

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLVI * Mayo - Junio 1970 * Núm. 478

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

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.

Excmo. Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

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

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

Depósito legal: M. 968.—1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- "El Registro Mercantil. Su organización y funcionamiento",
por FRANCISCO JAVIER RIVAS GARCÍA y JOAQUÍN CHACÓN YERÓN. 635
- "Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria", por RAMÓN
DE LA RICA Y MARITORENA 703
- "Piso futuro y viviendas acogidas", por ALFREDO GARCÍA-BER-
NARDO LANDETA 731

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

- I.—Resoluciones de la Dirección General de los Regis-
tros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABA-
LEIRO 753
- II.—Sentencias del Tribunal Supremo:
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GAR-
cía, RAFAEL IZQUIERDO ASENSIO y FRANCISCO CASTRO
LUCINI 789
 2. Jurisprudencia contencioso - administrativa, por
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ 822
- III.—Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo
Central, por FERNANDO MUÑOZ CARDANOS 833

LIBROS:

"L'Adozione Speciale", de IGNACIO BAVIERA, por PEDRO-ANTONIO FERRER SANCHÍS	843
"Comentarios a la Legislación Hipotecaria", de BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CANETE, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	845
"Viviendas de Protección Oficial", de J. V. FUENTES LOJO, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	853
"Curso de Derecho civil", de ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, por J. POVEDA DÍAZ	856
"Curso de Derecho civil. El negocio jurídico", de ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	858
"La Teoría Sociológica", de MARTINDALE, por JOSÉ MENÉNDEZ	862
"Sindicatos y Asociaciones de Funcionarios Públicos", de J. RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, por JOSÉ MENÉNDEZ	863

REVISTAS:	867
------------------------	-----

ESTUDIOS

El Registro Mercantil

SU ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO

SUMARIO: EL REGISTRO MERCANTIL: PRECEDENTES: CONCEPTO: A) *Doctrinal*. B) *En los textos legales*.—FUENTES LEGALES.—ORGANIZACIÓN ACTUAL.—PRINCIPIOS DE LA PUBLICIDAD MERCANTIL: Principio de inscripción. Clases de inscripción. Principio de prioridad. Principio de publicidad: a) Publicidad formal. b) Publicidad material. Principio de fe pública registral. Principio de legitimación registral. Principio de legalidad. La calificación registral. Alcance de la calificación.—FINES DE LA PUBLICIDAD MERCANTIL.—LIBROS DEL REGISTRO: a) Libros principales. b) Libros accesorios. c) Libros y documentos auxiliares.—MODO DE LLEVAR EL REGISTRO: PROCESO DE REGISTRACIÓN.—OBJETO DE LA PUBLICIDAD MERCANTIL: *Inscripción de comerciantes individuales. Inscripción de Sociedades*. — Conexiones de las Sociedades extranjeras con el Registro Mercantil español. — Ordenación monetaria crediticia. — Inversión de capital extranjero en Empresas Españolas. — Regularización de Balances. — Últimas orientaciones doctrinales en orden al funcionamiento de las Sociedades Anónimas. *Inscripción de buques. Inscripción de aeronaves*. — Fuentes legales. — Definición. — Inscripción. — Registro Mercantil en que han de inscribirse. — Títulos inscribibles.—RELACIÓN DE OBRAS Y TRABAJOS CONSULTADOS.

EL REGISTRO MERCANTIL.—PRECEDENTES

Más que en los medios rudimentarios de la publicidad mercantil, ya conocidos en la antigüedad romana (anuncios en el local de la tienda, o en lugares de reunión de los comerciantes), el origen remoto del Registro Mercantil (en lo sucesivo R. M.) ha de buscarse

«El presente trabajo, responde a una consulta formulada por la Embajada del Reino de Marruecos en Madrid, al Registro Mercantil de dicha capital, en el mes de marzo de 1968. Su redacción original ha experimentado las modificaciones pertinentes por la necesidad de adaptarlo a las últimas novedades legislativas que se han venido produciendo desde dicha fecha.»

en la matrícula de los gremios y de las Corporaciones en la Edad Media. Primeramente la inscripción se hace con fines internos, y más tarde se orienta hacia el exterior, para conocimiento de tercero. Concretamente dicha inscripción tiene por objeto evitar la inseguridad para el tercero contratante, que suponía la posibilidad de que el comerciante utilizase en su negocio un nombre comercial distinto de su nombre civil. En formas actuales de publicidad mercantil, mediante las matrículas de comerciantes y Sociedades.

En la evolución histórica del Registro Mercantil se señalan además dos direcciones: Una dirección horizontal, que extiende el ámbito del Registro Mercantil hacia ciertos documentos importantes en el tráfico. Y otra dirección vertical que ahonda en las consecuencias jurídicas de la inscripción misma, elevando su consideración jurídica. El Registro Mercantil es un órgano jurídico de publicidad material, cuyos asientos pueden oponerse a toda persona como si efectivamente los conociese.

Esta doble dirección en el desarrollo del Registro Mercantil se percibe claramente en la Legislación española. Así, en las Ordenanzas de Bilbao (1737) sólo se inscriben los contratos de sociedad; con el Código de comercio de 1829 junto con la matrícula de comerciantes, aparece ya un Registro de documentos (cartas dotalas, capitulaciones matrimoniales, poderes mercantiles...) y es el Código de comercio de 1885 quien formula expresamente los efectos de la publicidad material del Registro Mercantil: "los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción..." (art. 26). Con ello nuestro derecho positivo se aproxima notablemente al Derecho germánico, donde tradicionalmente se concede una enorme significación jurídica a la inscripción en el Registro Mercantil de los hechos que deben ser inscritos y publicados.

CONCEPTO

A) *Doctrinal*.—Como pone de manifiesto CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, el Registro Mercantil no es el lugar donde se copian a la letra, en los libros al efecto, algo referente al mercader, a la mercadería o al comerciante, o donde se puede ver lo que a los mismos se

refiere y que se ha hecho constar en él con anterioridad. Nuestro Registro Mercantil no es sólo un «registro», y menos un registro de mercaderes o de mercaderías. Su objeto y contenido es más variado y dotado de un contenido jurídico que lo eleva por encima de lo que la significación literal de sus términos puede inducirnos a pensar.

En el estudio de esta institución, este autor pone de relieve los siguientes caracteres, que van a determinar su concepto:

1. Constituye una función estatal, que está encomendada en algunos países a funcionarios judiciales, en tanto que en otros, como en España, lo ha sido a otros especiales del orden de los jurídico-administrativos.

2. Es una institución de terceros, carácter que ya destacó con gran claridad la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1914. Constituye un poderoso medio de publicidad que sirva de garantía suficiente para todos los que se interesan en las operaciones mercantiles.

3. Otro de sus caracteres a destacar es el de la legalidad de los asientos, el cual está posibilitado precisamente por la cualidad de juristas de los funcionarios encargados de llevarlo.

4. La publicidad y el objeto al que la misma está encaminada, es el último de los caracteres de esta institución, siendo precisamente él la meta a la que se encaminan todos los caracteres anteriores.

En vista de todo ello, define CAMY al Registro Mercantil como «la oficina pública, a cargo de funcionarios letrados, en la que, mediante asientos puestos bajo la salvaguardia de los Tribunales, se lleva a efecto la publicidad frente a terceros de determinados hechos que atañen a los comerciantes individuales, del nacimiento, modificación y demás circunstancias de la sociedad, y de la situación jurídica en que se encuentran los buques y las aeronaves». De esa definición se derivan dos presunciones, que puestas ya de relieve por ECHAVARRI, han sido recogidas en el artículo 2.º del vigente Reglamento y confirmadas por las jurisprudencias en cuanto al Registro de la Propiedad. Dichas presunciones son las siguientes:

- 1.ª Presunción a favor del conocimiento de la cosa, hechos y situaciones inscritas.

2.^a Presunción a favor de la ignorancia de las no inscritas.

Cuyas presunciones obran en favor del que se basa en el contenido del Registro, frente al que pretende oponerle un hecho o una situación no inscrita, obligándole a probar que ello era conocido por aquél, o sea, destruyendo su buena fe, que es otro postulado fundamental de la institución.

B) *En los textos legales.*—El vigente Reglamento del Registro Mercantil da un concepto descriptivo en su artículo 1.º, y dice que «tiene por objeto la inscripción de los comerciantes o empresarios individuales, sociedades mercantiles, buques y aeronaves, y la de los actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las Leyes». Comentando este precepto, la doctrina (GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, GARRIGUES, NÚÑEZ LAGOS) señala:

1.º No se trata propiamente de una definición, sino más bien de una enumeración de todo aquello que puede ser objeto de inscripción. Cabe separar dos grupos de elementos inscribibles: En primer término hay unos elementos base de inscripción (el comerciante, la sociedad, el buque, la aeronave); en segundo lugar, en torno a este elemento-base, que es el que abre folio (art. 20, Reglamento Registro Mercantil) se inscriben otra serie de elementos relativos a él.

Ahora bien, dentro de lo que hemos denominado elementos-base, no existe homogeneidad alguna, ya que pueden consistir en cosas, personas físicas o personas jurídicas. El único carácter común es el de que se trata de centros de imputación de las ulteriores inscripciones que se practiquen en el folio abierto por el elemento-base. Se crean folios (reales o personales) con un contenido registral unitario formado en torno al elemento-base. La diferencia fundamental entre ambos grupos de elementos-base es la siguiente:

Cuando se trata de cosas, la unificación del contenido registral se lleva a cabo mediante un criterio objetivo; se inscriben en el mismo folio todos los actos relativos a derechos cuyo objeto es el elemento-base. Por eso se habla de folio real. Por el contrario, cuando dicho elemento-base es una persona la unificación se realiza con un criterio subjetivo; se inscriben en el mismo folio los actos

con trascendencia mercantil que realiza esa persona o que le afectan.

2.º Al hablarse de «actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las Leyes», tal vez se ha querido imponer el criterio de «*numerus clausus*», en cuanto a los actos inscribibles, evitando así la excesiva proliferación de los Registros Mercantiles en los que en la práctica había llegado a inscribirse todo.

3.º En cuanto al problema de qué es lo que realmente se inscribe en el Registro Mercantil cabe afirmarse que al dotarse de fe pública al Registro Mercantil en el nuevo Reglamento, dada la casi total identidad que hoy se ha establecido entre el Registro Mercantil y el Registro de la Propiedad, tanto en lo relativo a la manera de llegar los actos al Registro (a través de titulación casi siempre pública, y normalmente notarial), como en la amplitud de la fe pública y de la calificación registral, así como respecto de los plenos efectos legitimadores y de protección de tercero por la inscripción, hay que llegar a la conclusión de que el Registro Mercantil al igual que el Registro de la Propiedad, es un registro de títulos, en sentido de titulación. El Registrador inscribe actos jurídicos que le llegan ya formados a través de una titulación creada fuera del Registro, y sobre la cual ejerce la función de control y selección que es la base del principio de legalidad (función calificadora).

