado

por Astilleros de Construcciones Navales P. F. con la actora, que hubo de indemnizar la cantidad de... por unos daños, «debido a la manifiesta imprudencia e impericia del personal encargado del manejo de la grúa»...

Los hermanos demandados alegaron que la Entidad «Transportes R.» no existe y era sólo un nombre comercial, por lo que hay defecto en el modo de proponer la demanda. Además, falta acción, porque en el contrato de transporte quien puede ejercitar la reclamación es el consignatario de la mercancía y no el remitente, y en este caso lo era el armador o propietario del buque. También faltaba la previa actuación ante la Junta de Detasas competente y tampoco se había formalizado—en tiempo y forma—la correspondiente reserva de protesta o—en todo caso—estaría prescrita.

En cuanto al fondo, se dio cabal cumplimiento al contrato de transporte en debida forma y sin culpa o negligencia de clase alguna, como justificaban por los informes técnicos que acompañaban.

Por la Junta de Obras se calificaron de pequeños daños—los ocasionados por la caída—y la operación se realizó única y exclusivamente bajo la dirección de «Transportes R.». Alegando como causas de exoneración de responsabilidad la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 23 de diciembre de 1966, en sus reglas 6.ª, 7.ª, 8.ª y concordantes.

Primera Instancia.—Condena a «Transportes R.» a pagar la indemnización y absuelve a la Junta de Obras y Servicios del Puerto. Sin especial imposición de costas.

Apelación.—Revocó en parte y condenó solidariamente a las entidades demandadas. Sin especial imposición de costas.

Considerando que se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida por no contener el fallo declaración alguna sobre las excepciones oportunamente deducidas en el pleito, motivo cuya improcedencia reconoce el mismo recurrente al admitir, según sus propios términos, que «al acoger la demanda la sentencia ha venido a rechazar implícitamente estas excepciones», y si bien añade, a manera de condicionante de tal conclusión, que debería haberse razonado la inadmisión en los considerandos, lo que no ha hecho la sentencia recurrida más que con respecto a la prescripción y no a las restantes relativas a defecto legal en el modo de proponer la demanda, esas mismas excepciones a las que no se accedió y, concretamente, la de supuesto defecto legal en el modo de proponer la demanda es objeto de este mismo recurso para combatir la propia sentencia, lo que demuestra que no existe tal incongruencia y la intrascendencia jurídica del motivo que se rechaza.

Considerando que se agrupa la infracción por violación de dos artículos del Código de Comercio, el 366, sobre reclamación por parte del consignatario al porteador de los daños o averías sufridas por mercaderías embaladas, supuesto que no tiene relación con el de autos, y del artículo 952, 2.ª, del mismo Código, sobre prescripción de la acción para reclamar este tipo de daños; la interpretación errónea del artículo 437 del propio cuerpo legal sobre subrogación de los aseguradores, la aplicación indebida del artículo 1.202 del Código Civil y, finalmente, la violación de la doctrina legal contenida en las sentencias que cita, mezclando, como se ve, una serie de problemas diversos entre sí, que requieren estudio y resolución separados, faltando abiertamente a lo dispuesto en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que constituye una causa de inadmisión prevista en el número 4.º del artículo 1.729 de la misma Ley, que se convierte en este trámite en causa de desestimación, a la que habría de llegarse en todo caso porque la acción ejercitada, si quiera se dirigiese contra los porteadores, no se refiere al contrato de transporte, sino a la imprevisión e impericia o descuido con que se

realizó la operación de colocar el motor siniestrado en el lugar de su emplazamiento, que se realizó no sólo por el porteador o sus dependientes, sino también por técnicos de la otra parte demandada, sin que el problema de la legitimación activa de la demandante, por subrogación, haya sido planteada ni discutida.

Considerando que se plantea el problema de la prescripción partiendo ya de las acciones derivadas del artículo 1.902 del Código Civil y acusa la violación del número 2.º del artículo 1.968, según el cual las mencionadas acciones prescriben por el transcurso de un año, sin tener en cuenta que el plazo de prescripción de las acciones es lógico que no puede empezar a contarse mientras el posible ejercicio de aquéllas no quede expedito, conforme aclara el artículo 1.969, y la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, según dispone el artículo 1.974, todos ellos del Código Civil, y en el presente caso, en que se postula una condena solidaria de los demandados, el hecho de que respecto de uno de ellos requiera agotar previamente la vía gubernativa condicionaba el ejercicio de la acción que les era común, so pena de dividir la contienda de la causa, por cuya razón tampoco puede estimarse este motivo.

Considerando que se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil por una equivocada interpretación de la sentencia recurrida, pero la imprevisión, que fue causa de la avería y del daño, está claramente imputada a las dos partes demandadas y lo único que declara—la sentencia—imposible de discernir no es la culpa cualitativa, sino cuantitativamente, razón en la que se funda la declaración de responsabilidad solidaria.

Fallo: No admite el recurso de casación por infracción de Ley y condena a los recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el recurso.

E. I. M.

3.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

POR RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

SOCIEDADES ANONIMAS

Impugnación de acuerdos sociales por la vía del artículo 70 de la Ley. El procedimiento especial del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas no es el hábil para decidir cuestiones de interpretación testamentaria, conectadas a la posible titularidad preventiva de los nudo propietarios de unas acciones designados *sub condicione*, sino, en su caso, el correspondiente juicio declarativo ordinario, en el que, como proclamó la sentencia de 20 de noviembre de 1967, dilucidado aquel problema civil, su resolución podrá repercutir en el resultado del juicio especial aludido o hacerse valer lo resuelto en aquél frente a la sociedad (sentencia de 27 de junio de 1969).

Nulidad de acuerdos sociales.—Se produce cuando se omite la publicación de la convocatoria de la Junta general de la Sociedad en el *Boletín Oficial del Estado* y en un diario de los de mayor circulación de la provincia, cual preceptúan los artículos 53 de la Ley de Sociedades Anónimas y 15 de los Estatutos sociales; nulidad que tiene su cauce adecuado en el artículo 70 de la referida Ley (sentencia de 20 de enero de 1971).

R. G. S. F.

4.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD Y LAS ORDENACIONES URBANISTICAS SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1972

I. ANTECEDENTES

1. El propietario de la planta baja de un edificio situado en una zona calificada urbanísticamente de «ciudad jardín semiintensiva» solicita del Ayuntamiento de V. licencia para instalar un autoservicio de comestibles.

2. Con el informe favorable del Arquitecto Municipal, la Comisión Municipal permanente concede la licencia solicitada.

3. Doña M. Ll., promotora de la urbanización en que se encuentra situado el edificio, interpone recurso contra el acuerdo de concesión de la licencia, por entender que en la zona de «ciudad jardín semiintensiva» no podían instalarse establecimientos comerciales.

4. Después de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo denegatorio del recurso de reposición, en el que se dictó sentencia anulando las actuaciones. Subsanado el vicio del procedimiento, se reitera por el Ayuntamiento el acuerdo denegatorio del recurso y confirmatorio de la licencia otorgada.

5. Doña M. Ll. interpone recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia de Barcelona, que el 3 de abril de 1968 dicta sentencia, que estima el recurso y anula la licencia.

6. El Ayuntamiento de V. interpone recurso de apelación, que se resuelve por sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1972.

II. DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia comentada de 25 de mayo de 1972, de que fue ponente José María Cordero Torres, en los considerandos tercero y cuarto sienta la siguiente doctrina:

Considerando que la competencia y la actividad municipales en la materia se desenvuelven dentro de dos órdenes jurídicos, general y espe-

cial, que no se excluyen, pero el primero de los cuales no supone automáticamente la concurrencia del otro; que cuando se aplica precisamente por su singularidad legal, da a sus normas y condiciones específicas preeminencia sobre las condiciones generales, en otro caso observables en la mentada actividad municipal, y así, en términos generales, los Ayuntamientos actúan mediante las potestades y pautas de los artículos 101 de la Ley de Régimen Local y 1, 2, 3 y 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, preceptos que admiten el criterio de fomentar el abastecimiento de vecindario, otorgando licencias para la instalación y apertura de establecimientos comerciales de venta pública, bajo el principio más favorable a la libertad de los solicitantes de las mismas, como administrador; pero cuando existe un plan parcial de urbanización, en el que la superficie incluida dividida en zonas tiene asignados específicos y privativos fines a cada una de dichas zonas, la instalación y apertura de aquellos establecimientos queda subordinada a la previa conformidad de su emplazamiento con el destino de la zona en la que se proponen instalarse (arts. 10, 11, 45 y 46 de la Ley del Suelo).

Considerando que en el caso de autos la licencia de establecimiento mercantil «supermercado», otorgada por los actos que revocó la sentencia apelada, correspondía a edificio o local no emplazado en la específica zona comercial, sino en la de «ciudad jardín semiintensiva», regulada en unas ordenanzas que prohíben concretamente la instalación de almacenes industriales o comerciales, sin que la posible excepción permitida al Ayuntamiento para salas de reunión, cafés, restaurantes «o similares» llegue a derogar la precedente prohibición, porque la interpretación de la Ordenanza, que se califica de analógica por la Corporación apelante, resulta claramente contraria a la tercera de las condiciones vigentes en dicha zona; que de reputarse opuesta al interés público habría de ser objeto de modificación, sólo acordable mediante los requisitos establecidos en las dos leyes básicas en la materia—la de Régimen Local con sus Reglamentos y la del Suelo—siguiendo los previos requisitos y garantías y, en su caso, con las compensaciones que correspondieren.

III. CRÍTICA

1. *El principio de libertad como principio general del Ordenamiento jurídico*

El tercer considerando de esta sentencia, reiterando una importante doctrina jurisprudencial, consagra el principio de libertad. Los Ayuntamientos deben ejercer las potestades sobre el otorgamiento de licencias «bajo el principio más favorable a la libertad de los solicitantes de las mismas».

Como tal principio general, supone la ineludible necesidad de orientar la labor interpretativa y servir de fuente directa en caso de insuficiencia de la Ley (1).

Precisamente una faceta o manifestación del mismo es el principio de subsidiariedad, recogido también en expresivas sentencias. Así, por ejemplo, una sentencia de 29 de marzo de 1965 proclama que «un acuerdo municipal viola el llamado principio de proporcionalidad que ha de presidir la actividad de policía (o intervencionismo, según la terminología del aludido Reglamento de Servicios), consagrado en el apartado 2 del expresado artículo 6 del texto reglamentario comentado, cuando el

(1) Me remito a mi trabajo *El método en el Derecho administrativo*, "Revista de Administración pública", núm. 22, en especial págs. 44-56.

Ayuntamiento puede optar por el empleo de una medida policial menos restrictiva para la libertad e interés del administrado». Y otra, de 8 de mayo de 1965, afirma que el artículo 101 de la Ley de Régimen Local y los artículos 1 y siguientes del Reglamento de Servicios autorizan a las Corporaciones locales «a intervenir la actividad de los administrados cuando existiere perturbación grave de la tranquilidad, seguridad o salubridad ciudadanas ..., si bien las limitaciones han de ser congruentes con los motivos y fines que justifiquen la medida, y ésta, lo menos restrictiva posible de la libertad individual» (2).

Es cierto que estos elementales principios suelen frecuentemente olvidarse (3). De aquí que siempre sea elogiable esta consagración—y reiteración—al interpretar cualquier norma del Ordenamiento. La sentencia de 25 de mayo de 1972, al recordarlo una vez más, es digna de los mayores elogios.

2. La planificación urbana

El plan de ordenación urbana, como toda disposición planificadora, supone una drástica limitación de la libertad. Los planes—de los más diversos tipos—han constituido últimamente la más grave amenaza de la libertad (4).

Desde el momento que, como consecuencia de un plan, un sector individual resulta ordenado, en ese concreto sector queda limitada la libertad individual de tal modo, que sólo puede ejercerse en tanto en cuanto se adecue al plan.

Los planes urbanísticos afectan fundamentalmente a la propiedad inmobiliaria. El ejercicio de las facultades dominicales debe acomodarse a las previsiones de los planes, que son obligatorios y ejecutivos.

La sentencia comentada, en su tercer considerando, destaca estas incidencias del plan de urbanismo sobre el ejercicio de las facultades dominicales. Desde el momento mismo que el plan existe, la facultad respecto del suelo ordenado ha de supeditarse a lo que en el plan se disponga.

El artículo 47 de la Ley del Suelo es terminante. En aplicación del mismo ha recaído también reiterada doctrina jurisprudencial. El uso de los terrenos deberá ajustarse estrictamente al plan vigente. El plan despliega su eficacia desde su entrada en vigor hasta el momento de su derogación o modificación. El uso de los predios ha de estar «de acuerdo con los planes de ordenación y ordenanzas vigentes y no subordinadas a planes futuros, porque sólo cuando el plan está aprobado obliga a la Administración y particulares, pero no cuando es un mero propósito en curso de aprobación, como se infiere de los artículos 45 y 47 de la Ley del Suelo, y artículo 1, párrafo 3, del Reglamento de Servicios» (sentencia de 29 de octubre de 1965) (5).

3. Interpretación de la Ordenanza

Si el principio de libertad debe ser rector de la actividad interpretativa, de tal modo que ante un precepto legal dudoso se opte por la solución más favorable a la libertad, es incuestionable que tampoco puede olvidarse otro principio no menos elemental: el de igualdad.

(2) GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, pág. 127.

(3) Me remito a mis trabajos *El administrado*, Madrid, 1966, págs. 54-60, y *Administración pública y libertad*, México, 1971, págs. 32-35.

(4) *Administración pública y libertad*, cit., en especial págs. 53-57.

(5) GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., pág. 297

Y la igualdad ante la norma sólo es posible si en la interpretación de todos y cada uno de los preceptos que integran el Ordenamiento jurídico se respeta fielmente su sentido y finalidad.

En definitiva, el cuarto considerando de la sentencia comentada trata de hacer realidad este principio, al evitar una interpretación de la Ordenanza que, al suponer una auténtica derogación del mismo, colocaría al que solicita la licencia en situación de manifiesta desigualdad: si la Ordenanza permite una excepción para «salas de reunión, restaurantes o similares», no es lícito extender estos conceptos para incluir a un «autoservicio», que es algo distinto.

También en este aspecto la sentencia es digna de los mayores elogios, en cuanto no admite para justificar una interpretación que supone una derogación, la invocación del «interés público»: si el interés público de la zona exigiera una ordenación distinta, que se derogue o modifique la vigente, a través del procedimiento legalmente establecido; pero en tanto esté en vigor una ordenación debe respetarse.

4. *Licencia contra plan*

Las Ordenanzas del plan reglamentan el ejercicio de la potestad municipal sobre otorgamiento de las licencias.

Por tanto, desde el momento que se verifica que la licencia otorgada infringe el plan, la consecuencia no puede ser otra que su anulación. También en este aspecto la jurisprudencia es reiterada (6). La sentencia de 7 de marzo de 1967 dice que «la falta de adecuación de la licencia con la normativa urbanística congruente no puede salvarse con la mera invocación de la facultad de autorizar edificaciones que excedan en altura y número de plantas de las generalmente permitidas, pues, como se sostiene en la sentencia de 20 de enero de 1965, el ejercicio de tal facultad no es puramente discrecional».

J. G. P.

(6) *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., pág. 897

LIBROS

BROSETA PONT, MANUEL: *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, 1971, 708 págs.

El catedrático de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de Valencia condensa en poco más de 700 páginas todo el Derecho Mercantil. Tarea en verdad ardua y dificultosa, pero que cumple sobradamente su objeto: «Exponer para los alumnos de forma sucinta y clara las líneas generales de la función, concepto y régimen jurídico de las instituciones mercantiles...»; no obstante la preconización de estos límites didácticos, el libro, al partir de un nuevo planteamiento del Derecho Mercantil (realidad socioeconómica de las relaciones juridicocomerciales) y al contener nuevas y ricas sugerencias a problemas clásicos, lo hace verdadero y necesario en la consulta del estudioso. La edición, muy cuidada, recoge la última legislación sobre la materia, un elenco jurisprudencial suficiente para una primera toma de contacto con esta rama del Derecho y, quizá en exceso, un continuo contraste entre la posición dogmática del autor y el derecho positivo.

Formalmente, la obra se divide en siete partes, aunque sustancialmente sean cinco: Introducción al Derecho Mercantil (Fundamento, concepto y fuentes), Elementos esenciales del Derecho Mercantil (El empresario mercantil—individual y judicial—y su estatuto jurídico, la empresa, derecho de la competencia, instituciones auxiliares), Instituciones mercantiles para la realización de actividades económicas (contratos mercantiles y títulos valores), Instituciones mercantiles para remediar la insolvencia patrimonial del empresario (Derecho concursal mercantil) y Derecho de la navegación marítima.

Analicemos por separado cada una de estas partes:

Introducción al Derecho Mercantil.—Motivos pedagógicos imponen que la plenaria comprensión de esta rúbrica no se consiga hasta la página 313, ubicada en la parte tercera. «La concepción eminentemente contractuista del Derecho Mercantil no es la actualmente presente en la doctrina y en las modernas legislaciones europeas, en las que predomina una concepción de la disciplina a la que podemos calificar de institucionalista... El cambio de signo, de orden cuantitativo y cualitativo, se el que comprende pensando que el aspecto predominante del Derecho Mercantil moderno se centra en los sujetos (empresarios mercantiles y especialmente en las sociedades de base y estructura capitalista) que explotan una actividad económica en el régimen jurídico del mercado, en el que confluyen unos y otros (Derecho de la competencia), y en las instituciones, que auxilian y hacen posible la competencia. La aparición del intervencionismo estatal (normativo y productor) refuerza también el aspecto institucional de la nueva concepción...», ya que según una atenta observación de la realidad económica reglamentada por nuestro Derecho, éste puede definirse como «el ordenamiento privado propio de los empresarios y su estatuto, así como de la actividad externa que éstos realicen

por medio de una empresa». Son tres, pues, los ingredientes que confluyen y se aúnan para conceder el rasgo de especialidad al Derecho Mercantil: el empresario mercantil («persona física o jurídica que en nombre propio y por sí o por medio de otro ejercita organizada y profesionalmente una actividad económica dirigida a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado»), la empresa («organización de capital y trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o servicios para el mercado») y la actividad económica del empresario realizada por medio de una empresa. En rigor, el Derecho Mercantil tiene su basilar en el sistema subjetivo de los actos de comercio, pero como nuestro Código de Comercio (todo lo viejo o decimonónico que se quiera, pero, al fin y al cabo, Derecho vigente) sigue el sistema objetivo (art. 2.º del citado Código) hubiera sido muy descabale una profunda crítica de tal opción (los argumentos utilizados son los ya divulgados por GARRIGUES y el de la «generalización» de estos actos, que ya no son especiales), así como la determinación de los criterios para determinar la objetividad, tarea difícil, pero necesaria, a tenor de nuestro Derecho positivo. Dentro de este punto no hubiera estado de más citar a la digna doctrina científica (LANGLE, RUBIO, etc.) que defiende el «sistema objetivo».

La «institucionalización» de que nos habla BROSETA podía hacer pensar en la fuerza del instituto jurídico de Savigny, Fortosll o Laren. No es así, el catedrático de Valencia creemos que continúa moviéndose en la dirección metodológica de la Jurisprudencia de intereses del profesor de Tübinga, FELIPE HECK, aunque en su nueva versión de «jurisprudencia de valoración o de valores» (MÜLLER-ERZBACH).

Como puntos concretos a señalar, previa observación de que toda selección es arbitraria, resaltan la posición del autor en orden al valor de Derecho objetivo de las condiciones generales de la contratación (se mantiene una posición intermedia entre los que las incluyen dentro del Derecho objetivo—GARRIGUES—o le conceden un valor estrictamente contractual—CASTRO—); *de facto*, estas condiciones generales funcionan como si fueran verdaderos usos de comercio, pero *de iure* no lo son. El consentimiento *uxoris*, exigido por el artículo 1.413 del Código Civil, es, según nuestro autor, aplicable a la actuación del comerciante. No lo creemos así: para suplir un Derecho especial es necesaria la existencia de una laguna propia, no basta con una laguna impropia. Admitir esta interpretación literal nos llevaría al absurdo de imponer la autorización marital a todos los actos que el comerciante dedicado a la venta de inmuebles realizase. También se daría el contrasentido de exigir una intervención de la mujer en la actuación negocial del marido sin que éste tercie en la vida comercial de su cónyuge. Incluso desde una perspectiva exclusivamente registral, basta acreditar la condición de comerciante del marido (certificación del Registro Mercantil) para que el Registrador inscriba la transmisión inmobiliaria sin necesidad de ningún otro requisito complementario de capacidad.