Sin embargo, hay que reconocer que en ciertos aspectos, y en especial respecto de la inscripción de los comerciantes individuales, el Registro Mercantil sigue siendo hoy día un registro de hechos, sin virtualidad ninguna respecto de terceros.

FUENTES LEGALES

Con carácter directo señalamos las siguientes:

1.º Las Ordenanzas de Bilbao (1737), que contienen ya algunos preceptos relativos a la publicidad del Registro Mercantil.

2.º El Código de comercio vigente, de 22 de agosto de 1885, que dedica al Registro Mercantil el título II del libro I, artículos 16 a 32 inclusive.

3.º Para el desenvolvimiento de estos preceptos se dictó el Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919.

4.º Por último, el Reglamento hoy vigente, de 14 de diciembre de 1956, que derogó en su totalidad al de 1919. El nuevo Reglamento contiene 193 artículos y seis Disposiciones Transitorias, Adicionales y Derogatorias; entre éstas tiene interés la primera, según la cual los documentos otorgados o expedidos antes de la vigencia del nuevo Reglamento serán inscribibles si se ajustaban a las disposiciones anteriores; si bien, en materia de Sociedades Anónimas y Limitadas, habrían de respetar además sus respectivas Leyes. La segunda, que dispone la no inscribibilidad de actos otorgados por Sociedades Anónimas o Limitadas no adaptadas. Y la tercera, que determina el cómputo sólo de los días hábiles para los plazos señalados en el Reglamento.

Su estructura es la siguiente:

Título preliminar: Del Registro Mercantil en general.

Título primero: Del modo de llevar el Registro.

Título segundo: De la calificación y recursos.

Título tercero: De la inscripción de comerciantes o empresarios mercantiles individuales.

Título cuarto: De la inscripción de Sociedades.

Título quinto: De la inscripción de buques.

Título sexto: De la inscripción de aeronaves.

Título séptimo: De la Estadística.

En forma indirecta constituyen fuentes legales del Registro Mercantil entre otras las siguientes:

El vigente Código de Comercio; la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953; Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893; Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954 y la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960.

Con posterioridad a la Ley de Sociedades Anónimas se han dictado las siguientes disposiciones, que la modifican o complementan.

Decreto de 14 de diciembre de 1951, sobre modificación de los artículos 59-102 y 113 de la Ley, que ya figuran incorporados en las ediciones de la misma.

Decreto de 14 de diciembre de 1951, declarando vigentes determinadas disposiciones relativas a Sociedades Anónimas.

Decreto de 29 de febrero de 1952, aclarando el artículo 71 de la Ley en orden a la agrupación de acciones con carácter voluntario para la elección de vocales del Consejo de Administración, tanto para la renovación total como para la parcial del mismo.

Decreto de 10 de agosto de 1954, disponiendo que las Sociedades Navieras de Responsabilidad Limitada no podrán realizar transferencias de sus participaciones sociales, sin aprobación de la Subsecretaría de la Marina Mercante.

Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955, sobre incompatibilidad para Administradores de los Consejos de Administración.

Decreto de 3 de junio de 1955, dictando normas para la regulación de los depósitos que se constituyan a tenor del artículo 167 de la Ley.

Decreto de 21 de febrero de 1958, sobre identidad de firmas impresas en los títulos-acciones, mediante acta notarial que ha de ser inscrita en el Registro Mercantil.

Ordenes de 25 de junio de 1958 y 4 de abril de 1963, sobre exenciones y desgravaciones tributarias de las Sociedades Inmobiliarias.

Ley de 2 de diciembre de 1963, suprimiendo el número 5.º del artículo 43 de la Ley, referente a la mención en las acciones de la no transmisibilidad a extranjeros, salvo cuando por Leyes especiales se limite la misma, o cuando las Sociedades voluntariamente lo mantengan o establezcan.

Y naturalmente la vigente Ley y Reglamento Hipotecarios como informadores y supletorios del sistema registral español.

ORGANIZACION ACTUAL

El precepto inicial es el contenido en el artículo 32 del Código de comercio: «El cargo de Registrador Mercantil se proveerá por el Gobierno, previa oposición». Esta idea que estatúa la creación

de un Cuerpo Especial de Registradores Mercantiles, careció de viabilidad desde su iniciación, por lo que dicho cargo fue atribuido con un carácter provisional a los Registradores de la Propiedad, continuando así en el Reglamento de 1919, si bien con cierta tendencia a convertir en definitiva esa atribución provisional; y, por último, en el presente Reglamento se llega al reconocimiento o identificación de los dos cargos, como funciones diversas de un Cuerpo único de Funcionarios para ambos Registros. Y así desarrollando el criterio de la Exposición de Motivos del Reglamento, se dispone por éste en su artículo 11 lo siguiente: «Los Registradores de la Propiedad, con la cualidad de Registradores Mercantiles, conforme al artículo 32 del Código de comercio tendrán a su cargo los Registros Mercantiles y dependerán de modo inmediato de la Dirección General de los Registros y del Notariado. El nombramiento de los Registradores Mercantiles se hará por el ministro de Justicia y recaerá en el funcionario que obtenga en concurso el Registro de la Propiedad al que actualmente esté incorporado el Mercantil, salvo que estén separados ambos Registros, en cuyo caso se proveerá en el Registrador que corresponda».

El número de Registros Mercantiles existentes en España ha de ser forzosamente inferior a los de la Propiedad, y más aún en cuanto a los Mercantiles en los que puedan efectuar inscripciones de buques o aeronaves. Por ello se dice en el párrafo 1.º del artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil que: «El Registro Mercantil con excepción del Libro de Buques, continuará establecido en todas las capitales de provincia y además en las plazas de Melilla y Ceuta». Añadiéndose por el artículo 177 que se abrirá una Sección especial para las inscripciones referentes a las aeronaves «en los Registros Mercantiles de la provincia donde hubiera matrícula de ellas». Estas disposiciones se completan por el citado artículo 10 en su párrafo 2.º, al determinar con criterio enumerativo: que «los libros destinados a la inscripción de buques se llevarán en Gerona, Barcelona, Tarragona, Castellón de la Plana, Valencia, Alicante, Cartagena, Almería, Motril, Málaga, Cádiz, Sevilla, Huelva, Vigo, La Coruña, Ribadeo, Gijón, Santander, Bilbao, San Sebastián, Palma de Mallorca, Las Palmas, Santa Cruz de Tenerife, Melilla y Ceuta».

En virtud del contenido de estos artículos, podríamos clasi-

ficar los Registros Mercantiles siguiendo a CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE en:

a) Registros Mercantiles plenos, que son aquéllos en los que se comprenden todas las secciones posibles del mismo, como son las de comerciantes individuales, Sociedades, buques y aeronaves.

b) Registros Mercantiles intermedios, en los cuales sólo falta una de esas secciones, bien sea la de buques o bien la de aeronaves.

c) Registros Mercantiles restringidos, cuyo contenido se reduce solamente, bien a las secciones de comerciantes individuales y Sociedades (que a estos efectos podríamos considerar como una sola), o bien a la de buques.

La circunscripción territorial de estos Registros es mucho más amplia que la de los Registros de la Propiedad, pues generalmente comprende el territorio de una provincia, llegando incluso en cuanto a las aeronaves, en el momento actual, a confundirse con el de la nación. Para alterar la circunscripción territorial de cada Registro, así como para la creación o división de los establecidos, se observarán las normas del artículo 275 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento.

La competencia del Registrador Mercantil se determina por un criterio territorial: Lugar del domicilio del comerciante individual y Sociedades; para buques, la capital de la provincia donde estuviesen matriculados (salvo las excepciones indicadas de Cartagena, Motril, Vigo, Ribadeo, Gijón, Melilla y Ceuta); y para aeronaves, el Registro Mercantil de Madrid.

PRINCIPIOS DE LA PUBLICIDAD MERCANTIL

Ni el Código de comercio, ni el Reglamento anterior al vigente formularon los principios fundamentales del sistema en materia mercantil. A falta de tal formulación, el nuevo Reglamento del Registro Mercantil en su título preliminar que trata «del Registro Mercantil en general» formula estos principios básicos del sistema, que no son sustancialmente distintos de los de nuestro sistema Hipotecario Inmobiliario.

El propio Reglamento vigente, por boca de su Exposición de

Motivos, intenta justificarse alegando en defensa propia el haber sido forzado a ello por la reciente regulación especial de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, que al atribuir virtualidad constitutiva a la inscripción registral y al acentuar la creciente importancia de la misma en diversos aspectos, ha hecho necesaria la consagración de tales principios.

Prescindiendo de que sea más o menos apropiado un texto reglamentario para recoger normas de tan marcada índole sustantiva, la realidad es que el Registro Mercantil comprende dos sectores perfectamente diferenciados:

- a) El Registro Mercantil propio, o sea, de comerciantes y empresarios individuales y de Sociedades.
- b) El Registro Mercantil impropio, o sea, de buques y aeronaves.

Se discute, no obstante, si ha sido acertada y aconsejable la formulación genérica de dichos principios que pretenden ser comunes a ambos sectores.

En cuanto a la naturaleza de los principios formulados por el Reglamento, de la propia Exposición de Motivos se deduce que no son distintos en sustancia (como antes se ha dicho) de los principios hipotecarios que rigen el Registro de la Propiedad. Esto es cierto en cuanto se refiere al que hemos llamado Registro Mercantil impropio que afecta a buques y aeronaves, ya que recae sobre cosas, como el Registro de la Propiedad recae sobre inmuebles. Pero ya no puede decirse lo mismo respecto del que hemos llamado Registro Mercantil propio, de comerciantes y Sociedades, y en el que se anuncia a los terceros el nacimiento a la vida de determinadas personas denominadas jurídicas, o su situación personal actual.

La Exposición de Motivos del Decreto que aprueba el nuevo Reglamento del Registro Mercantil considera necesaria la consagración de los siguientes principios:

- El de legalidad, con el consiguiente derecho y deber de una rigurosa calificación a fin de velar por el cumplimiento de todos los requisitos legales.
- El de publicidad formal, de tan acusada importancia en materia mercantil.

— El de legitimación y presunción de exactitud y validez de los asientos.

— Los de tracto sucesivo y prioridad, concretados a determinados casos.

— Finalmente, el de convalidación, aún no recibido en nuestro derecho y que otros Códigos, como el italiano admite.

En el articulado del Reglamento, explícita o implícitamente están contenidos además los siguientes:

— El de Publicidad en sentido material.

— El de inscripción.

— El de especialidad.

— El de perdurabilidad.

— El de rogación o instancia.

Como principios básicos de la publicidad mercantil vamos a examinar más ampliamente los de Inscripción, Prioridad, Legalidad y Publicidad, esta última en su doble aspecto formal y material.