Elementos esenciales del Derecho Mercantil.—Se parte del concepto ya conocido del empresario mercantil, recalcando su diferencia con el empresario civil (pequeñas empresas, empresarios civiles por la naturaleza civil y no mercantil de la actividad económica que realicen, empresas públicas) excluido del ámbito del Derecho mercantil. Se sigue la doctrina tradicional sobre el comerciante (empresario, en terminología de nuestro autor) individual. No obstante, queda sin cerrarse el interrogante relativo a los efectos de los negocios realizados por un prohibido o incompatible (acto válido con una pena al infractor, según GARRIGUES o acto totalmente nulo, según CASTRO). La capacidad mercantil de la

mujer casada está muy bien sintetizada. Es progresiva la interpretación de la Ley de 22 de julio de 1961, en orden a la revaluación de la autorización marital para ejercer el comercio. La empresa es definida según el concepto económico de WIELAND, si bien en el plano jurídico no es posible su acatamiento en una exclusiva rama del Derecho, sino, muy al contrario, como punto de incidencia al Derecho Mercantil, Laboral, Administrativo, etc. La farragosa y ya cansada discusión sobre la naturaleza jurídica de la empresa se resume en breves líneas, concluyendo con la tesis de que «la empresa es una simple unidad funcional a la que las partes e incluso el ordenamiento jurídico en ocasiones consideran como si fuera una unidad, especialmente cuando sobre ella se estipulan negocios jurídicos». Los negocios jurídicos sobre la empresa estudiados son la compraventa, arrendamiento, usufructo e hipoteca mobiliaria (claro es, reducido este derecho de garantía a alguno de los elementos de la empresa). Como colofón a la teoría de la empresa, el autor expone esquemática y brillantemente el Derecho de la competencia (competencia ilícita, competencia desleal, usurpación de derechos de propiedad industrial, teoría general de los signos distintivos, las patentes de invención y los modelos de utilidad y los modelos y dibujos industriales). Sin embargo, entendemos que la ley contra las restricciones de competencia de 20 de julio de 1963 merece un espacio más dilatado que media página. Inmediatamente después de la empresa se apuntan en el capítulo V las instituciones auxiliares para el ejercicio de las actividades mercantiles en extensión magra, pero profunda. La crítica del Registro Mercantil es muy aguda: falta de inscripción obligatoria para el comerciante individual; ámbito provincial del Registro Mercantil, pese a la extensión nacional de las actividades económicas modernas; régimen jurídico dubitativo entre lo que es propio de un Registro de persona y de situaciones jurídico personales y el Registro Inmobiliario; tanto las empresas mercantiles como los terceros viven en gran medida de espaldas al Registro, cosa que parece conveniente evitar, etc. El comerciante social es tratado con la amplitud proporcional a su importancia en la práctica: un capítulo para las sociedades colectivas y comanditarias, ocho para la anónima, uno para la sociedad de responsabilidad limitada y otro para sociedades mercantiles especiales, precedidos todos ellos por el capítulo VI, sobre teoría general del contrato en sociedad, y concluidos, no sabemos por qué, por el contrato de cuentas en participación (cap. XVIII). Concisamente se abordan dos cuestiones actualísimas en el derecho societario: la forma social y el posible «desvelamiento» de la sociedad. El legislador impone la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil por así exigirlo el interés de los socios («la sociedad es un contrato de duración que crea una complicada red de relaciones, de intereses, derechos y obligaciones entre los socios») y el de los acreedores (al ser la sociedad una unidad de imputación jurídica dotada de una esfera patrimonial propia, los acreedores deben conocer el alcance de su responsabilidad patrimonial, el nombre y las facultades de los acreedores, etc.). Cuando la forma social sirva como medio de abuso de derecho y demás conductas reprobables, la Jurisprudencia y doctrina reaccionen contra ella. El autor, en virtud del carácter escolar de la obra, no hace más que dejar apuntada esta orientación antiabusiva (jurisprudencialmente tímida). Es la sociedad anónima la más ampliamente tratada, todo ello dentro de los más puros moldes clásicos, lo cual no es óbice para que sea estudiada dentro del nivel dogmático adecuado. Así se rastrea la inquietante pregunta de si las acciones nominativas son títulos valores, el pliegue de la organización societaria a los modelos germánicos (PÉREZ ESCOLAR), nuevos tipos de sociedades anónimas, etc.

Instituciones mercantiles para la realización de actividades económicas. Dos cuestiones se agrupan bajo esta rúbrica: la contratación mercantil y los títulos valores. Someramente se analiza, en la teoría general de los contratos mercantiles, la crisis del dogma de la autonomía de la voluntad, ya sea por la injerencia estatal en la economía (contratos forzosos e impuestos, contratos normandos, etc.), ya por la imposición de las grandes empresas (formalismo contractual, contratos de adhesión). La clasificación de los contratos mercantiles se hace atendiendo a su función o finalidad económica: 1. Contrato de colaboración asociativa o simple. 2. Contratos de cambio. 3. De garantía. 4. De cobertura de riesgo. 5. Contrato de concesión de crédito. Magnífica es la exposición de los contratos bancarios; sin embargo, al tratar el descuento nos hubiera resultado esclarecedor que el autor hubiese estudiado el redescuento. El seguro, expuesto en 55 páginas, es un ejemplo de concisión y profundidad. Son siete los capítulos dedicados a los títulos valores. Y así como la letra de cambio (cinco capítulos) está escrita con un gran sentido práctico, echamos de menos un análisis de la totalidad de los títulos valores a la orden (libranza y pagaré) y una rúbrica dedicada a los títulos reales.

La cuarta parte—instituciones mercantiles para remediar la insolvencia patrimonial del empresario—se inicia con una teoría general de la insolvencia (cap. 35) realmente ejemplar, se continúa en la quiebra (tres capítulos) y se termina en la suspensión de pagos. Nuestro tratadista se adscribe a la tesis de OLIVENCIA al interpretar el juego de los artículos 878 del Código de Comercio y 34 de la Ley Hipotecaria. Al comentar las Sentencias de 17 de marzo de 1958 y 31 de mayo de 1960, nos dice: «Pero es que... la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado que son nulos los actos de dominio anterior a la declaración de quiebra si fueron realizados dentro de su período de retroacción, nulidad que afecta a quienes adquirieron fiando en el Registro, en el que no constaba la quiebra aún declarada... (y todo ello) como efecto de un rigor quizá excesivo en la exégesis y aplicación. (del art. 878 del Código de Comercio).»

La quinta parte está dedicada al Derecho Marítimo. La exposición es clara y con gran fuerza pragmática. Se han sustituido temas tópicos —préstamo a la gruesa—por cuestiones actualísimas—contrato de *Time-Charter*, hallazgos marítimos, etc.—. Sólo observamos la falta de un capítulo dedicado al Derecho Aeronáutico.

En fin, y como conclusión: estamos frente a un interesante texto sobre Derecho Mercantil, que desborda su primigenia finalidad didáctica. El enfoque socioeconómico de las instituciones jurídicas, así como la conocida agudeza y preparación mercantilista del autor, prestan al libro una importante y rigurosa dimensión práctica.

F. MESA MARTÍN

DÍAZ GARCÍA, ELÍAS: *Sociología y Filosofía del Derecho*. Taurus Ediciones, S. A. Madrid, 1971.

Los estudios sobre la noción de Ciencia del Derecho, Sociología Jurídica y Filosofía del Derecho se enriquecen con la importante obra de ELÍAS DÍAZ GARCÍA, profesor de Filosofía de Derecho de la Universidad de Madrid. «Este es un libro—escribe su autor—surgido en la Universidad española de los años sesenta; escrito, por tanto, desde esa situación social concreta. Es un libro que debe mucho a las preguntas, observaciones, juicios críticos y correcciones hechas por los estudiantes de mis cursos

y por los profesores compañeros en la Universidad de Madrid, preferentemente.»

Estudia el autor el Derecho como sistema normativo, el control social y el Derecho, distingue el Derecho de la Ética, las reglas de trato social y los usos sociales.

«En cuanto sistema normativo, el Derecho se manifiesta como sistema de seguridad: control social para la implantación y realización de un determinado modelo de organización social.»

El Derecho, al instaurar un determinado orden, cumple una primaria función de información; con el Derecho sabe uno a qué atenerse, qué se puede y qué no se puede hacer legal e impunemente. La mera existencia del Derecho produce seguridad.

Pero no basta esta noción de seguridad—ausencia de incerteza—: es preciso referirse a la noción de la seguridad como conciencia de que están suficientemente protegidas las cosas, los bienes, las exigencias consideradas por el hombre, no sólo como esenciales y fundamentales, sino como importantes o simplemente como útiles.

La seguridad jurídica alude a la seguridad que se considera justamente exigible en un determinado momento histórico.

La seguridad jurídica alude así a un contenido valorativo, a un contenido de justicia expresado en términos de derechos y libertades, que la conciencia humana e histórica considera han de estar suficientemente protegidos (legitimidad). Tales derechos y libertades son los que constituyen un Estado de Derecho.

La referencia a la justicia aparece inevitable al hablar del Derecho. Aun sin agotarse tampoco en ella, podría decirse que la justicia se halla del lado de la voluntad general (sin entificación mística, por supuesto, de esta expresión rousseauniana); desde luego, más, por supuesto, que del lado de la voluntad del individuo o del grupo minoritario que, por ser la más fuerte en un cierto momento, haya logrado imponerse y hacerse obedecer en una sociedad. Pero cabe también que la justicia no coincida necesariamente con la voluntad de la mayoría, y ello aunque tenga que considerarse dicha voluntad mayoritaria como el criterio político básico y decisivo (criterio democrático). Una posible crítica a la voluntad de las mayorías debe quedar siempre abierta.

El Derecho aparece de forma primaria como sistema normativo, como conjunto de normas válidas dotadas de una coacción organizada e institucionalizada. La Ciencia del Derecho trabaja en esta perspectiva normativa. Para el jurista, el dato y elemento base son las normas.

Pero las normas son realidades humanas, productos sociales que existen para ser aplicados en una determinada sociedad con resultados y consecuencias de carácter real. Es a la Sociología del Derecho a quien corresponde tratar de manera más rigurosa y sistemática el problema del Derecho como hecho social, el problema de las interconexiones entre el Derecho y la Sociedad.

Junto a ello, el Derecho aparece como intento de realización de una cierta idea de justicia, de un cierto sistema de valores. Toda legalidad es encarnación de una legitimidad. Es a la Filosofía del Derecho a quien corresponde el análisis crítico de los sistemas de legitimidad, tanto de los incorporados a una legislación positiva como de los aceptados y vividos como tales en una colectividad determinada.

En suma: la Ciencia del Derecho tiene como zona central de trabajo el Derecho válido. Debe describir el sistema de legitimidad incorporado en un sistema de legalidad (legitimidad legalizada).

La Sociología del Derecho tiene como centro de trabajo el Derecho eficaz: investigación sobre la eficacia del Derecho y constatación del sistema de legitimidad aceptado por una colectividad (legitimidad eficaz).

La Filosofía del Derecho tiene como zona central de trabajo el Derecho legítimo. Crítica del Derecho válido y del Derecho eficaz, desde el tercero y más radical nivel de la legitimidad (legitimidad justa).

Examina, en primer lugar, la Ciencia del Derecho. Al jurista, como científico del Derecho, lo que le interesa de modo predominante son las normas jurídicas positivas, en tanto en cuanto son normas válidas formalmente vigentes.

El trabajo del jurista se desenvuelve en tres planos: a) localización de las normas válidas utilizables para un caso concreto; b) interpretación de las normas, conexión de las normas para la construcción de instituciones y conceptos jurídicos fundamentales y sistematización de unas y otras—normas e instituciones—en un todo coherente de carácter general; c) aplicación de las normas para la resolución de casos concretos de la vida real y para la implantación de un cierto sistema de valores en una determinada sociedad.

Para el jurista, la norma es un dogma: debe tener ante ella un profundo respeto. Su trabajo sobre el Derecho positivo viene conocido con el rótulo de Dogmática jurídica, primer sector básico de la Ciencia del Derecho y función primordial que dentro de un ordenamiento jurídico corresponde desarrollar a los científicos del Derecho o juristas.

La Ciencia del Derecho se propone, además de su cometido dogmático, a través de un adecuado procedimiento de inducción, la progresiva formación de un *corpus* de conceptos, elementos y estructuras comunes, tanto a los diferentes sectores existentes en un ordenamiento jurídico (Derecho Público y Derecho Privado) como a los desiguales sistemas normativos correspondientes a distintos ámbitos geográficos y culturales (Derecho anglosajón, continental europeo, etc.). El resultado de este trabajo comparativo será la construcción de una Teoría General del Derecho, que se constituirá así como nivel más elevado de la Ciencia jurídica.

No es fácil de momento llegar a la síntesis de la Teoría General del Derecho: el método de inducción y análisis comparativo será, parece, el más adecuado para llegar a tal síntesis, constituyendo el Derecho Comparado el eslabón intermedio, en la Ciencia jurídica, entre la Dogmática de cada ordenamiento y la Teoría General del Derecho.

El Derecho comparado, además de esa función de enlace, al comparar normas e instituciones de distintos ordenamientos jurídicos, procura la mejora y el perfeccionamiento de las respectivas legislaciones en confrontación y tiende a una unificación progresiva de las diferentes legislaciones.

Sin embargo, fuera de aspectos muy concretos y limitados de lo jurídico, en materias nuevas, donde resultan evidentes las grandes ventajas de la legislación uniforme (Derecho espacial, regulador de la energía atómica o de la televisión), es poco factible tal unificación.

Pero aun en las ramas más viejas y consolidadas del Derecho, se insiste en la tarea que corresponde al Derecho comparado como instrumento de coexistencia pacífica a nivel internacional.

Examina el autor las diversas concepciones modernas de la lógica aplicada al Derecho (lógica jurídica y lógica formal) y concluye que la crítica a la lógica denota el rechazo de un cierto tipo de esquemática especulación silogística-deductiva, cuyo modelo, en metodología jurídica, vendría representado por las formas más rígidas de la llamada teoría de la subsunción, pero no lleva consigo la idea de una oposición a la objetividad y a la coherencia misma de los análisis científicos.

Después de examinar los métodos fenomenológico, semiótico, inductivo y deductivo, y de dejar anotada la importancia que para la Historia y la Sociología del Derecho puede tener el método estructuralista, afirma que a lo largo de toda la Historia del Derecho y del pensamiento jurídico

cabría diferenciar dos tipos fundamentales de aproximación metodológica al tema de la investigación-interpretación y aplicación-realización del Derecho: uno, en el que predomina el análisis interno de la norma, investigación preferentemente lógico-formal, buscando deducir desde esta norma de carácter general la conclusión aplicable al caso concreto; otro, en el que predomina una perspectiva exterior a la norma: aquella de los intereses, fines o valores a cuyo cumplimiento se orienta un determinado sistema jurídico.

Del hilo de esa intuición fundamental expone las diversas corrientes metodológicas del pasado: escuela de la exégesis francesa, escuela histórica alemana; jurisprudencia conceptualista (*Begriffsjurisprudenz*); formalismo en la ciencia del Derecho público alemán; jurisprudencia de intereses de IHERING; sociologismo jurídico de GENY, realismo y judicialismo del pensamiento jurídico anglosajón, y la escuela del Derecho libre.

No pueden considerarse como inútiles y estériles los diversos argumentos dados por una y otra de las dos principales partes de esa continuada polémica de métodos. Su utilidad se muestra, al menos, en una cada vez más difundida conciencia actual, que se orienta decididamente hacia la superación de los monismos metodológicos extremos y hacia la afirmación de un necesario pluralismo metodológico.

La posibilidad de coordinar las exigencias de la Ciencia jurídica con las de la Sociología y la Filosofía del Derecho constituirá la base para ese pluralismo metodológico propio de nuestro tiempo.

Hay que superar tanto la *Begriffsjurisprudenz* y la *Interessenjurisprudenz*, en una *Justizjurisprudenz*. En la aplicación-realización del Derecho se trata, a decir de VLACHOS, de escapar a la doble amenaza del conformismo amoral y de la arbitrariedad subjetiva.

La función más auténtica y radical que corresponde a la Ciencia jurídica y a los juristas se cifra—como ha escrito RUIZ GIMÉNEZ—en «empujar el avance de la legalidad hacia la justicia».

Examina la Historia de la Sociología jurídica, exponiendo los precedentes remotos de la misma (ARISTÓTELES, MONTESQUIEU) y las reflexiones de sociólogos como COMTE, MARX, DURKHEIM y MAX WEBER sobre el Derecho.

El Derecho, para MARX, es una superestructura surgida para mantener a través de la coacción la posición dominante de la burguesía; instrumento, pues, de dominación y de opresión, lo mismo que el Estado, para la defensa de un sistema de propiedad de carácter clasista. El Estado no es sino la forma de organización que los burgueses se dan por necesidad con el fin de garantizar recíprocamente su propiedad y sus intereses.

En la etapa de la dictadura del proletariado, el Derecho subsiste, porque subsiste la desigualdad. Pero en la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el horizonte del Derecho burgués.

En Estados Unidos, Suecia, Polonia, República Federal Alemana, Holanda, Italia, Francia, Hungría, Japón, Yugoslavia, U. R. S. A., se inician en la actualidad los primeros estudios empíricos de carácter estricto sociológico-jurídico.

Reconoce los laudables intentos realizados en nuestra patria para el desenvolvimiento de la Sociología jurídica. En 1953, y siendo ministro de Educación Nacional RUIZ GIMÉNEZ, se intentó incorporar la Sociología jurídica a los planes de estudio de las Facultades de Derecho. Posteriormente hubo un Seminario sobre estructura social y orden jurídico y otro sobre Sociología jurídica en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid (1963 a 1965). También se cursó la disci-

plina de Sociología jurídica en la Escuela de Ciencias Sociales de CEISA, clausurada en 1968.

Las cátedras de Filosofía del Derecho de la Universidad de Madrid son fuente fecunda de estudios y tesis doctorales sobre Sociología jurídica.

Define la Sociología jurídica como la ciencia que descubre, formula y verifica las relaciones de interdependencia entre el Derecho y los demás factores de la vida social, y más precisamente, como la ciencia que explica el modo en que los factores demográficos, religiosos, económicos y políticos influyen sobre los cambios del Derecho y viceversa, el modo en que el Derecho influye sobre el cambio de esos factores (PODGORECKI).

La Sociología jurídica se muestra, pese a la conciencia que tiene de sus propios límites, como una ciencia social de base empírica.

¿En qué medida el Derecho contribuye a resolver los conflictos sociales? ¿O será, inevitablemente, el Derecho la mera institucionalización de la violencia? Una sociología empírico-crítica actual contribuirá a una importante clarificación en este terreno y hará posible la construcción científica de una teoría crítica de la sociedad.

Se trata de posibilitar una comprensión científica de la sociedad y de lograr un control racional y científico del cambio social, habilitando el instrumental necesario, técnico y cultural para una resolución justa y pacífica de los conflictos sociales.

El Derecho puede frenar el cambio, puede detenerlo, canalizarlo o también acelerarlo; el sistema jurídico puede haber previsto cauces e instrumentos más o menos adecuados para la resolución correcta de los conflictos.

Examina las diversas posiciones de los autores acerca del contenido de la Sociología del Derecho (GURVITCH, BOBBIO, RECASÉNS SICHES, LEGAZ LECAMBRA, ROSE, WILLIAM, TREVES).

El tema general de la Sociología jurídica, estudio y análisis de las interrelaciones entre Derecho y Sociedad, debe ser considerado a dos niveles diferentes: uno, la interrelación entre Derecho Positivo (sistema de legalidad) y sociedad; otro, la interrelación entre valores jurídicos (sistema de legitimidad) y sociedad.

La interrelación entre el Derecho Positivo y la sociedad abarca la constatación del Derecho realmente vivido por la sociedad, aun no formalmente vigente, y del Derecho no vivido, aun formalmente vigente; las relaciones entre Ley y costumbre; la determinación de las reglas reales que impulsan la maquinaria judicial en un cierto ordenamiento.

Estudia las fuerzas reales de todo tipo y los factores infra y supraestructurales que determinan el nacimiento, la conservación, la transformación, la destrucción y la posible muerte del Derecho. Se plantean aquí los problemas de la génesis sociológica del Derecho y los factores que lo determinan, así como el tema de las interrelaciones entre cambio social y cambio jurídico. ¿Qué sincronización existe entre cambio social y cambio jurídico: va el Derecho retrasado, a la par o adelantado respecto del cambio social? ¿Cuáles son los factores reales del excesivo retraso del Derecho en ciertas circunstancias?

Examina, asimismo, la influencia del Derecho sobre la realidad social: puede ser utilizado el Derecho como factor de conservación del orden existente, como instrumento de transformación e incluso instrumento de cambio radical en manos de una revolución triunfante.

La interrelación entre valores jurídicos y sociedad no examina los valores como tales (objeto de la Filosofía jurídica), sino como hechos. Hecha esta precisión, constata los valores jurídicos aceptados en una sociedad, sentidos como tales por los diversos grupos o sectores sociales. Esta investigación viene a demostrar cuál es la ideología jurídica o el sistema de legitimidad realmente aceptado por una sociedad y cuál la

legitimidad impuesta—o aceptada—a través de la normatividad jurídico positiva.

Se estudia también el sustrato sociológico de los valores jurídicos —intereses de diverso tipo—, que junto con los factores individuales determinan la creación y vivencia de unos valores jurídicos y el rechazo de otros. Por último, se consideran los efectos de todo género que un sistema de legitimidad o diferentes sistemas de legitimidad pueden producir en una determinada sociedad o en diferentes tipos de sociedad. Tales efectos se podrían situar en una escala que marcara bien una tendencia al inmovilismo que esta implicado en la defensa de ciertos valores, bien las posibilidades que para la transformación social ofrece la implantación de otro tipo de valores.

Aunque la sociología no valora, sino sólo describe, tendrá que tener en cuenta los juicios de valor, llegando así a las fronteras de la Filosofía.

La Sociología jurídica realiza una mediación entre hechos y valores.

Siguiendo en lo esencial a BOBBIO, atribuye un amplio contenido a la Filosofía del Derecho: su objeto sería no sólo una teoría de la justicia o de los valores jurídicos, sino también una teoría del Derecho y de la Ciencia jurídica.

Sin dejar de hacer referencia a las valiosas reflexiones sobre el tema de DEL VECCHIO, RADBRUCH, RECASENS SICHES y LEGAZ Y LECAMBRA sigue el esquema de BOBBIO, que hemos reseñado. Distingue, como partes de la Filosofía jurídica, entre Ontología jurídica, Teoría de la Ciencia jurídica y Axiología jurídica.

La Ontología jurídica estudia el «ser» del Derecho, comprensión totalizadora del sentido del Derecho en el mundo, en la realidad humana y social; concepción trascendental crítica del Derecho válido y del Derecho eficaz.

La Teoría de la Ciencia jurídica es una reflexión sobre la Ciencia del Derecho y sobre la actividad científica propia de los juristas; estudio de la metodología y de los procedimientos lógicos utilizados en la interpretación y aplicación del Derecho: determinación de los elementos y componentes específicos de la Ciencia jurídica, del carácter científico de la Ciencia jurídica y situación de la misma en el panorama general de las Ciencias sociales.

Por último, la Axiología jurídica habla no de qué es el Derecho (Ontología jurídica) ni de cómo es de hecho aquí y ahora (Ciencia jurídica), sino de cómo debe ser; no se refiere al ser, sino al deber ser.

La Axiología jurídica constituye el tema central de la Filosofía del Derecho, la piedra de toque de su legitimidad. Es la valoración crítica del Derecho Positivo, pero deben conexas las valoraciones a las creencias o concepciones de lo que las cosas son (Ontología), reflexionando sobre el carácter mismo de la actividad científica (Teoría de la Ciencia).