PRINCIPIO DE INSCRIPCION

En este aspecto destacaremos las distintas clases de inscripciones:

a) Inscripción sustantiva. Es aquélla que crea por sí sola el hecho inscribible, aunque no concurre ningún otro de los requisitos establecidos para su nacimiento. Este tipo de inscripción está excluida del Registro Mercantil por el artículo 3.º del Reglamento, al decir que «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a la Ley». Es decir, que la inscripción no dispensa del cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el derecho sustantivo para la validez del acto. Esto no quiere decir que la inscripción no produzca ningún efecto respecto del hecho nulo; produce los derivados de los principios de legitimación y fe pública. Lo que no produce nunca es la convalidación del acto, esto es, no suple ningún elemento necesario para la existencia y validez del mismo.

b) Inscripción constitutiva. Constituye elemento integrante del mismo acto inscrito, de modo que el consentimiento propio de

éste queda incorporado a la inscripción como término formal del mismo proceso. Es necesaria la inscripción para todos los efectos propios del acto. Encuadrados dentro de ella en el Registro Mercantil la constitución de las Sociedades Anónimas y Limitadas y los supuestos de Hipoteca Naval y de Aeronaves.

c) Inscripción necesaria u obligatoria. Es aquélla que aún siendo extraña al acto y posterior a él, es presupuesto de eficacia del mismo, de forma que sin la inscripción el acto existe y se halla estructuralmente perfecto, pero no produce todos los efectos que le son propios. Tales son los casos de las Sociedades Colectivas y Comanditarias, así como la inscripción de los Buques, Aeronaves y los Navieros.

d) Inscripción voluntaria. Es voluntaria la inscripción que no es necesaria ni obligatoria en sentido estricto. Ello no quiere decir que este tipo de inscripción no produzca ningún efecto: Produce los derivados de los principios de legitimación y fe pública, sobreañadidos a la normal eficacia del acto.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD

Exige este principio la colisión entre varios actos inscribibles, de los cuales el primero que se inscriba prevalece con efectos prelativos o excluyentes sobre los demás.

En el aspecto prelativo, sólo tiene aplicación en el caso de que los varios actos inscribibles sean compatibles entre sí (por ejemplo: varios derechos reales de garantía), y funciona en torno a elementos-base de tipo real.

En el aspecto excluyente, actúa respecto de actos inscribibles que sean entre sí incompatibles (por ejemplo: varias transmisiones de dominio otorgadas por un mismo titular registral).

Fuera de estos supuestos hay otros muchos en que la fecha de una inscripción o anotación tiene importancia decisiva para los efectos de la misma. Por todo ello está plenamente justificado que se adopte el sistema de asientos de presentación, anotación de suspensión y de demanda, etc.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

En general podemos considerar la publicidad registral en dos aspectos:

- a) Como notoriedad de los asientos del Registro.
- b) Como exactitud de dichos asientos.

En el primer aspecto nos estamos refiriendo a la llamada publicidad formal. Y en el segundo a la publicidad material. Pasamos a ocuparnos de ambas.

a) *Publicidad Formal*.—Aplicando terminología hipotecaria, podemos definirla con ROCA SASTRE, como el modo de averiguar, investigar o de examinar, y de acreditar, testimoniar o certificar el contenido de los libros registrales. Como decía JERÓNIMO GONZÁLEZ, es el aspecto adjetivo del principio que tiene como finalidad hacer efectiva la notoriedad de las inscripciones, mediante una reglamentación adecuada que permita a los interesados conocer sin grandes investigaciones ni gastos el contenido de los asientos registrales.

La disposición cuarta adicional del Reglamento establece que en materia de publicidad formal, las disposiciones del Reglamento Hipotecario serán supletorias de las establecidas por el mencionado Reglamento del Registro Mercantil. En éste se establece una norma general en el artículo 2.º, párrafo 1.º al decir que «el Registro Mercantil es público», añadiendo el artículo 12.º que «estará abierto al público los mismos días y horas que el Registro de la Propiedad».

El artículo 38 del Reglamento establece que la publicidad del Registro Mercantil se hará efectiva mediante la manifestación de los libros y documentos del Archivo, y en virtud de notas simples informativas o de certificación expedida por el Registrador.

La certificación será el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del Registro. Con ello parece a primera vista ir más lejos que el artículo 225 de la Ley Hipotecaria, que habla de «acreditar en perjuicio de tercero»; pero no es así, ya que la Ley Hipotecaria se refiere a la existencia de cargas o libertad de ellas, mientras que el Reglamento del R. M. se refiere a

la prueba del contenido del Registro; es decir, se limita a negar carácter fehaciente a la simple nota informativa.

b) *Publicidad material*.—Significa este principio que la eficacia de los actos inscribibles respecto a terceros queda subordinada al hecho de la inscripción en el Registro Mercantil. Este principio de publicidad material es en cierto modo un aspecto del principio de inscripción, puesto que ésta es necesaria para que el acto desenvuelva toda su normal eficacia. Está plasmada en el artículo 26 del Código de comercio que dice: «Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción». Lo cual, *a sensu contrario*, está consagrado en el artículo 2.º, párrafo 3.º del Reglamento cuando dice que «los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efecto respecto de tercero».

Añade dicho artículo 26 que «los documentos inscritos no pueden ser invalidados por otros anteriores o posteriores no inscritos». Esta declaración es innecesaria, ya que si el acto no inscrito no produce efectos, menos lo producirá frente al acto inscrito.

Podemos analizar los siguientes problemas con relación a este principio:

1.º ¿Quién es tercero? En principio, indudablemente el llamado tercero civil, esto es, el que no ha sido parte en el acto o contrato cuyos efectos se tratan de determinar, o mejor dicho, el que no es parte en la relación jurídica determinada de manera directa por dicho acto o contrato. Así, por ejemplo, el apoderado no es tercero respecto del poder, aunque tampoco sea parte de él, ya que es parte de la relación jurídica establecida por dicho poder. Ahí bien, mientras que hay casos en que la determinación del tercero está clara con lo expuesto (por ejemplo, en materia de revocación de poderes son fundamentalmente terceros los que contratan con el apoderado no estando inscrita la revocación), en otros casos no está tan clara tal determinación, sobre todo en materias de poderes no inscritos.

2.º Requisitos para que el tercero quede inmune frente al acto no inscrito:

— Es preciso que se trate de actos inscribibles en el Registro

Mercantil, que estén imperativamente considerados como inscribibles por las Leyes o el Reglamento.

— Que el acto no esté inscrito.

— Que el tercero no sea culpable por omisión en procurar la inscripción del acto en el Registro Mercantil. Así resulta del último inciso del párrafo 3.º, del artículo 2.º del Reglamento que dice «no podrá invocarse la falta de inscripción por quien incurrió en su omisión».

— No es requisito la buena fe del tercero.

3.º Se dice que el principio de publicidad tiene un doble juego: Negativo, en cuanto que lo no inscrito no perjudica al tercero; y positivo, en cuanto que lo inscrito le perjudica. La verdadera eficacia del principio es la negativa, ya que el acto inscribible tiene normas sustantivas que regulan su eficacia, la cual, inherente al acto en sí, se halla detenida por la falta de inscripción.

La publicidad material se desenvuelve a través de lo que llama ROCA SASTRE la presunción de exactitud e integridad del contenido del Registro, y que según JERÓNIMO GONZÁLEZ constituye el aspecto sustantivo del principio general de publicidad. Tanto uno como otro autor coinciden en estimar que dicha publicidad material se desdobra en otros dos grandes principios: La fe pública registral y el principio de legitimación.

PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL

Este principio es totalmente nuevo en nuestro Ordenamiento del Registro Mercantil. Está contenido en el artículo 3.º, párrafo 2.º del Reglamento cuando dice que «la declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos del tercero de buena fe adquiridos conforme al contenido del Registro». A la vista de este precepto podemos señalar que este principio ha quedado consagrado en el ámbito del Registro Mercantil de una forma mucho más pura y más amplia que la señalada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para el Registro de la Propiedad. La actuación y requisito del principio pueden resumirse así:

- 1.º La existencia de una inexactitud registral.
- 2.º Adquisición de un derecho por parte de un tercero con-
fiado en la exactitud del contenido del Registro.
- 3.º Declaración de inexactitud del Registro.
- 4.º Mantenimiento de la adquisición del tercero, por la inope-
rancia frente a él de las acciones derivadas de la inexactitud del
contenido registral que era presupuesto para la eficacia o validez
de dicha adquisición.

PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL

En el Reglamento actual este principio se halla centrado en tres preceptos:

Artículo 1.º, párrafo 3.º: «Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y producirán todos sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad».

Artículo 3.º, párrafo 1.º: «El contenido de los libros del Registro se presume exacto y válido».

Artículo 166: «Los asientos del Registro Mercantil harán prueba del dominio o propiedad de los buques, así como de las cargas impuestas sobre los mismos». «La persona que tenga a su favor inscrita la propiedad de un buque disfrutará de todos los derechos que correspondan al dueño y poseedor de buena fe. En caso de no tener la posesión material del buque, podrá adquirirla por cualquiera de los procedimientos sumarios establecidos por las Leyes».

En definitiva: Hay que considerar que la esencia del principio de publicidad, más que a la protección de los terceros, tiende a la conveniencia de fomentar la inscripción por el interés de sus fines generales de publicidad.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.—LA CALIFICACION REGISTRAL

Es la adecuación a la Ley del contenido del Registro Mercantil. Se consigue como dice CASIMIRO GARCÍA JIMÉNEZ en dos fases cronológicamente diferenciadas:

1.ª fase: De documentación auténtica para la constatación de los actos jurídicos que han de tener después acceso al Registro Mercantil. El artículo 8.º del vigente Reglamento dispone que: «La inscripción se practicará en virtud de escritura pública o de documento judicial o administrativo expedido por autoridad o funcionario competente. También podrá practicarse en virtud de documentos privados en los casos expresamente permitidos en las Leyes y en este Reglamento».

2.ª fase: De registración, que se manifiesta al imponerse al Registrador el derecho y el deber de calificar los documentos presentados, a fin de velar por el cumplimiento de todos los requisitos que la Ley exige.

Lo recoge el artículo 5.º del Reglamento, al establecer el principio fundamental de la calificación diciendo: «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad, con referencia a los títulos presentados la competencia y facultades de quienes los autoricen o suscriban, la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad y legitimación de los otorgantes, y la validez del contenido de los documentos, examinando si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo. La calificación se basará en lo que resulte de los títulos presentados y en los correspondientes asientos del Registro».

A continuación el Reglamento en el título correspondiente a la calificación, distingue en su artículo 44 la forma en que puede manifestarse la falta, y dice que «el Registrador considerará faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los títulos inscribibles las que afecten a su validez según las Leyes que determinan su forma, siempre que resulten de los documentos presentados. Del mismo modo apreciará la no expresión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que deba contener necesariamente la inscripción. Si la falta del título fuere conside-

rada subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá a solicitud del interesado anotación preventiva que durará sesenta días. En caso de contener el título alguna falta insubsanable, se denegará la inscripción sin que pueda tomarse anotación preventiva».