La pluralidad de las valoraciones, de los sistemas de valores, derivada de la pluralidad de concepciones del mundo, plantea el tema de la objetividad de la Filosofía jurídica. De todo ello se tratará más adelante.

Históricamente, la reflexión filosófica sobre el Derecho, indisolublemente unida durante largo tiempo a consideraciones de carácter teológico-religioso, surge en relación con la pregunta sobre la obligatoriedad de las normas jurídicas, leyes o costumbres. ¿Por qué hay que obedecer a las leyes?

En Grecia, la Filosofía del Derecho surge en la dialéctica entre *nomos* y *physis*, entre leyes humanas y leyes de la naturaleza o, más propiamente, entre ley y justicia. La ley, se piensa, procede de la convención; la justicia, en cambio, hace referencia a criterios objetivos superiores a la mera convención humana (naturaleza del hombre y naturaleza de las cosas).

Hasta finales del siglo XVIII, la legitimidad de las leyes humanas, su razón de obligar, incluso el concepto mismo del Derecho, se han hecho radicar en la concordancia de aquéllas con una legalidad superior derivada de la propia naturaleza: de la naturaleza de las cosas y, sobre todo, de la naturaleza del hombre. La reflexión filosófica sobre el Derecho ha sido durante todos estos siglos especulación sobre el Derecho Natural, entendido éste como sinónimo de Derecho justo, de justicia, sin más.

Desde finales del siglo XVIII comienza a desaparecer de la literatura jurídica la vieja denominación de Derecho natural, para ser sustituida paulatinamente por el nombre nuevo de Filosofía del Derecho.

Si el Derecho Natural desaparece es porque desaparece también una forma determinada de especulación sobre el Derecho, y la nueva denominación de Filosofía del Derecho expresa el nacimiento de nuevos problemas y de una nueva metodología en la reflexión filosófica del Derecho (GONZÁLEZ VICÉN).

De la unidad de la naturaleza humana racional resulta la unidad del Derecho Natural, como nota fundamental; pero la nota de la unidad se desdobra en las de universalidad en el espacio e inmutabilidad en el tiempo.

La Escolástica medieval añadía otra nota: el Derecho Natural es el único y verdadero Derecho; el Derecho Positivo, sólo es Derecho si concuerda con él.

Por tanto, mientras para la Escolástica el Derecho Natural es el ser del Derecho, para el iusnaturalismo protestante es del deber ser, al estar separada la Ética del Derecho.

Para la Escolástica, la ley humana deriva de la ley natural por vía de conclusión o de determinación; sólo se considera ley en la medida en que concuerda con la ley natural. Ley eterna, ley divino-positiva revelada, ley natural y ley humano-positiva, articuladas jerárquicamente y fundadas todas en la primera, constituyen el esquema central de la concepción iusnaturalista escolástico-medieval.

Dicha concepción, reactualizada desde fines del siglo XIX por la filosofía neoescolástica, con influencia predominante en ella de SANTO TOMÁS y SUÁREZ, es la que ha predominado en España (LUÑO PEÑA, GALÁN y GUTIÉRREZ, CORTS GRAU, AGUSTÍN DE ASÍS, PUY MUÑOZ) recientemente.

El iusnaturalismo protestante tiene un marcado sentido revolucionario. La clase ascendente en los siglos XVII-XVIII, la burguesía, segrega una concepción del mundo—racionalismo—en la que su Derecho es el Derecho Natural, y los derechos humanos de dicha clase son la libertad, la propiedad privada, la igualdad jurídica formal.

Dicha clase ascendente, frente al absolutismo del antiguo régimen, desencadena las revoluciones americanas y francesa, que establecen un nuevo orden burgués-liberal.

En Europa, tras la Revolución francesa, y gracias a ella, el iusnaturalismo racionalista de la burguesía puede encontrar su posibilidad de realización, transformándose así en Derecho Positivo.

Sin embargo, realizado el ideal, desaparece el ideal: el Derecho Natural se transforma en Derecho Positivo. Los derechos naturales dejan de ser exigencias de carácter ético para irse paulatinamente integrando en el Derecho Constitucional moderno.

Entre los siglos XVI a XIX el Derecho se seculariza, se historifica y se positiviza. El Derecho Natural—más Ética que Derecho—sitúa su fundamento no en la ley eterna, sino en la racionalidad misma del hombre: la razón es buena para las relaciones del hombre con el hombre.

MONTESQUIEU y su idea del Derecho, en íntima relación con los factores de hecho y con su nuevo método de conocimiento del mismo (presociologismo), se oponen radicalmente al método deductivo y abstracto de la escuela del Derecho Natural.

En torno a este concepto de Derecho entendido como Derecho concreto, histórico, positivo, resultado de una evolución temporal y de unas determinadas condiciones socioculturales, va a construirse la Filosofía del Derecho.

Por último, el Derecho se reduce al Derecho Positivo y el método de tratamiento del mismo es la metodología deductiva racional, lo que en sí es una contradicción.

La Filosofía del Derecho contemporánea se constituye a través de una doble polémica: frente al iusnaturalismo, medieval y racionalista, afirmándose como reflexión sobre el Derecho histórico, concreto; por otro, también frente al positivismo, afirmándose como reflexión que trasciende los datos empíricos a través de los cuales se expresa el Derecho Positivo.

ARANGUREN legitima la expresión Derecho Natural, porque apunta a una actitud demandante, que mantiene el Derecho abierto a la realidad histórica, cultural, política y social.

Sin embargo—dice ELÍAS DÍAZ—, esta afirmación, válida frente a un positivismo de carácter rigidamente formalista, no lo es tanto frente a una Filosofía del Derecho en la que caben otras soluciones aperturistas, críticas y valorativas, que no se identifican con la solución estrictamente iusnaturalista.

Lo natural—dice BOBBIO—es equívoco y no sirve para fundamentar un acuerdo unánime sobre lo que es justo e injusto. No hay Derecho Natural, porque no hay un sistema de valores naturales e inmutables. Sin embargo, estas críticas no pretenden despojar al Derecho Natural de su función histórica en el pasado ni pretenden suprimir la existencia de valores morales superiores a las leyes positivas.

La estructura proteica de la naturaleza humana toma en manos de cada pensador iusnaturalista la forma que él desea. Todo lo que tiene por justo y deseable lo ha introducido ya de antemano en su concepto de naturaleza del hombre, antes de extraerlo de nuevo para justificar su noción de lo justo «por naturaleza» (WELZEL).

Si el concepto de naturaleza cambia en función de la relación dialéctica entre naturaleza e historia, el concepto de Derecho Natural habrá de acusar el impacto.

Tras exponer la tesis de Kelsen y HART, donde el positivismo cede el paso a soluciones axiológicas, resalta la postura de BOBBIO, cuya Filosofía jurídica, manteniendo no pocos de los presupuestos metodológicos del análisis positivista, admite la posibilidad de una valoración crítica racional (filosófica, no estrictamente científica) sobre el Derecho, la posibilidad de una Axiología jurídica, de una teoría crítica de la justicia.

Supera la polémica iusnaturalismo-positivismo jurídico, entendiendo que todo autor puede ser iusnaturalista desde un determinado punto de vista, y positivista, desde otro. Afirma que frente al positivismo extremista, que sostiene que el Derecho tiene un valor final, el positivismo ético afirma que tiene un valor instrumental. Por ello rechaza las teorías extremistas del positivismo (toda ley debe ser obedecida siempre, porque siempre es justa) y del iusnaturalismo (toda ley injusta debe ser desobedecida): las teorías templadas, iusnaturalistas y positivistas llegan a la misma conclusión, que algunas leyes pueden no ser obedecidas por injustas, pero que, en general, hay que obedecer a la ley.

La Filosofía jurídica actual—sostiene ELÍAS DÍAZ—tiende, de una parte, a revalorizar el Derecho Positivo, que puede constituir un decisivo instrumento de transformación social, y a afirmar la suficiente autonomía de la Ciencia jurídica y la Sociología jurídica.

Desde otro punto de vista, tiende a una comprensión totalizadora del fenómeno jurídico, analiza críticamente los presupuestos conceptuales

y metodológicos de la Ciencia jurídica y valora de un modo ético racional el Derecho Positivo.

Recordando las nociones de validez, eficacia y legitimidad de la norma, como bases de la concepción tridimensional (RECASÉNS SICHES) del Derecho, sostiene que la fundamentación y realización plena del Derecho se produce cuando validez, eficacia y legitimidad se sitúan en un proceso dinámico de concordancia, proceso crítico siempre abierto, proceso que nunca podrá darse por definitivamente concluso, aunque sólo sea por las constantes variaciones y el indudable progreso histórico que, con retrocesos posibles, tiene siempre lugar en los sistemas de legitimidad (sistemas de valores e intereses). La legitimidad, parece, dinamiza y transforma a la legalidad.

La Ciencia jurídica informa sobre los valores incorporados en el Derecho Positivo, valores desde los cuales éste intenta justificarse (legitimidad legalizada). Y la Sociología jurídica constata los valores aceptados y vividos, de forma más o menos mayoritaria, por un determinado grupo social o por cada una de sus clases sociales (legitimidad eficaz). Pueden coincidir ambas legitimidades, pero en caso—frecuente—de conflicto, más o menos agudo, habría quizá base racional para formular la siguiente regla decisoria: la legitimidad legalizada, incorporada al Derecho Positivo, debe tender a coincidir con la legitimidad eficaz, socialmente aceptada. Los valores que se incorporen y realicen a través del Derecho Positivo deben ser, en principio, los valores mayoritariamente aceptados en el grupo social de que se trate.

Tal criterio, base de la democracia política, no tiene enfrente razones de más peso que hagan preferir otro.

El criterio de la opinión de las mayorías no constituye el último de valoración de una realidad empírica. Puede no constituir un suficiente y definitivo criterio de justicia. Las mayorías pueden estar equivocadas, pueden haber sido engañadas, manipuladas o instrumentalizadas, al igual que las minorías, a través de mil medios.

Es por ello absolutamente necesario que la crítica a la opinión de las mayorías, aun siendo ésta política y jurídicamente decisoria, esté siempre abierta, resultando real y efectivamente posible su ejercicio.

La crítica de la opinión de las mayorías podrá hacerse desde el sistema de valores (Axiología) que deriva de la concepción del mundo (Ontología) de cada cual. Con lo que estaríamos en una pluralidad de concepciones del mundo y de sistemas de legitimidad, pluralidad de concepciones sobre la justicia, que constituye el problema fundamental con que debe trabajar la Filosofía jurídica de nuestro tiempo.

La solución a este problema del pluralismo de concepciones del mundo no puede estar en su supresión o prohibición forzada, imponiendo dogmáticamente un único y exclusivo sistema de valores. Ni tampoco en el relativismo absoluto, que insiste en la imposibilidad de confrontación racional entre los diferentes sistemas de valores y concepciones del mundo.

La objetividad será el resultado de los propios esfuerzos por comprender correctamente la realidad, a través de la Ciencia y de la Filosofía, e inseparablemente, será el resultado de la confrontación crítica entre los distintos sistemas de valores y de concepciones del mundo.