El artículo siguiente permite al Registrador manifestar al presentante del documento, o a los interesados, el defecto que haya observado para que si quieren retiren el título, o lo subsanen durante la vigencia del asiento de presentación; o en otro caso extender la nota de calificación que en el título deba poner.

El artículo 49 del Reglamento señala que «los interesados podrán recurrir gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador que suspenda o deniegue la inscripción, sin perjuicio de poder acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos o de su contenido».

En este precepto del Reglamento se hallan contenidos los dos recursos fundamentales contra la calificación del Registrador Mercantil: El recurso gubernativo y el recurso judicial.

En cuanto al recurso gubernativo, están legitimados para entablarlos las personas siguientes:

1.^a La persona individual o jurídica a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción, o su representante legal.

2.^a El Fiscal de la respectiva Audiencia, cuando se trate de documentos extendidos por la Autoridad Judicial y que se refieran a asuntos en que deba ser parte con arreglo a las Leyes.

3.^a El Notario autorizante, en todo caso.

Admite el Reglamento la posibilidad de recurrir «a efectos exclusivamente doctrinales, aun cuando se hubieren inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos alegados en la nota del Registrador» (art. 53).

El plazo para entablar el recurso es el de dos meses a contar de la fecha de la nota de calificación (art. 55).

El procedimiento es el siguiente: Escrito dirigido al Registrador en el que se expresarán sucintamente los hechos y fundamentos de derecho respectivos y se fijará con claridad y precisión los ex-

Tomemos de la nota que sean objeto de impugnación, determinando la reforma que se solicita en todo o en parte de la calificación. A este escrito se han de acompañar los documentos calificados. En el plazo de quince días a contar del siguiente al de la presentación del escrito, el Registrador dictará acuerdo, reformando en todo o en parte, o manteniendo la calificación. Si reforma, extenderá los asientos solicitados; en otro caso se entenderá interpuesto el recurso y se elevará el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado. El acuerdo del Registrador deberá ser claro, preciso y congruente con las pretensiones deducidas y se dictará en diversos párrafos relativos a los hechos y a los fundamentos de derecho; se citarán las disposiciones, sentencias o resoluciones aplicables; y por último, su acuerdo. Elevado el expediente a la Dirección General podrá ésta acordar para mejor proveer que se unan al expediente los documentos que contribuyan al mejor esclarecimiento de las peticiones formuladas y que no consten ya en el expediente, y resolverá el recurso en el más breve plazo posible, sin que exceda de tres meses a partir del día en que figuren o se incorporen en el expediente los documentos necesarios para fundar su decisión. Contra ésta no cabrá ulterior recurso. La resolución de la Dirección General se acomodará en su forma a las reglas contenidas en el artículo 57 para el escrito del Registrador, y a la que nos hemos referido anteriormente; expresará en el último Resultando los defectos definitivamente señalados en el acuerdo y los fundamentos del mismo, y en su parte dispositiva ordenará, suspenderá o denegará la inscripción y declarará que el documento se halla o no extendido con arreglo a las prescripciones y formalidades legales.

Los recurrentes podrán desistir del recurso en cualquier momento.

Al lado del recurso gubernativo, admite el Reglamento en su artículo 64 el recurso judicial, señalando que cuando no se hubiere admitido la inscripción y los interesados, dentro de los sesenta días siguientes al de la fecha del asiento de presentación, interpusieran demanda ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez del título presentado o del acto jurídico en él contenido podrán pedir anotación preventiva de la demanda, la que se retro-

traerá a la fecha del asiento de presentación y durará hasta quince días después de la terminación del procedimiento judicial. En otro supuesto, la anotación de la demanda no surtirá efecto, sino desde su fecha. En ambos supuestos la anotación se cancelará en virtud de mandamiento judicial.

En el litigio no será parte el Registrador, y los Tribunales no acordarán su citación y emplazamiento en el caso de que en tales pleitos fuere demandado. También deberán sobreser el procedimiento en cuanto a dicho funcionario en cualquier momento en que de oficio se haga notar que, contraviniendo la expresa prohibición, se ha entendido el procedimiento con el Registrador.

Alcance de la calificación.—Hemos visto que el principio fundamental de la calificación registral se encuentra establecido en el artículo 5.º del Reglamento del Registro Mercantil antes enunciado. Por lo que se refiere al alcance de la calificación que aquel precepto establece, es preciso recordar que fue intensamente discutida su redacción por la Comisión encargada de la revisión del Reglamento del Registro Mercantil para publicar su edición definitiva de 1956, hoy vigente.

Concretamente, se discutió si debía establecerse o no, un sistema de «calificación mercantil *ex-toto*»; según el cual resulta, que cualquier defecto, grave o no, cualquier omisión de un precepto o cualquier discrepancia de los títulos con los textos legales o meramente reglamentarios, produce una censura adversa que afecta—en el orden práctico—a la totalidad del título.

La adopción de uno u otro punto de vista era de vital importancia, especialmente si se trataba de actos fundacionales de Sociedades.

Algunos miembros de la Comisión estimaron que el criterio de considerar cualquier defecto en el título como bastante para impedir la inscripción en el Registro Mercantil (calificación *ex-toto*) produciría graves consecuencias y trastornos considerables que no podrían justificarse con una vaga alusión a la defensa de la seguridad jurídica del tráfico mercantil, en el que cualquier omisión leve en un título otorgado para ser inscrito en el Registro, o bien un leve roce u oposición a un precepto legal (aunque no sea claramente imperativo) pueda impedir la inscripción de una

Sociedad, de un apoderamiento, o de un acuerdo de la Junta General.

Para evitar esos males, se aprobó, en un principio, el texto siguiente respecto al alcance de la calificación registral:

«Los Registradores, en los documentos presentados, calificarán bajo su responsabilidad:

- a) La legalidad de las formas extrínsecas.
- b) La capacidad y facultad de disponer de los otorgantes o la competencia del Juez, Tribunal o funcionario autorizante.
- c) La legalidad del contenido de los documentos. El Registrador se limitará en este caso a examinar si el referido contenido, infringe o no de manera clara, directa y concreta alguna disposición legal de carácter imperativo. *Cualquier otra clase de infracción no impedirá la inscripción*, quedando reservada su apreciación, a instancia de parte, a los Tribunales de Justicia. En todo caso, el Registrador hará constar la disposición (Ley, Reglamento, Decreto u Orden ministerial) y el artículo infringido en la forma antes dicha, indicando los medios de subsanar la falta, si la subsanación fuera posible».

Sin embargo, el texto de este artículo, entonces en formación, se modificó en el proyecto con la redacción del artículo 5.º del Reglamento del Registro Mercantil antes enunciada y hoy vigente, que es decidido exponente de una calificación «ex-toto».

Pero una reciente resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de marzo de 1967, parece que ha querido abrir brecha en el sistema de calificación «ex-toto», aplicando al Registro Mercantil modos y procedimientos que para el Registro de la Propiedad sanciona el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Y así ante el caso concreto de hallarse inscrita en el Registro Mercantil de Oviedo una cuota de 23.172 pesetas en una Sociedad Limitada a favor de un socio, y al determinarse en el caudal hereditario a su fallecimiento, que su participación social en dicha Sociedad era de 27.776 pesetas, que se adjudicaban a uno de sus herederos, la Dirección General entendió que «dada la similitud que presentan los Registros Mercantil y de la Propiedad—reconocida por el Legislador en la disposición transitoria cuarta del Reglamento del Re-

gistro Mercantil, que declara aplicables al mismo, en cuanto no se opongan, las normas del Reglamento Hipotecario—procede utilizar aquí el argumento analógico y estimar que la falta de coincidencia cuantitativa entre las participaciones de que el causante era titular según el Registro, y aquellas que son objeto de adjudicación en la escritura controvertida, debe resolverse, como permiten las normas hipotecarias, inscribiendo los bienes transmitidos cuyo tracto aparece cumplimentado y suspendiendo o denegando la inscripción de los restantes».

El reciente criterio del Centro Directivo, contrario a la calificación «ex-toto», ha sido defendido por GIMÉNEZ-ARNÁU (Revista de «Derecho Privado» octubre 1967) entendiéndolo aplicable a una serie de casos concretos: Retribución de los consejeros de Sociedades Anónimas; Comisiones Liquidadoras; plazo y forma de convocatorias de Juntas Generales; regulación discrepante de los derechos de impugnación de acuerdos, etc.

Este autor estima que en este punto cabría una equiparación de los dos Registros, y aduce una serie de ejemplos típicamente hipotecarios: Así, como en los libros hipotecarios no tienen cabida menciones y pactos que no tengan carácter real, los Registradores en las notas de calificación de las hipotecas constituidas a favor del Banco Hipotecario hacen constar expresamente que no se ha inscrito la cláusula relativa a las prohibiciones de disponer y de arrendar; o también, vale una hipoteca y se inscribe, aunque se deniegue la inscripción de una cláusula de estabilización que no encaje dentro de las que acepta nuestra jurisprudencia.

Concluye, afirmando, que el sentido del primitivo texto de aquel artículo del Reglamento del Registro Mercantil en discusión por aquella Comisión, viene a coincidir en lo fundamental con los puntos de vista de la Resolución antes citada, en los que se aplica al Registro Mercantil modos y procedimientos que, sin que nadie los discutiera se han venido aplicando en el Registro Inmobiliario.

La aplicación de tal criterio exigiría, por aplicación analógica del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, que el presentante fuera persona autorizada por el Consejo de Administración para poder formular tal petición de que no se practique la inscripción en cuanto a los artículos estatutarios que infringieran las Le-

yes, y de que los pertinentes de ésta sustituyeran a aquéllos. Ello obligaría a hacerlo constar en el acta de inscripción y en la nota extendida al pie del título; con la consecuencia de que la Sociedad, aunque figurase inscrita respecto a los restantes artículos de los Estatutos, siempre estaría afecta en cuanto a dichos artículos no admitidos a la condición suspensiva de que por la Junta General Extraordinaria se restableciera la concordancia legal.

A mayor abundamiento, al ser sustituidos los artículos estatutarios no admitidos por los correspondientes de las Leyes infringidas, como éstas son desconocidas por la mayoría de los socios, resultaría que éstos no conocerían en toda su integridad los preceptos estatutarios de la Sociedad.

Preguntamos: ¿No es, por tanto, más práctico y más rápido el procedimiento de una escritura aclaratoria, que como no contendría referencia alguna a cantidad, cosa o derecho valüables, no sería necesaria ni aún presentarla en las Abogacías del Estado u Oficinas Liquidadoras del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, a tenor del artículo 113 del texto refundido vigente, en lugar de aquel otro procedimiento de reunión del Consejo de Administración para la autorización antes dicha al presentante, y consiguiente convocatoria y celebración de la Junta General para restablecer la concordancia legal?

Concluyendo: Consideramos no aceptable el criterio antes expuesto de GIMÉNEZ-ARNÁU en su antes relacionado artículo, y estimamos que al haber sido rechazado tal criterio por la Comisión de Reforma del Reglamento, es un problema de «lege ferenda» que ha de resolverse por el Legislador si lo estima conveniente, o por la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado si persiste en la doctrina de similitud de los Registros Mercantil y de la Propiedad iniciada en su resolución de 16 de marzo de 1967, caso resuelto enteramente distinto de los relativos a actos fundamentales de Sociedades.

FINES DE LA PUBLICIDAD MERCANTIL

Según la Exposición de Motivos del Reglamento, los fines principales de la reforma han sido:

a) Adaptar el Registro a las recientes reformas legislativas en materia de Sociedades Anónimas, de Responsabilidad Limitada y de Hipoteca de Aeronavas.

b) La conveniencia de robustecer los principios básicos del sistema, en atención a la creciente importancia que a la inscripción en el Registro Mercantil vienen asignando las Leyes modernas; para tal robustecimiento, según reconoce la propia Exposición, se ha tomado como base la técnica del Registro Inmobiliario, apartándose con ello del criterio tan reiteradamente expuesto por GARRIGUES en orden a las esenciales diferencias entre uno y otro Registro.

c) Simplificación de los asientos del Registro para darles mayor agilidad y hacer resaltar en ellos las circunstancias de mayor interés. Hay que hacer notar, sin embargo, que en este aspecto la reforma ha sido más bien retoque, sin afectar en modo alguno a lo esencial del sistema del Registro.

Afirma la Exposición de Motivos que ha huido deliberadamente de abordar y resolver en el Reglamento cuestiones de Derecho Sustantivo. No obstante, no siempre ha sucedido así; baste citar como ejemplo las normas siguientes: el cambio de domicilio dentro de la misma población (art. 105); autorización a los Administradores para ejecutar los acuerdos de la Junta General sobre aumentos de capital (arts. 115 y 116); celebración de la Junta General Universal en lugar distinto del domicilio social, siempre que lo sea en territorio español (art. 119); la extensión a todas las Sociedades de la imposibilidad de adoptar una denominación idéntica al de otra Sociedad preexistente (art. 14), etc.

El artículo 14 del Reglamento señala que en los Registros Mercantiles se llevarán los siguientes libros:

1. Diario de presentación de documentos.
2. Libro de inscripciones de Comerciantes o empresarios individuales.
3. Libro de inscripciones de Sociedades, dividido en tres secciones: Una de Sociedades Colectivas y Comanditarias; otra de Sociedades Limitadas; y otra de Sociedades Anónimas.
4. Indices.

5. Libro de honorarios.
6. Libro de Estadística.
7. Inventario.

En los Registros Mercantiles donde exista registro de buques, se llevará un libro de inscripciones de buques y un libro de inscripciones de buques en construcción.

Asimismo en las capitales de provincia donde exista matrícula de aeronaves, se llevará un libro de inscripción de aeronaves y otro de inscripción de aeronaves en construcción.

Independientemente de estos libros obligatorios los Registradores Mercantiles podrán llevar los libros y cuadernos auxiliares que juzguen conveniente para el buen servicio de la Oficina.

Este precepto del Reglamento es desarrollo del artículo 19 del Código de comercio que dice: «El Registrador llevará los libros necesarios para la inscripción, sellados, foliados y con nota expresiva en el primer folio de los que cada libro contenga, firmada por el Juez Municipal. Donde hubiere varios Jueces Municipales podrá firmar la nota cualquiera de ellos».

Son libros principales los de inscripciones y el Diario de operaciones o de presentación de documentos. Los demás son libros accesorios y auxiliares. Respecto de los libros provisionales, nada dice el Reglamento, pero hay que entender aplicables los artículos 402 y siguientes del Reglamento Hipotecario conforme a la disposición adicional 4.^a.

Los artículos 15 y siguientes del Reglamento regulan de forma análoga al Registro de la Propiedad, los requisitos formales de todos estos libros: Número de folios, extensión, portadas, notas de apertura y cierre, encasillado y visado de libros. Siguiendo a CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE vamos a sintetizar seguidamente dichos preceptos del Reglamento:

a) *Libros principales.*

Sólo pueden ser considerados como tales el Libro Diario de presentación de documentos y el de inscripciones, los cuales, si bien con distintas dimensiones, deberán constar de 250 folios útiles, numerados y sellados con el del Registro en el ángulo superior

derecho de cada uno, encuadernados en el formato oficial y llevando estampada en la parte superior de la hoja sin numeración que se dedica a portada, las palabras «Registro Mercantil de...», «tomo ...», número ...» y «sección».

Requisitos comunes a ambas clases de libros son los de que todos los folios tendrán que encontrarse encasillados; y que dichos libros se confeccionarán y distribuirán bajo la dirección e inspección del Colegio Nacional de Registradores. Pero así como el libro Diario es único para cada Registro Mercantil, no ocurre lo mismo con los libros de inscripciones, de los que tendrán que llevarse tantos como secciones comprenda el Registro Mercantil de que en cada caso se trate.

b) *Libros Accesorios.*

Hemos de considerar como tales, según el artículo 14 del Reglamento, los de índices, honorarios, estadística, e inventario.

1.º Libro índice. En cuanto a ellos, se dispone por el artículo 39 del Reglamento que se formarán en cuadernos o tomos separados de papel común, numerándose sus folios y sellándose con el sello de la Oficina, debiéndose llevar tantos como secciones se comprendan en el Registro Mercantil de que se trate. Su contenido consistirá en recoger por orden alfabético y en cada una de las cuatro casillas que los mismos comprenden:

— Los apellidos y nombres del comerciante o empresario individual, la razón o denominación de la Sociedad; el nombre o distintivo del buque, y esa misma circunstancia en cuanto a la aeronave.

— El domicilio del comerciante o empresario individual; el de la Sociedad, o el lugar de matrícula del buque o de la aeronave.

— El número de la hoja que haya sido destinada a cada comerciante o empresario individual; a la Sociedad; al buque o a la aeronave, así como el tomo y el folio en que se encuentra.

— Las observaciones que en cada caso procedan.

2.º Libros de honorarios y de inventario. Están destinados, como su mismo nombre indica a hacer constar los honorarios que

devenguen en el Registro el documento de que se trata, mediante un casillero ajustado a los distintos conceptos y número del Arancel (art. 40) y a contener inventario de todos los libros y legajos existentes en el Registro Mercantil, adicionándose por años a este último, o antes, si hubiese cambio de titular en el Registro, todos los que durante ese periodo se hayan abierto e incorporado, por tanto, al Archivo (art. 41). Igualmente se hará constar en el libro inventario el cambio de titularidad del Registro, mediante la oportuna diligencia de entrega que será firmada por los Registradores saliente y entrante.

3.º Libro de estadística. Su finalidad es puramente extrarregistral. Consiste en reunir una serie de datos de la misma Oficina que remitidos anualmente a la Dirección General de los Registros, permita el que se pueda formar a su vez por ella un resumen estadístico nacional, de gran utilidad para todos los que directa o indirectamente se relacionan con la materia que es objeto de registración (art. 191).

El primero de estos estados se refiere a los comerciantes o empresarios individuales.

El segundo está a su vez dividido en dos secciones: la primera, está dedicada a las Sociedades, comprendiendo el número de las constituidas, clasificadas a su vez en atención a la forma y por la índole de sus operaciones. Y la segunda dedicada a las Sociedades ya constituidas.

El tercero está dividido en tres secciones, expresivas: En la primera el número de buques inscritos; en la segunda se recogerán todos los actos y contratos referentes a los mismos, con exclusión de los que son objeto especial de la sección tercera, en la cual se recogerán los datos relativos al número e importancia de los préstamos a la gruesa y de las hipotecas navales.

El cuarto estado es sencillamente una copia de los datos indicados para el tercero, pero con la diferencia de que su objeto lo constituyen las aeronaves en vez de los buques.

El quinto es, en definitiva, el mismo libro de honorarios que antes indicamos, pero adicionándole a los datos que en él figuran los referentes a los gastos de la Oficina. Y teniendo como nota especial este estado, la de que los datos que figuran en el mismo

no son resumidos y publicados posteriormente por la Dirección General de los Registros, como ocurre con los cuatro anteriores.

c) *Libros y documentos auxiliares.*

Son los que con carácter discrecional pueden llevarse en los Registros Mercantiles por considerarlos convenientes para el buen servicio de la Oficina el titular que esté al frente de ella.

Como tales podemos considerar a los legajos, cuyo número está determinado taxativamente por el artículo 42 del Reglamento, cuya enumeración señala el mínimo número de los que obligatoriamente habrán de formarse en los Registros Mercantiles, pero sin obstaculizar la formación de otros que se estimen también convenientes a juicio del Registrador. Como obligatorios señala este artículo los siguientes:

— El de copias de solicitudes y de títulos inscritos que no tengan matriz en protocolo notarial o en Archivo público.

— El de copias de escrituras de ventas de buques autorizadas por Cónsul español.

— El de mandamientos judiciales.

— El de comunicaciones oficiales.

Dentro de cada legajo se numerarán los documentos que tengan por orden cronológico de despacho.

Aparte de los legajos antes indicados, el Registro Mercantil es el depósito obligado de ciertos libros y documentos, según varias disposiciones legales; por ello ha dispuesto el artículo 43 del Reglamento que los Registradores Mercantiles estarán obligados a recibir y a custodiar los libros y documentos siguientes:

— Conforme al artículo 99 del Código de comercio, los libros oficiales de los agentes de bolsa, corredores de comercio y corredores intérpretes de buques, en los casos de inhabilitación, incapacidad o suspensión de oficio de cualquiera de ellos.

— Según el artículo 49 del mismo Código de comercio, recibirán y archivarán los libros, correspondencias y documentos de las compañías disueltas por convenio o por sentencia.

— También conservarán las matrices prevenidas en el artículo 247 del Reglamento Hipotecario, hasta que acreditada en forma fehaciente la cancelación, se devuelvan a la persona o entidad emisora o se proceda a su inutilización.

MODO DE LLEVAR EL REGISTRO: PROCESO DE REGISTRACION

Es muy semejante al del Registro de la Propiedad, y se regula esta materia en el título primero del nuevo Reglamento, cuyas disposiciones fundamentales podemos condensarlas de la siguiente forma:

— El Registro se lleva abriendo una hoja numerada en guarismo, siguiendo el orden cronológico de las respectivas inscripciones, en el libro correspondiente a cada comerciante individual, Sociedad, buque o aeronave.

— Se conocen las mismas clases de asientos que en el Registro de la Propiedad, y así dice el artículo 21: «Las inscripciones y cancelaciones se practicarán en la hoja respectiva, a continuación una de otra, sin dejar claros ni huecos entre ellas, y tendrán una numeración correlativa y especial que se consignará en guarismos al margen de los asientos. Las anotaciones preventivas y sus cancelaciones se señalarán al margen con letras, por riguroso orden alfabético».