Concluye su estudio exponiendo el cuadro de valores que considera más susceptible de justificación objetiva:

1. El pluralismo ideológico es una constante histórica, pero, sobre todo, es una conquista histórica. En todo tiempo ha habido divergencias, casi nunca toleradas por las diversas ortodoxias detentadoras del poder.

No obstante, la tolerancia y la libertad han hecho progresos y estamos empezando a educarnos en la aceptación de la pacífica convivencia plural.

2) Crítica del pluralismo, que no es sino reflejo ideológico de la acentuación de la desigualdad socioeconómica entre los hombres (análisis sociológico del pluralismo ideológico).

3. El pluralismo ideológico no es sólo reflejo del pluralismo socioeconómico ni mero reflejo de una estructura clasista de la sociedad. Las relaciones socioeconómicas más igualitarias tenderán a hacer menos profundas y dramáticas las divergencias ideológicas, pero hay que propugnar el pluralismo y la libertad crítica en todo momento.

4. Es preferible, en todo caso, el pluralismo ideológico, fundado en una sociedad desigual, que un monismo ideológico—histórico o actual—basado, por otra parte, en una mucho mayor desigualdad real. Siempre será lo primordial suprimir la desigualdad real antes que el pluralismo ideológico, que deberá existir mientras la desigualdad no desaparezca.

5. La supresión ideológica del pluralismo comporta la negación de la libertad humana, la negación de la voluntad libre y la negación de la razón crítica del hombre.

6. La búsqueda de la objetividad dentro de ese esquema pluralista de concepciones del mundo y de sistemas de valores constituye la exigencia central de todo proceso de investigación. Las diversas ideologías no se sitúan todas en un mismo plano de igualdad con respecto a la verdad. Para alcanzar la objetividad será preciso una constante autocrítica en el interior de cada sistema y un libre diálogo entre las diferentes concepciones e ideologías, en confrontación racional con esos valores de libertad, paz, igualdad, derivados todos del valor central de la dignidad de la persona humana. Valores todos necesitados de una progresiva y efectiva realización práctica en el mundo actual.

La lectura del libro que acabamos de extractar, en parte, de su frondosa complejidad, subyuga y convence. La claridad cartesiana con que el autor define cada uno de los conceptos—elevados y abstractos—de su concepción tridimensional del Derecho: Ciencia jurídica, Sociología jurídica, Filosofía jurídica; la trascendencia que concede al tema del Derecho Positivo, objeto primario de los desvelos del jurista práctico; la conexión indisoluble que crea, al margen de todo positivismo formalista, entre la Ciencia del Derecho y la Sociología jurídica, obligándonos a todos los profesionales del Derecho a aprender, como elemental postulado de rigor mental, los rudimentos de esta novísima disciplina jurídica; la concepción del Derecho como agente del cambio social, al que puede preceder revolucionariamente, seguir de un modo reformista o, por fin, retrasar con un conservadurismo, que sería negar a *prudencia iuris*—en un trabajo inédito del profesor DÍAZ PICAZO, que debo a su gentileza, titulado *Cambio social y evolución jurídica*, se lee: Es claro que cuando lo exijan así las condiciones, lo prudente puede ser la audacia o la anticipación»; la noción de la Filosofía jurídica, esgajándose del tronco añejo del viejo Derecho Natural, opuesta tanto al iusnaturalismo superado históricamente como al positivismo formalista; la concepción final de la Filosofía jurídica, en que el positivismo y el iusnaturalismo templado pueden coincidir, son los ejes fundamentales de su pensamiento.

El cuadro de valores en que se base su Axiología jurídica constituye un programa sugestivo para el investigador del Derecho.

Superados todos los monismos ideológicos, superadas las intoleran-

cias que históricamente han retrasado la marcha de la humanidad hacia metas de paz y convivencia civil, la misión del filósofo del Derecho es escrutar constantemente las nociones de dignidad humana y sus derivados, igualdad, paz y libertad, en las diversas concepciones del mundo y los distintos sistemas de valores que de las mismas emanan, confrontarlas críticamente y llegar al ideal nunca alcanzable de la objetividad científica y de la armonía de su ideología y de su praxis.

Ante esa noción de la Filosofía del Derecho es claro que las prevenciones que todos hemos tenido por su alejamiento de la realidad y la concepción de la misma como «asignatura de lujo» en los estudios jurídicos caen por su base. Difícilmente puede el jurista práctico conocer a fondo y tomar posesión de su disciplina, el Derecho Positivo, si no conoce el sustrato social sobre el que se asienta y los vientos de cambio que mueven tal sustrato (Sociología jurídica); difícilmente puede salir de un anquilosante conservadurismo acritico de las normas sin el debate que acerca de la justicia sostiene constantemente, a la vista de los datos sociales todos, en pleno proceso histórico, la Filosofía del Derecho.

Desde el punto de vista de la Sociología jurídica creemos urgente el reconocimiento académico de la disciplina, su incorporación a los planes de estudios de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas y la realización de análisis empíricos de la multiforme realidad social en su conexión con el Derecho. Para ello creemos que juristas con mentalidad sociológica deben adiestrarse en las técnicas de la investigación empírica e iniciar el «rodaje» de la disciplina, virtualmente virgen en nuestra patria. La labor de equipo es indispensable; el apoyo de los colegios profesionales y de las instituciones todas relacionadas con el Derecho—Comisión de Codificación, Academias de Ciencias Morales y Políticas, Audiencias, Facultades de Derecho—, decisivo. Mal se puede conocer la eficacia práctica de nuestro Derecho y promover su reforma a tenor de los cambios sociales sin el empleo de tales técnicas empíricas.

El libro que acabamos de reseñar creemos debe formar parte de la biblioteca de cualquier jurista que quiera no ya investigar los sugestivos planes que plantea el autor, sino mantener su formación jurídica al nivel de los tiempos actuales.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *Comentarios a la Ley de Orden Público*. Publicaciones Abella, 1971, 456 págs.

JESÚS GONZÁLEZ aborda un estudio de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, modificada por la de 21 de julio de 1971. Lo hace a la manera clásica, mediante el comentario de cada uno de sus artículos, con muy numerosa Jurisprudencia, cuyo contenido transcribe extensamente, y notas de doctrina.

El «signo de los tiempos» ha puesto de actualidad esta disposición. Y este libro me imagino—porque soy lego—será de extraordinaria importancia para gran número de profesionales, que han de bregar con estas arduas cuestiones. Lo que sí puedo hacer constar es que la sistemática, el orden lógico de los razonamientos y un índice analítico muy completo permiten con gran facilidad la consulta del problema. La abundancia de elementos con que cuenta servirán, sin duda, para resolver muchos casos concretos.

Dice JESÚS GONZÁLEZ que «la noción de orden público es una noción jurídica; despliega su eficacia en el campo del Derecho como noción

básica y fundamental». Para nuestra calificación, el «orden público» es un concepto esencial. En efecto, y el autor lo recuerda, conforme al artículo 11 del Código Civil, párrafo tercero, las leyes que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero. El artículo 4.º del Código prohíbe la renuncia de los derechos concedidos por las leyes si va contra el orden público. Y el 1.255 señala como uno de los límites a la autonomía de la voluntad también el orden público.

El concepto de orden público en Derecho Privado produce no pocas complicaciones ante el caso práctico. Una exposición interesante es la de JOSÉ ANTONIO DORAL: *La noción de orden público en el Derecho Civil español* (Pamplona, 1967). Y pudiera ser útil un estudio sobre dicho concepto aplicado a la calificación registral, buena tesis doctoral para nuestros jóvenes compañeros.

El autor trata el tema en el ámbito del Derecho Público. Pero también en éste, conforme a la Ley de Orden Público, cabe el apremio sobre el patrimonio para la exacción de multas. En ese caso, según el artículo 105 de la Ley de Procedimiento Administrativo, hay que seguir el trámite establecido en el estatuto de recaudación, con la especialidad de la intervención de la autoridad judicial. El artículo 22, párrafo primero de la Ley de Orden Público previene, alternativamente, el arresto supletorio del infractor «o bien oficiar al Juzgado competente con copia auténtica de la resolución para que proceda a su exacción por la vía de apremio». A efectos de Registro, la resolución judicial se calificará conforme al artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

En su campo, el libro contiene muchos párrafos de interés general. Por ejemplo, al tratar de la denuncia (pág. 135), dice: «Cuando ante una infracción tributaria, por ejemplo, un administrado acude a la oficina competente a formular su denuncia, no es un administrado, sino un auténtico administrante o, como antes decíamos, algo peor: un ser despreciable movido por los más bajos instintos, desde la envidia al odio, esperando la recompensa de la propia Administración o hasta de la empresa competidora de la denunciada, que no sabiendo luchar ídeal y noblemente en la vida económica acude, a veces, a este sucio procedimiento de utilizar estos no menos sucios personajes, tan mimados por cierto sector de los funcionarios de todo el mundo.»

Otra cuestión interesante estudiada es el valor de las circulares (páginas 147 y sigs.). Distingue entre circular e instrucción como manifestación de la jerarquía administrativa, en cuyo sentido el superior orienta la actividad de los inferiores, y la circular como verdadero reglamento, auténtica disposición administrativa que obliga a los particulares. «Podrían citarse muchos ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico en los que la Administración, bajo la envoltura de una circular, ha regulado aspectos importantísimos de la actividad de los administrados.» Para el autor, el único sentido correcto es el primero de los señalados, recogido por el artículo 7.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, conforme también con el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que no incluye las circulares e instrucciones entre las «disposiciones administrativas» y sólo faculta para dictarlas con destino a la organización interna de los servicios, según el artículo 18. La circular impropia, ajena al servicio público al que están adscritos los funcionarios, no les afecta en su actividad. Al que afecta, en todo caso, es al ciudadano.

Marginalmente, en nota a la página 242, el autor precisa un problema que muchas veces se nos plantea: ¿cuáles son los días hábiles? Porque la expresión del artículo 360 del Reglamento Hipotecario: se

entiende por días feriados aquellos que lo sean para los Juzgados o Tribunales, no es muy precisa.

Creo que es interesante resumir la nota.

Son días hábiles todos los del año menos:

a) Los domingos.

b) Las fiestas enteras religiosas (art. 1.º del Decreto de 23 de diciembre de 1957): Navidad, Circuncisión, Epifanía, Ascensión, Corpus Christi, Inmaculada Concepción, Asunción, San José, los Santos Apóstoles Pedro y Pablo, Santiago y la fiesta de Todos los Santos.

c) Los días en que se celebre una festividad religiosa local que, por disposición de la autoridad eclesiástica, sea de precepto (art. 2.º del mismo Decreto).

d) En su totalidad, el Jueves Santo y el Viernes Santo (Orden de 29 de marzo de 1958).

e) El 1 de mayo, el 18 de julio, el 1 y el 12 de octubre (arts. 3.º, 4.º y 5.º del Decreto de 23 de diciembre de 1957, Orden de 20 de abril de 1959, Decreto de 10 de enero de 1958 y Decreto de 24 de septiembre de 1958). Todos estos días parece que son inhábiles para presentación de títulos y autorización de asientos. Algunos tienen los efectos de fiesta oficial, pero son días laborales. Hay que tener en cuenta lo previsto en el artículo 432 del Reglamento Hipotecario.