— La redacción de los asientos se ajustará en lo posible a los modelos oficiales. Pueden utilizarse guarismos, con algunas excepciones, y han de ir firmados con firma entera o con media firma por el Registrador.

— Es indispensable el previo pago de los impuestos que devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir. No se exige este requisito para el asiento de presentación.

— La duración del asiento de presentación es también de sesenta días; si bien, debido a la brevedad que exige el tráfico mercantil el plazo para despachar las inscripciones es de ocho días a partir de la vigencia del asiento de presentación.

— El Registro Mercantil estará abierto al público los mismos días y horas que el Registro de la Propiedad.

No obstante, carece el nuevo Reglamento de una doctrina general de la anotación preventiva, aunque se presupone su existencia y se alude a algunos tipos de ella. Según GONZÁLEZ ENRÍQUEZ es éste uno de los defectos más graves del nuevo Reglamento.

OBJETO DE LA PUBLICIDAD MERCANTIL

Ya hemos dicho que según el artículo primero del Reglamento «el Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de los comerciantes o empresarios individuales, Sociedades Mercantiles, buques y aeronaves». Examinaremos por separado cada uno de estos objetos de la publicidad mercantil.

INSCRIPCION DE COMERCIANTES INDIVIDUALES

El artículo 69 del Reglamento dice que «conforme a lo dispuesto en los artículos 17 y 18 del Código de comercio, la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los comerciantes o empresarios mercantiles o individuales; pero los no inscritos no podrán pedir la inscripción de documento alguno en dicho Registro ni aprovecharse de los efectos legales de éste. Sin embargo, será obligatoria la inscripción del naviero».

Hay que distinguir en esta materia quienes son inscribibles y los requisitos para la inscripción.

I) *Quienes son inscribibles.*—Sólo lo serán en concepto de comerciantes individuales:

- 1.º Los varones mayores de edad con plena capacidad civil.
- 2.º Las mujeres solteras o viudas mayores de edad con plena capacidad civil.
- 3.º Las mujeres casadas mayores de edad, con consentimiento expreso o presunto del marido.
- 4.º Las mujeres casadas, mayores de edad, separadas de su marido por sentencia firme y aquéllas cuyo esposo esté sujeto a tutela, declarado ausente, o sufriendo pena de interdicción civil.

5.º Los menores o incapacitados que, debidamente representados por sus tutores y previa autorización del consejo de familia, continúen el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes.

6.º Los extranjeros que teniendo capacidad para contratar con sujeción a las Leyes de su país, ejerzan el comercio en España.

II) *Requisitos de la inscripción.*—La persona que solicite ser inscrita como comerciante en el Registro Mercantil presentará al Registrador de la provincia en que haya de dedicarse al comercio, una instancia con firma legitimada en la que expresará las circunstancias del artículo 71 del Reglamento. El comerciante afirmará bajo su responsabilidad no estar incurso en ninguna de las incapacidades de los artículos 13 y 14 del Código de comercio.

Junto con esta instancia, y como documentos complementarios, presentará el documento que acredite haberse matriculado o solicitado el alta en la matrícula de la Contribución Industrial, o el recibo de haber satisfecho el último trimestre de la misma.

Para los casos de anomalía establece el Reglamento la posibilidad de tomar anotación preventiva. Y así el artículo 83 dispone que los jueces ante quienes se tramiten autos de suspensión de pagos o quiebra de un comerciante individual, librarán mandamiento al Registro Mercantil correspondiente al domicilio del comerciante para la práctica de la anotación preventiva ordenada en el artículo 4.º de la Ley de 1922, en el número 4 del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria y preceptos concordantes. Si el comerciante no estuviera inscrito, se hará la previa inscripción del mismo en virtud del mandamiento judicial, que deberá contener en este caso las circunstancias necesarias para dicha inscripción.

Una vez inscrito el comerciante individual pueden hacerse constar en sucesivas inscripciones todos los documentos relativos a su tráfico, señalando el artículo 76 del Reglamento a este respecto cuales son los actos inscribibles, como poderes, autorizaciones maritales, capitulaciones matrimoniales, emisión de obligaciones, títulos de propiedad industrial, etc.

Hay normas especiales para la mujer comerciante y para determinar los derechos de la mujer casada con comerciante inscrito.

INSCRIPCION DE SOCIEDADES

El artículo 17 del Código de comercio la proclama obligatoria. Esta necesidad de la inscripción vuelve a reiterarse en el artículo 119 del mismo cuerpo legal, al señalar que toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil.

En análogo sentido, la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 vuelven a insistir sobre la obligatoriedad de la inscripción de dicha clase de Sociedades.

Se trata, pues, de un caso de inscripción necesaria u obligatoria. Inscripción necesaria es aquélla que aún siendo extraña al acto y posterior a él, es presupuesto de eficacia del mismo, de forma que sin la inscripción el acto existe y se halla estructuralmente perfecto, pero no produce los efectos que le son propios. Ahora bien: hay que distinguir dos tipos de inscripción necesaria u obligatoria: La necesaria para todos los efectos del acto; y la que lo es tan sólo para algunos de dichos efectos.

Con el primero de estos grupos surge el supuesto de inscripción constitutiva, como máximo grado de obligatoriedad (para todos sus efectos) y dentro de él podemos situar varios casos a propósito del Registro Mercantil, siendo el más importante el de la constitución de las Sociedades Anónimas y Limitadas. Sus respectivas Leyes exigen la inscripción como presupuesto formal «ad substantiam» y con ello determinan la ineficacia total e inexistencia de las Sociedades de este tipo no inscritas. Rechazan, por tanto, la figura de la Sociedad irregular. La inscripción cumple respecto de estos tipos sociales tres finalidades fundamentales:

1.ª Un control de legalidad de la escritura y Estatutos, mediante la calificación del Registrador.

2.ª Es el acto estatal preciso para la concesión de la personalidad jurídica.

3.ª Función de publicidad; que tiene en estos tipos sociales una importancia decisiva, a causa del peligro que para los terceros envuelve la limitación de responsabilidad.

Al tipo de inscripción necesaria sólo para alguno o algunos efectos del acto pertenecen la constitución de los demás tipos sociales, en los que la falta de inscripción determina, no la ineficacia de la Sociedad, sino la aparición de la figura de la Sociedad irregular (sólo, por tanto, posible con las colectivas y comanditarias).

Las Sociedades que se inscriben en el Registro Mercantil son las siguientes, según dice el artículo 84 del Reglamento:

1.º Las Sociedades que se constituyan con arreglo a las disposiciones o formas del Código de comercio o a Leyes especiales.

2.º Las Sociedades extranjeras que quieran establecer o crear sucursales en España, según los artículos 15 y 21 del Código de comercio.

3.º Las Compañías Mutuas de Seguros cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la Mutualidad, o se convierten en Sociedades a prima fija.

Precisamente las Compañías de Seguros y Capitalización, no podrán ser inscritas en los Registros especiales del Ministerio de Hacienda sin la previa inscripción en el Registro Mercantil (artículo 85).

En el artículo 84 se advierte la omisión de las Sociedades civiles con forma mercantil de que habla el artículo 1.670 del Código civil.

Es interesante señalar que el Reglamento plantea y resuelve algunos problemas de Derecho Internacional Privado en lo relativo a inscripción de Sociedades. Concretamente:

a) Derecho aplicable por el Registrador en su función calificadora. Como es natural, el artículo 87 sólo regula la cuestión respecto de las Sociedades domiciliadas en España, únicas inscribibles en el Registro Mercantil. Respecto de las mismas, impone dicho artículo la aplicación del Derecho español en todo caso, salvo en cuanto a la capacidad de los otorgantes extranjeros. De cuya capacidad y conocimiento de la Legislación correspondiente deberá dar fe el Notario autorizante o el Cónsul respectivo.

b) El artículo 88 permite a las Sociedades extranjeras que establezcan sucursales en territorio español, inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente.

c) En cuanto a las Sociedades extranjeras que adopten la nacionalidad española, en la inscripción se hará constar su domicilio

en España, balance del día anterior al acuerdo, capital social y patrimonio líquido.

Respecto a la nacionalidad de las Sociedades, la Dirección General de los Registros ha tenido ocasión de manifestarse sobre este punto, con motivo del Informe de 23 de marzo de 1966, sobre adquisición de fincas rústicas por extranjeros. El Centro Directivo llega a la conclusión de que «el criterio generalmente admitido para distinguir entre Sociedades nacionales y extranjeras es el del *domicilio-constitución*, tal como resulta de conjugar lo dispuesto en el artículo 28 del Código civil (las Asociaciones reconocidas por la Ley y *domiciliadas* en España gozarán de la nacionalidad española siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código), con el artículo 15 del Código de comercio (las Compañías *constituidas* en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las Leyes de su país en lo que se refiere a su capacidad para contratar y a las disposiciones de este Código en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español y a sus operaciones mercantiles), por lo que se entiende que sólo las Sociedades constituidas con arreglo al Derecho español y domiciliadas en España son sociedades españolas, debiendo considerarse extranjeras las que no reúnan esas dos circunstancias».

Si bien, y con relación al caso planteado en el Informe, advierte que «la nacionalidad de las Sociedades así entendida determina sujeción a efectos normativos y de conflicto de Leyes, pero no siempre su posición en Derecho de extranjería, pues, respecto a éste, a veces es acogida la 'Teoría del Control', lo que ya se podría inducir del Código civil, artículo 28, II en relación con el 27; esto es, que sin perjuicio de la noción admitida de la nacionalidad de la Sociedad, determinada ésta por su sede social y constitución, es posible que Leyes especiales tengan en cuenta la idea de control, dado el signo más o menos discriminatorio que es propio de la condición jurídica del extranjero».

En la hoja abierta a cada Sociedad se inscribirán obligatoriamente:

- 1.º La constitución de la Sociedad.
- 2.º Los aumentos o disminuciones del capital.

3.º La prórroga del plazo de duración.

4.º Las emisiones de obligaciones de todas clases, cédulas, billetes de Banco y las amortizaciones ordinarias y extraordinarias de unas y otros.

5.º El nombramiento y cese de Administradores y Liquidadores.

6.º Los poderes, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de las escrituras de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción.

7.º La fusión, transformación, rescisión parcial, disolución y liquidación de la Sociedad.

8.º Todos los actos, contratos y acuerdos sociales que modifiquen el contenido de los documentos inscritos e influyan sobre la libre disposición del capital (art. 86).

El documento auténtico a efecto de la inscripción, lo establece de modo general el artículo 8 del Reglamento: «La inscripción se practicará en virtud de escritura pública o de documento judicial o administrativo expedido por autoridad o funcionario competente. También podrá practicarse en virtud de documento privado, en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en este Reglamento». Amplían este artículo, con relación concretamente a las Sociedades, los artículos 90, 91 y 92 del Reglamento.

Asimismo, el Reglamento detalla las circunstancias de las inscripciones de los diferentes tipos de Sociedades.

El libro de inscripción de Sociedades tiene tres secciones: La primera, para las Colectivas y Comanditarias; la segunda, para las Limitadas; y la tercera, para las Anónimas (art. 14).

En cuanto al Registro General de Sociedades Mercantiles, es organizado por el artículo 144 del Reglamento del Registro Mercantil en la Dirección General de los Registros y del Notariado, disponiendo que no se podrá inscribir ninguna Sociedad con razón o denominación social idéntica a la de otra Compañía preexistente de cualquier clase inscrita en el Registro que regula dicho artículo.

Este precepto hay que entenderlo complementado por las resoluciones de la Dirección General de los Registros, de 6 y 14 de

mayo de 1968 que aprueban el modelo oficial de solicitud-certificación para dicho Registro General y dictan algunas normas para el funcionamiento del mismo. Este modelo oficial comenzará a utilizarse el 1 de junio de 1968; los impresos irán numerados y serán únicos para todas las certificaciones, cualquiera que sea la naturaleza de la Sociedad a que se refieran.

Asimismo, teniendo en cuenta que el citado Registro General es de denominaciones, siendo su finalidad impedir que se constituyan Sociedades con el mismo nombre de otras preexistentes, el Centro Directivo ha dispuesto:

1.º En lo sucesivo, el contenido normal de las certificaciones que se expidan por el Registro General de Sociedades se consignará brevemente mediante un sello de caucho o por cualquier otro procedimiento de escritura que, según lo que conste en los ficheros, tendrá el siguiente texto:

«No figura registrada la expresada denominación».

«Figura registrada la expresada denominación».

Se entenderá que figura registrada la denominación que se solicita, cuando la variación consista sólo en:

— La utilización de las mismas palabras puestas en diferente orden.

— La unión con guiones de los mismos vocablos.

— El uso de palabras que, aunque se escriban de modo diferente, tengan la misma expresión fonética.

— La agregación de algún término de uso general, que no establezca una clara diferenciación de la denominación solicitada con otra preexistente (ej.: las palabras nacional, español, sociedad, compañía u otras similares).

— La sustantivación o adjetivación de denominaciones ya utilizadas (ej.: Construcciones X y Constructora X; Industria X e Industrial X, etc.).

— La simple utilización del plural, salvo cuando lógicamente no sea posible la confusión (ej.: Establecimiento Arias y Establecimientos Arias. Se estimará diferenciación suficiente la que existe entre El Nogal y Los Nogales; en éste la certificación será negativa).

2.º Cuando el peticionario desee conocer las sociedades preexistentes con igual denominación que la solicitada, escribirá la palabra «extensa» en la casilla correspondiente de la instancia.

3.º En el supuesto de que existan denominaciones análogas a la solicitada, se consignará en la certificación lo que resulte del Registro.

4.º Las certificaciones irán firmadas por los funcionarios que manejen el fichero y llevarán el visto bueno del Jefe del Registro.

Otras conexiones de las Sociedades con el Registro Mercantil las encontramos en:

a) *Por Ley de 26 de diciembre de 1958* se crean las Sociedades de Inversión Mobiliaria, cuya finalidad es la adquisición, administración y enajenación de valores mobiliarios para compensar por una adecuada composición de sus activos, los riesgos y los tipos de rendimiento. Estas Sociedades no podrán tener participación mayoritaria, económica o política en otras Sociedades, ni podrán emitir obligaciones ni admitir depósitos ni cuentas corrientes de valores o efectivo. Gozan de diferentes beneficios fiscales y principalmente de la exención de los Impuestos de Rentas del capital y del de Sociedades, que han sido ampliados por *Decreto de 27 de julio de 1964*, y aún más respecto a las Sociedades de Inversión Mobiliaria que tengan por objeto exclusivo la tenencia de acciones u otros títulos representativos del capital o deudas de Sociedades extranjeras, según el *Decreto de 10 de noviembre de 1966*.

Su capital no podrá ser inferior a cincuenta millones de pesetas, y la mitad más uno de sus administradores han de ser españoles, y han de estar debidamente inscritas en el Registro Especial de Sociedades y Fondos de Inversión que se lleva en el Instituto de Crédito a medio y largo plazo, según la *Orden de 5 de junio de 1964*.

b) *Asociaciones y Uniones Temporales de Empresas.*

La *Ley de 28 de diciembre de 1963*, siguiendo las directrices y medidas trazadas por el Plan de Desarrollo y establecidas en el *Decreto de 23 de noviembre de 1962*, ha considerado la conveniencia de estimular la creación de asociaciones y uniones de empresas,

siempre que se dediquen a actividades de interés para la economía nacional, pero sin que la integración de estas empresas entrañe la fusión de sociedades que aparece regulada en los artículos 142 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, que no es objeto de la presente Ley. Se distinguen en ella dos clases de uniones: Las Sociedades de Empresas y la Agrupación Temporal de Empresas.

Las *Sociedades de Empresas* son aquéllas compañías anónimas constituidas por sociedades o empresarios individuales, agrícolas (a este solo efecto podrán inscribirse en el Registro Mercantil los empresarios agrícolas individuales), industriales o mercantiles, que manteniendo su propia personalidad y la libertad de mercado, tengan por objeto alguno de estos fines: expansión y modernización de instalaciones productivas; aportación y adquisición de maquinaria y bienes de equipo; promoción de ventas de los productos obtenidos en los mercados interior y exterior; y estudio de nuevas técnicas de métodos de producción. Los empresarios individuales deberán figurar inscritos en el Registro Mercantil, y en su inscripción consignarse la cifra de valoración que asignen a su empresa. La Sociedad de Empresas formada habrá de constituirse bajo la forma de Sociedad Anónima, cuyas acciones serán nominativas, y en cuya escritura deberá consignarse la valoración que cada uno de los componentes atribuye a su empresa, y la conformidad de los demás a dicha valoración; y la obligación de mantener la unidad económico-jurídica de sus empresas, señalando los límites y garantías para el cumplimiento de los fines propuestos. En el caso de emisión de obligaciones, cada una de las empresas asociadas determinará la cuota-parte con que garantiza la emisión, que estará en proporción de su capital desembolsado en la Sociedad formada (arts 1.º al 6.º).

La *Agrupación Temporal de Empresas* constituida por la unión de varias empresas que temporalmente se asocian para el mejor desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, que pueden tener carácter público o condición de obra o servicio privado. Deberá constituirse por escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, y se designará un gerente único con poderes suficientes de todos y cada uno de sus componentes; pero no obstante, tal precepto de la Ley, en la práctica se suele nombrar un Comité de

Gerencia, compuesto de un representante de cada una de las empresas agrupadas. La denominación social de la unión deberá ir precedida de las palabras «Agrupación Temporal de...».

Los preceptos de la precedente Ley han sido desarrollados por la *Orden de 25 de enero y Decreto de 27 de julio de 1964*, y *Orden de 5 de abril de 1965*, respecto al procedimiento y trámites a seguir para la constitución de ambas clases de Uniones de Empresas, mediante un expediente instruido por el Instituto de Crédito a medio y largo plazo, y aprobado definitivamente a propuesta del mismo por el Ministerio de Hacienda, para la obtención de los diferentes e importantes beneficios fiscales concedidos a tales uniones de empresas.

c) Por *Orden de 5 de junio de 1964* se autoriza la creación de Fondos de Inversión Mobiliaria, de cuantía variable, como un paso más en el fomento de las Sociedades de Cartera, como instrumento para impulsar el ahorro y cuyo objeto tiene por finalidad la adquisición, administración y enajenación de valores mobiliarios admitidos a la cotización oficial para compensar por una adecuada composición de sus activos, los riesgos y los tipos de rendimiento de sus diferentes inversiones. Deberán inscribirse necesariamente en el Registro Especial de Sociedades y Fondos de Inversión que se lleva en el Instituto de Crédito a largo y medio plazo.

La dirección, administración y representación del Fondo recaerá necesariamente en una Sociedad Gestora, que ha de inscribirse en aquel Registro Especial, y ha de ser Sociedad Anónima que tenga tal fin como objeto social y cuyas acciones serán nominativas; la mitad más uno de sus administradores serán de nacionalidad española y no han de pertenecer a ningún Banco o Caja de Ahorro. Los valores que integren el patrimonio del Fondo han de ser depositados en un Banco inscrito en el Registro Oficial de Bancos y Banqueros, así como en el Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorro o en cualquiera de las Cajas de Ahorro que de él dependan. La escritura pública de constitución del Fondo será otorgada por la Sociedad Gestora en unión del Banco depositario.

La cuantía del Fondo—que se distribuye en participaciones—, que ha ido aumentándose en los años posteriores a partir de 50 millones de pesetas, no podrá ser inferior en la actualidad a mil

quinientos millones de pesetas en el acto de su constitución, y si dicha cuantía se redujera a menos de 1.200 millones de pesetas, se considerará abierto un plazo de seis meses, durante el cual aquélla deberá alcanzar nuevamente la cifra mínima de 1.500 millones, o, en caso contrario, será cancelada su inscripción en el Registro Especial de Sociedades y Fondos de Inversión, perdiendo automáticamente las exenciones fiscales a partir de dicho momento, según se dispone en la *Orden de 14 de febrero de 1970*, que modifica en tal sentido el requisito 3.º del número 1.º de la referida Orden de 5 de junio de 1964, y asimismo el requisito 1.º del artículo 2.º de dicha Orden, en el sentido de aumentar el capital social de las Sociedades Gestoras a un mínimo de 150 millones de pesetas por cada Fondo a su cargo, y sin que el número de éstos pueda exceder de dos.

Los Fondos gozan de los mismos beneficios fiscales que las Sociedades de Inversión Mobiliaria.

d) *La Ley de 18 de marzo de 1966* de Prensa e Imprenta, en su artículo 10 distingue las publicaciones periódicas y las unitarias, dando lugar esta clasificación a las Empresas periodísticas y a las Empresas editoriales.

Las *Empresas periodísticas* han de ser forzosamente constituidas por personas naturales o jurídicas de nacionalidad española y con domicilio en España. El capital ha de ser español, aunque será posible la participación de un 20 por 100 en favor de españoles no residentes en España. Cuando la forma jurídica adoptada sea la de Sociedad Anónima, las acciones serán nominativas e intransferibles a extranjeros, y la Sociedad deberá tener como objeto social expreso la publicación por cuenta propia de impresos periódicos y no podrá dedicarse a otras actividades que no tengan relación directa con las de carácter informativo o editorial. Si la cualidad de socio la ostenta una Sociedad por acciones, será necesario que sus acciones sean también nominativas e intransferibles a extranjeros, así como que la actividad periodística figure estatutariamente entre sus fines sociales. En estas Sociedades podrá existir una Junta de Fundadores, como órgano encargado de velar por la permanencia de los fines ideológicos, cuya composición y atribuciones deberán establecerse en la escritura de constitución

y Estatutos Sociales (arts. 16 al 20). De lo dispuesto en los artículos 18 al 20, quedan exceptuadas las personas jurídicas que de acuerdo con sus finalidades asociativas pretendan publicar revistas de carácter técnico, científico o profesional (art. 21).