Para calificar la «firmeza» es interesante una cuestión ya tratada por el autor en su *Derecho Procesal Administrativo* (II, págs. 539 y sigs.). Según el artículo 49, apartado f), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para que resulte excluida la impugnación jurisdiccional es necesario que se trate de «actos que se dicten en virtud de una Ley que expresamente los excluya de la vía contencioso-administrativa»; un auto de 4 de noviembre de 1955 sienta que «no existe exclusión cuando meramente señala que no se dará recurso alguno, porque esta frase quiere decir que causará estado la decisión ministerial».

En resumen: un texto que estará, más bien que en la biblioteca, sobre la mesa de muchos abogados y que interesa a todos.

NARCISO DE FUENTES SANCHIZ

IZQUIERDO MONTORO, ELÍAS: *Temas de Derecho Mercantil*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1971.

De las dos grandes vertientes que cabe ver en la presente obra, la del opositor y la del profesional del Derecho, aunque ya esté situado en la segunda, me quedo con la primera. Deben ser razones de nostalgia las que me llevan a ello. Recordar aquella época de horas interminables dedicado a un continuo estudio, es grato si en ello no hay más que la satisfacción del deber cumplido y la inclinación creciente de un amor al estudio del Derecho. Al margen quedan los sinsabores, las incomprendiones y los momentos difíciles que esa vida ofrece a quien voluntariamente se mete en ella.

Destaco esta vertiente porque la obra que recensamos tiene su apoyo estructural en los cuarenta y ocho temas de Derecho Mercantil que el Programa vigente de Notarías exige al opositor que se aprenda. El que un autor haya pensado—y siga pensando, me consta—en el opositor y en suministrarle un medio de trabajo para su estudio es ya digno de alabanza. Me pongo en opositor y no puedo menos de agradecer el esfuerzo gigantesco que la confección de una obra así lleva consigo.

De otra parte, la materia de Mercantil ha estado un tanto huérfana de ese material «ajustado» al programa. No es que carezcamos de obras sobre este punto, sino que las magníficas existentes—GARRIGUES, URÍA, POLO, RUBIO, etc.—no se acomodaban a los temas del cuestionario y había que confeccionarse una serie de notas para salvar la falta de textos. Hubo algunos apuntes que se publicaron a multicopista e incluso quiero recordar que ELÍAS IZQUIERDO también hizo circular una versión suya. Esto de ahora es otra cosa. Es ya una obra de caracteres definidos, donde a la sistemática usual de los temas se le ha unido una hábil dosificación de doctrina y jurisprudencia.

Precisamente por esto último la obra tiene la otra vertiente que el autor quiere darle, esto es, un elemento de trabajo y consulta para el profesional del Derecho, que encontrará en ella sintetizado lo que intente buscar en este acelerado mundo de consulta rápida y de prisa burocrática y social.

Para mí, que contabilizo horas de estudio como los aviadores de vuelo, pudiendo presumir de millonario en ellas, es fácil recorrer el contenido de la obra, pues es un programa y unos temas familiares. No así para aquellos que no lo han manejado, por lo que sugiero al autor que además del índice sumarial agregue en sucesivas ediciones uno alfabético de materias, que ayude a la «busca». Ya comprendo que el volumen de la obra es grande. Creo, sin embargo, que algún tema podría «peinarse» y sacrificar esa reducción en aras de un índice del tipo que apunto.

Los programas de oposiciones a Notarías y a Registros se han caracterizado por una gran amplitud en la materia de Derecho Mercantil, pudiendo afirmarse que además de los mercantilistas especializados en este punto, les siguen, en orden de conocimientos, los funcionarios que militan en cualquiera de las dos carreras citadas. Por eso, el contenido de esta obra es lo suficientemente amplio como para tocar todos los puntos fundamentales que el Derecho Mercantil tiene planteados. Podríamos seguir para su exposición el orden en el que aparecen estudiados los distintos conceptos, pero ello haría interminable esta recensión. Por ello, y con el permiso del autor, voy a esbozar una clasificación, que nos sirva para la crítica expositiva de la obra. Podríamos partir de la siguiente: a) El Derecho Mercantil y los comerciantes. b) El Registro Mercantil. c) Las cosas y la empresa mercantil. d) Los títulos valores. e) Los contratos mercantiles. f) La quiebra y situaciones intermedias. g) El Derecho Marítimo. Como vemos, es el esquema tradicional, en el cual se incrustan los diferentes temas del programa.

a) *El Derecho Mercantil y los comerciantes.*—Los temas tratados por el autor se comprenden en una amplia zona, que va desde el concepto del Derecho Mercantil, pasando por sus fuentes, hasta la precisión del concepto de comerciante individual y social.

Con ello apuntamos los fundamentales problemas de que se trata en la obra. El arranque se refiere al concepto, a la evolución histórica y a la teoría de las fuentes del Derecho Mercantil. Del Derecho Mercantil dice el autor, siguiendo la tesis de URÍA, que nació como un Derecho consuetudinario, profesional y judicial, siendo en la actualidad el Derecho derivado de la actividad económica de los empresarios. Se completa la

materia con la teoría de los actos de comercio y los problemas que suscitan los accesorios y unilaterales.

Dos secciones dividen el resto de la materia. una, referente al comerciante individual, y otra, al social. La primera es la que comprende los conceptos de comerciante individual, la capacidad de menores e incapacitados para el ejercicio del mismo y la de los extranjeros que pretendan el ejercicio del comercio en España. Se complementa el problema con los que surgen del ejercicio del comercio por la mujer casada y los que se derivan del problema de la representación.

La segunda sección comprende lo que denominamos comerciante social, bajo cuya denominación se acogen los conceptos genéricos de sociedad mercantil y sus diferencias con la civil, así como las diferentes clases y problemas que plantean las sociedades mercantiles en sus variantes de colectiva, comanditaria, anónima y de responsabilidad limitada. Naturalmente que la anónima ocupa mayor número de temas, pues en ella se estudia desde su constitución hasta su disolución con pormenores más detallados que los del resto de las demás sociedades. Ello es lógico dada la importancia que en la vida moderna ha alcanzado este tipo de sociedades.

Se completa este último estudio con dos temas referentes a obligaciones típicas del comerciante, como es la de la obligación de contabilidad y la llevanza de libros comerciales. Igualmente, se incluye la materia de las Bolsas de Comercio y la teoría de los auxiliares del comerciante (factor, dependiente, mancebo y viajante).

b) *El Registro Mercantil*.—He querido hacer un apeadero especial referente a este apartado por mi condición de funcionario encargado de «la registración» y a la hora de la verdad casi me arrepiento de ello. El tema—en cuanto al cuestionario se refiere—es incompleto, pues le falta la pregunta del Registro de buques, y, de otra parte, creo que le sobra esa referencia crítica a la situación de llevanza de los Registradores de la Propiedad, que nunca ha supuesto un *lastre conceptual*, sino que ha prestigiado la institución y ha dado rango, carácter y privilegio a unas oficinas que en manos de otros funcionarios hubieran imposibilitado el desenvolvimiento legal y eficaz de los actos mercantiles y de los comerciantes, sobre todo sociales.

Creo que todo el error doctrinal y legal está en querer incrustar los principios hipotecarios en una institución, que muchas veces no necesita de ellos y que con su estructuración publicitaria cumple sobradamente la finalidad para la que se creó y, sobre todo, por ser servida por unos funcionarios que en su preparación han demostrado estar en la línea de los más exigentes mercantilistas.

c) *Las cosas y la empresa mercantil*.—La teoría de las cosas mercantiles se desarrolla enfocando las diferencias entre objeto y cosa, para luego precisar los dos conceptos fundamentales que tienen transcendencia en el comercio: las mercaderías y el dinero. No obstante, también se hace referencia a los inmuebles y a las cosas corporales e incorporeales.

Respecto de la empresa, el autor afronta un concepto descriptivo diciendo que es una organización independiente, que produce o distribuye bienes y servicios para el mercado. Luego expone el mosaico inevitable de las diferentes concepciones doctrinales y las distintas posturas respecto de su naturaleza. Hay cierto confusiónismo estructural en lo referente a nombre, rótulos y marcas. El segundo tema de empresa aborda la dinámica de la misma en orden a los negocios jurídicos que sobre ella recaen.

d) *Los títulos valores.*—Con la naturaleza y caracteres de los títulos valores se inicia esta parte, para luego ir desarrollando sus clases y, sobre todo, la teoría de la letra de cambio y sus diversas aplicaciones, requisitos y función. Es curioso que el programa siga utilizando la expresión «requisito del timbre» en la letra de cambio cuando este impuesto ha desaparecido, por lo menos en su denominación. En materia de protesto de la letra se hace referencia y se estudia la disposición de 22 de julio de 1967, que reforma la materia del Código de Comercio, que afecta sustancialmente a la manera de llevar a cabo el protesto, distinguiendo entre notificación y protesto propiamente dicho.

Concluye esta parte con la exposición de la teoría de las acciones cambiarias y toda la materia relativa al cheque, sus clases, vencimiento, protesto y función del mismo como medio de pago.

e) *Los contratos mercantiles.*—Después de exponer la teoría general de los contratos, su perfección, forma, prueba e interpretación, afronta la de la teoría especial de cada uno de los contratos a los que especialmente se refiere el Código de Comercio, esto es, la compraventa, la cuenta corriente y cuentas en participación, el contrato de comisión, el transporte terrestre, el depósito mercantil, el préstamo, el préstamo representado por obligaciones y el seguro mercantil. No es posible en tan estrechos límites descender a detalles expositivos de cada uno de estos contratos y su normativa, pues ello haría interminable la recensión, pero sí queremos llamar la atención del autor de una omisión importante en el tema de la emisión de obligaciones constituida por la Ley de 24 de diciembre de 1964, cuando las sociedades emisoras no sean anónimas, asociaciones u otras personas jurídicas y la constitución del sindicato de obligacionistas. Es comprensible la omisión teniendo en cuenta que el tema se centra en la materia referida a la sociedad anónima.

f) *La quiebra y situaciones intermedias.*—Cuando se ha vencido la parte referente a los contratos mercantiles surge ante el jurista otra nueva especialidad mercantil constituida por el Derecho de quiebras, que difícilmente tendrá sustantividad en próximas reformas de nuestro ordenamiento. Respetando la legislación vigente, el autor expone la materia reduciéndola, conforme al programa, a dos temas.

Contra mi voluntad, esta es la verdad, me he leído los dos temas de quiebras y situaciones intermedias. Digo esto porque recuerdo con auténtica angustia los malos momentos pasados cuando me «llegaba» el turno del estudio de esta materia y, sobre todo, aquellos terribles minutos que tuve que dedicar a exponer uno de estos temas en un Tribunal de Notarías. El autor simplifica notablemente la exposición y elude clasificaciones y enumeraciones. Quizá en estos momentos el sistema enunciativo valga, pero en los que a mí me tocó pasar esta forma no servía de mucho. Destaco, porque me ha gustado, la forma en que trata la retroactividad de la quiebra en su proyección hipotecaria. El segundo tema de quiebras ya está menos cargado de preceptos comprometidos, pero también se eluden en su exégesis algunos de cierta importancia, como los de graduación de créditos, estando muy dosificada la materia internacional sobre quiebras.

Por último, se estudia el problema de la suspensión de pagos como institución o situación intermedia, configurada por la mayoría de la doctrina como acto de jurisdicción voluntaria, que el autor acepta. Se examinan en el procedimiento las normas que le afectan, los efectos respecto a los acreedores y al deudor, así como la capacidad del suspendido, la masa y los órganos, el convenio y las intervenciones notariales, que el autor califica de marginales, teniendo en cuenta que tanto en la suspensión como en la quiebra existe un juicio universal.

g) *Derecho Marítimo*.—Tampoco guardo muy buen recuerdo del Derecho Marítimo y eso que aun habiendo nacido «tierra adentro» me he criado y ahora sirvo a la orilla del mar. Pero una cosa es la contemplación del paisaje, salpicado a veces de nórdicas bien formadas o de siluetas de veleros bien dotados, y otra el estudio de ese Derecho en el que fuera del buque, el capitán y algún otro miembro de la tripulación todo se vuelve complicado y áspero. Un sudor me viene y otro se me va pensando en aquellas terribles enumeraciones que distinguían la avería gruesa de la simple, el arrendamiento del fletamento, la hipoteca, el seguro y el terrible préstamo a la gruesa. En fin.

El autor decorosamente salva muchas dificultades de estos temas y va exponiendo el orden que le imprime el programa: las personas que intervienen en el comercio marítimo, el buque como figura central, la adquisición del mismo, el crédito y la hipoteca, los contratos de utilización del mismo y la responsabilidad del comercio marítimo. Encuentro que este cuestionario lleva el gran fallo de haber omitido lo referente a la aeronave, que ya en otros programas se sitúa junto al estudio del buque no sólo en su aspecto sustantivo como cosa jurídica, sino en el aspecto publicitario o registral.

Debo decir alguna otra palabra final. Cada tema, y esto me parece muy importante, lleva una bibliografía especial con el autor y la obra consultada. El autor hace las citas inevitables en este género de obras y en vez de poner las notas al pie de página recurre al sistema de la cita final. Creo que el sistema merece alabanzas, ya que una bibliografía conjunta en cada materia ofrece diversos cauces al que pretenda ampliar conocimientos.

Por último, debe permitirme ELÍAS IZQUIERDO que revele que la obra que comento figura dedicada en términos muy expresivos a mi persona. La dedicatoria, bien es verdad, se la exigí hace poco en uno de esos breves momentos en que él hace escapadas desde su Valencia natal. Si me lo permites, ELÍAS, quiero cerrar todo esto con una cita. Es de HERNÁNDEZ GIL, quien en su *Metodología del Derecho*—obra que está en mi lista de recensiones—dice que «la ciencia se aprende en los libros, y no sólo en los libros buenos; la formación jurídica se obtiene tras un reiterado estudio, en el silencio de la biblioteca y no en el bullicio de la calle. El contacto con la vida también es necesario y formativo; de lo contrario, nuestra preparación sería unilateral. Pero tanto mejor enseña la vida al jurista, tanto mejor penetra en ella, cuando mayores y más profundos sean sus conocimientos teóricos». Te brindo la frase, porque creo que has llegado con tu obra a ese difícil equilibrio que la teoría y la práctica ponen en los dos platillos de tu balanza habitual.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: *La presunción de paternidad legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español*. Prólogo de José Luis Lacruz Berdejo. Edit. Tecnos, Madrid, 1971, 562 págs.

La presente obra constituye la tesis doctoral, galardonada con premio extraordinario, de su autor, Juez de Primera Instancia, y representa una aportación verdaderamente notable a los estudios del Derecho español de filiación, teniendo el acierto de haber afrontado el tema clave de la filiación legítima hasta lograr un tratamiento puede decirse que exhaus-

tivo del mismo. Metodológicamente está dotada la obra de una rigurosa sistemática y viene avalada por una honrada documentación bibliográfica, que si bien se centra en los países latinos—lo que resulta lógico, dada la similitud del ordenamiento positivo—cubre suficientemente otras áreas lingüísticas. Las opiniones personales aparecen siempre debidamente fundamentadas y adecuadamente deslindadas de las ajenas, actitud que para una lectura crítica de la obra es muy de agradecer.

La obra se articula en ocho densos capítulos. En el capítulo primero hace el autor un planteamiento general del tema que se propone desarrollar, exponiendo en acertado resumen la doctrina sobre los requisitos de la legitimidad. Aparece aquí una de las afirmaciones básicas del autor: «Fuente de la legitimidad es no sólo la concepción en matrimonio, sino también el nacimiento en matrimonio, aunque la concepción sea antenupcial, siempre que esa concepción pueda ser atribuida al marido de la madre.» Concluye el capítulo efectuando una exposición minuciosa de los sistemas de determinación de la paternidad, enmarcando adecuadamente el llamado de presunción de paternidad, que además de ser el del Código Civil español, es el de todos los códigos y leyes modernas que pueden interesar comparativamente; a juicio del autor, este sistema comprende no sólo la norma que dicta positivamente la paternidad marital, sino el lado negativo que regula la impugnación de esa presunción; la presunción de paternidad se completa con la presunción de concepción y en algunas legislaciones extiende aquélla su vigencia a la filiación ilegítima.

El capítulo segundo se dedica a la presunción de concepción, cuya determinación se hace normalmente, ya sea conforme a un sistema judicial—de grave inseguridad práctica—, ya sea mediante la fijación legal de unos plazos, mínimo y máximo, de gestación (sistema legal). El autor se ocupa de establecer su personal posición frente a los temas críticos de la divisibilidad o indivisibilidad del período legal de concepción y a la naturaleza jurídica de la propia presunción, que suelen suscitar escasa atención en la doctrina española; *de lege data* reconoce que en nuestro sistema tal presunción es absoluta e indiscutible y casi intangibles los plazos legales, a excepción del contenido en el artículo 111, pero *de lege ferenda* se inclina por considerarla presunción relativa.

Los capítulos tercero al sexto se consagran a un examen rigurosamente científico y, en cuanto a nuestra doctrina, original de la presunción de paternidad en su dimensión positiva, ya sea bajo un prisma histórico con acopio de datos sumamente significativos, tanto de nuestro derecho como de las legislaciones extranjeras, como bajo una óptica axiológica o de última *ratio* y, finalmente, en su vertiente estrictamente jurídica. Las páginas 206-287 me parecen muy logradas al ofrecer una fundamentación muy elaborada de la presunción de paternidad, pasando revista y sometiendo a crítica rigurosa las teorías más significativas formuladas en la doctrina. A juicio de RIVERO HERNÁNDEZ, la regla *pater is est* lo que hace es suponer, en principio, que la esposa ha cohabitado con su marido y que el hijo ha nacido de esa cohabitación precisamente y no de ninguna otra, aunque la hubiera habido; hay una presunción del carácter causal o fecundo de la cohabitación matrimonial y así entendida podrá aplicarse al lado negativo de la presunción, pudiendo efectuarse la impugnación tanto en el plano de la cohabitación como en el de la generación.

Opina el autor que en el artículo 110 del Código Civil hay también una verdadera presunción de paternidad, idéntica a la de los hijos engendrados *ante nuptias*, de la misma naturaleza y fundamento y con idéntica finalidad.

La presunción de paternidad está implícita en el artículo 108 del Código Civil y al análisis de su naturaleza jurídica dedica el autor el capítulo quinto. Entiende RIVERO HERNÁNDEZ que en nuestro Derecho se trata de una verdadera presunción, de naturaleza sustantiva y de carácter no absoluto. En cuanto a la presunción que, en su opinión, está acogida en el artículo 110, estima que las circunstancias de este precepto proporcionan el elemento «cohabitación» de la presunción de paternidad, no constituyendo en modo alguno el elemento «reconocimiento» de una supuesta legitimación; por lo demás, se trata de una presunción relativa, que admite prueba en contrario, no siendo limitativas las circunstancias que dicho precepto enumera, pudiéndose declarar la paternidad del marido si se probase que éste ha mantenido relaciones sexuales antematrimoniales con la madre en época que coincidiera con la de la concepción de ese hijo; en otro caso, concluye, «forzoso será declararle en principio ilegítimo, y ello no sólo, y no tanto, por los términos de dicho precepto, como por exigencias de toda nuestra regulación legal de la filiación legítima».

Al tratar de la eficacia y alcance de la presunción de paternidad, el autor hace muy serias objeciones a la reciente doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros a propósito del artículo 314 del Reglamento del Registro Civil, cuya legalidad pone en duda al contradecir abiertamente la normativa del Código. A juicio de RIVERO HERNÁNDEZ, negar la paternidad marital en la forma en que lo hace esa jurisprudencia de la Dirección General significa arrumbar toda la teoría y la legalidad de la impugnación de paternidad legítima, sin aportar soluciones constructivas solventes. Conclusión a la que personalmente me adhiero. Estudia luego los efectos de la presunción respecto al marido, presunto padre, tanto en su aspecto de obligación como de reivindicación de paternidad; en este último aspecto hay una evidente laguna legal, que RIVERO HERNÁNDEZ resuelve por analogía otorgando al padre una acción de reclamación de estado. No parece, en cambio, que la presunción pueda ser utilizada por el hijo en sentido negativo para impugnar su propia filiación legítima; del propio modo, la madre, el verdadero progenitor, en su caso, y las restantes personas, son terceros que nada pueden hacer. El capítulo finaliza con un estudio casuístico del funcionamiento de la presunción en ciertas situaciones marginales del matrimonio, como la de ausencia declarada del marido, que ha sido bastante estudiada por nuestra doctrina; la de nulidad del matrimonio por impotencia, y la de inseminación artificial, que ofrece una innegable e inquietante actualidad.

El capítulo séptimo se dedica al tema de la impugnación de la presunción de paternidad, mostrándose concorde con la doctrina más moderna, que califica de cerradísimo el sistema español y propugna una reforma de nuestro Código sin perjuicio de ensayar la posibilidad de una interpretación correctora de los preceptos legales.

Abundante información española y extranjera no sólo de tipo jurídico, sino médico, se contiene en el capítulo octavo, dedicado a las pruebas biológicas en la impugnación de la paternidad legítima; después de examinar la posición negativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, manifestada fundamentalmente en la sentencia de 24 de enero de 1947, el autor se suma a la doctrina española más reciente (CASTRO PÉREZ, FAIRÉN GUILLÉN, CASALS COLLDE, CARRERA, PERÉ, RALUY, SANCHE REBULLIDA) propugnando la admisión de las pruebas biológicas no sólo en materia de filiación ilegítima, sino también en la impugnación de paternidad legítima.

Prescindiendo de discrepancias de detalle sobre cuestiones opinables, me parece justo señalar esta obra como aportación fundamental al estudio de la filiación legítima, contribuyendo, con razones convincentes, al movimiento de ideas en favor de una reforma de nuestro Derecho de Familia. Obra primeriza, ofrece, sin embargo, los caracteres de una obra madura, bien pensada y bien construida. Felicitamos al autor y le animamos a proseguir en el estudio del Derecho Civil, para lo que su profesión le ha de servir de acicate y estímulo.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

2007-12

100

100

100

100

100

100

100

100

100