Las *Empresas editoriales*, o sean aquéllas cuya finalidad sea las publicaciones unitarias, o sea: libros, folletos, hojas sueltas y otros impresos análogos, habrán de constituirse por personas naturales o jurídicas de nacionalidad española y con residencia en España, pudiendo participar en ellas hasta un 50 por 100 de su capital o patrimonio social los españoles no residentes en España, y las personas naturales pertenecientes a los países de las áreas idiomáticas española y portuguesa (art. 50).

La Ley igualmente regula las Agencias informativas españolas y extranjeras, y las Empresas importadoras de publicaciones editadas en el extranjero (arts. 43 al 49 y 55 al 57).

Varios *Decretos de 31 de marzo de 1966*, regulan los Registros administrativos que se crean en el Ministerio de Información y Turismo, donde habían de inscribirse forzosamente las diferentes Empresas y Agencias que regula y distribuye la Ley de Prensa e Imprenta, antes de dar comienzo al ejercicio de sus actividades. Cuando la forma jurídica de la Empresa sea la de Sociedad Anónima, habrá de presentarse, además de otros requisitos, para la inscripción en dichos Registros administrativos, copia autorizada de la escritura pública de constitución de la Sociedad, con certificación de inscripción en el Registro Mercantil. Igualmente habrán de presentarse copia autorizada de los acuerdos sociales relativos a nombramiento de Administradores y Gestores, composición de los órganos de administración y gestión, con certificación del correspondiente asiento en el Registro Mercantil.

e) *La emisión de obligaciones* por Comerciantes, Sociedades, Asociaciones y otras personas jurídicas tiene numerosos antecedentes normativos en el Código de comercio, Reglamento del Registro Mercantil, Ley Hipotecaria y de Hipoteca Mobiliaria y Ley de Sociedades Anónimas, pero falta dicha regulación respecto a aquéllas Sociedades que no hayan adoptado la forma de Anónimas, y se ha hecho necesario salvar la laguna legal que en esta forma credi-

ticia se observa en factor tan importante en periodo de desarrollo económico.

A tal efecto se promulgó la *Ley de 24 de diciembre de 1964* para la emisión de obligaciones simples, hipotecarias, con garantía de prenda sin desplazamiento o con cualquier otra garantía por Sociedades colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada, y por Asociaciones u otras personas jurídicas. El importe total de las emisiones de obligaciones tendrá como límite máximo el capital desembolsado, si se trata de Sociedades, o la cifra de valoración de sus bienes cuando se trate de Asociaciones o de otras personas jurídicas. Dicha cifra se hará constar en la inscripción del Registro Mercantil, mediante certificación de dos Censores Jurados de Cuentas. En el Registro Mercantil se llevará a estos efectos un libro especial denominado «Registro de Obligaciones emitidas por personas jurídicas que no sean Sociedades Mercantiles». La primera inscripción será la de la persona jurídica emitente, la cual podrá practicarse en virtud de instancia con firma legitimada, o mediante la misma escritura de emisión; una y otra expresarán: Denominación, objeto, domicilio y fecha de la constitución de la Asociación o persona jurídica emisora; y nombre, apellidos y domicilio de la persona o personas que ostenten la representación de la Entidad y ejerzan su administración. En ambos casos se acompañará certificación acreditativa de que dicha Entidad figura inscrita en el Registro General de Asociaciones o en el Registro administrativo que corresponda, así como de sus Estatutos vigentes. La cancelación de las obligaciones, se hará constar en el Registro Mercantil y nota al margen de la inscripción de la emisión, y a virtud de acta notarial en que conste el número de títulos recogidos, estampillados o inutilizados. Deberá constituirse un Sindicato de Obligacionistas, designando un Comisario que concurrirá al otorgamiento de la escritura de emisión, y cuya Asamblea deberá aprobar los correspondientes estatutos del Sindicato, el cual tendrá las mismas facultades que se les confiere en la *Ley de Sociedades Anónimas*.

f) La *Ley de 5 de diciembre de 1968* dispone que en los casos de fusión de sociedades acogidas al régimen de acción concertada o que gocen de beneficios fiscales reconocidos a la concentración

de empresas, solamente tendrán derecho a separarse de las sociedades anónimas afectadas, los accionistas disidentes y los no asistentes a la Junta en que se acuerde la fusión. Este derecho habrá de ejercitarse en el plazo de un mes a contar de la fecha de la última publicación del acuerdo, a que se refiere el artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas.

g) *Por Ley de 5 de diciembre de 1968* se eleva a cincuenta millones de pesetas la cifra de capital social a que se refieren los artículos 4.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 3.º de la Ley de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

h) *Por las Ordenes de 13 y 14 de febrero de 1969* se establece que las Sociedades concesionarias de la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje, revestirán forzosamente la forma de Anónimas y las acciones serán siempre nominativas, quedando autorizadas para emitir obligaciones hasta el quintuplo del capital desembolsado—dejando en suspenso en este particular lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley de Sociedades Anónimas—, pero no se computarán a efectos de este límite, las obligaciones garantizadas con hipoteca, con prenda de efectos públicos o aval del Estado, Provincia o Municipio.

i) *Por Decreto-Ley de 20 de octubre de 1969* se establece que en los casos de embargo de la mayoría del capital de una Empresa o grupo de Empresas, el juez podrá decretar la Administración judicial de las mismas, designando los Administradores o Interventores, y cuyo nombramiento será inscrito, cuando proceda, en el Registro Mercantil.

j) *En Decreto de 23 de octubre de 1969* se dispone que el saldo de la «Reserva Especial» constituida con arreglo al artículo 3.º de la Ley de 30 de diciembre de 1943, que en 1 de julio de 1964 figure en los balances de las Sociedades obligadas a su constitución, se declara de libre disposición de éstas, salvo en el 20 por 100 que ha de destinar a inversiones de carácter social en la forma que se determina en el Decreto.

k) *Por Decreto de 20 de noviembre de 1969* se establece que cuando se decreta en el Índice de Empresas la baja provisional de

Sociedades por débitos fallidos con la Hacienda, se instruirá un expediente, con informe del Registro Mercantil del domicilio de aquéllas, notificándose a dicho Registro el acuerdo recaído, mediante mandamiento de la Administración, en el que se insertará literalmente la resolución recaída y su fecha, para que en la hoja abierta de la Sociedad se haga constar por medio de nota marginal, para que por el Registro se notifique a la Delegación cualquier acto que se presente a inscripción, con objeto de que aquélla tenga conocimiento y pueda de nuevo darla de alta en el Índice.

El precedente Decreto ha sido desarrollado en cuanto a su procedimiento por *Orden de 17 de enero de 1970*, en la que se determina que la cancelación de la nota marginal exigirá acuerdo previo de la autoridad que la decretó, o a petición de la parte interesada ante la Administración de Tributos que expidió el mandamiento.

CONEXIONES DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS CON EL REGISTRO MERCANTIL ESPAÑOL

El Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 no admite la inscripción directamente de una Sociedad extranjera (entendiendo por tales las constituidas y domiciliadas en el extranjero, con arreglo a las Leyes del país respectivo).

Las Sociedades extranjeras solamente pueden tener cabida en nuestro Registro Mercantil por una doble vía:

- a) Establecimiento o creación en España de una sucursal (artículo 84-2.º Reglamento Registro Mercantil).
- b) Nacionalización de una Sociedad extranjera. En este caso, lo que se inscribe ya en el Registro Mercantil es una Sociedad española (artículo 89 Reglamento Registro Mercantil).

Los documentos necesarios para la inscripción, tanto de uno como de otro supuesto, se desprenden de los artículos 88 y 89 del Reglamento del Registro Mercantil y del modelo XV de los formularios oficiales.

Sucursal de Sociedad extranjera en España.—Se inscribirá en el Registro Mercantil correspondiente; hay que entender que será el de la provincia donde haya fijado su domicilio. Habrá de presentarse, debidamente legalizados:

- Sus Estatutos.
- Escritura o acto de constitución social.
- Certificado expedido por el Cónsul español de estar constituida y autorizada con arreglo a las Leyes del país respectivo.
- Acuerdo del órgano de la Sociedad extranjera creando la sucursal en España y fijando su domicilio.
- Nombre y apellidos de las personas que ejerzan la administración en España y las facultades que se les haya conferido.
- Capital que destinen a las operaciones que realicen en España, en la moneda nacional de su país respectivo y su equivalencia en pesetas al tipo de cotización oficial.
- Nota referente al pago o exención del impuesto transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Dichos documentos, en su caso, podrán presentarse en idioma extranjero; si bien en este caso deberá acompañarse la traducción realizada por la Oficina de Interpretación de Lenguas o funcionario al efecto, o Notario autorizante, salvo cuando el Registrador y bajo su responsabilidad prescindiese de este requisito por conocer el idioma de que se trate.

Es posible y a veces conveniente promover la inscripción en el Registro Mercantil mediante instancia suscrita por la persona que vaya a ejercer la administración en España; en la cual se pueden reflejar sucintamente los documentos precisos para la inscripción, que se acompañarán.

Sociedad extranjera que adquiera nacionalidad española.—Del mismo modo que en el supuesto anterior, deberá inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente a la provincia donde haya fijado su domicilio. E igualmente habrán de presentarse, debidamente legalizados los que necesiten dicho requisito, los siguientes documentos:

- Estatutos.
- Escritura o acto de constitución social.
- Certificado expedido por el Cónsul español...
- Acuerdo del órgano de la Sociedad extranjera cambiando la nacionalidad y fijando su domicilio en España.
- Órgano de administración y representación de la Sociedad con arreglo a las Leyes españolas.
- Capital...
- Nota referente al pago o exención del impuesto...
- Balance del día anterior al acuerdo de cambio de nacionalidad.
- Capital social y el valor del patrimonio líquido que resulta del Balance, expresados en moneda española al tipo de cotización oficial.
- Las demás circunstancias precisas para la inscripción primera de Sociedad, según su clase.

Entendemos que también habrán de tenerse en cuenta los siguientes requisitos:

La previa renuncia a la anterior nacionalidad, o autorización de las Autoridades competentes de su país respectivo para adquirir la nacionalidad española.

Autorización de la Presidencia del Gobierno español, puesto que la totalidad del capital será extranjero. En su caso también habrán de tenerse presentes las disposiciones legales que regulen la naturaleza y actividades de dicho tipo de Sociedad en España (minerías, hidrocarburos, bancarias, navieras, cinematográficas, seguros, etc.).

ORDENACION MONETARIA CREDITICIA

Las Leyes de Ordenación Bancaria de 30 de diciembre de 1946; la de 14 de abril de 1962 sobre Ordenación del Crédito y la Banca; el Decreto-Ley de 7 de junio de 1962, sobre nacionalización y reorganización del Banco de España; el Decreto-Ley de la misma fecha organizando el Instituto de Crédito a medio y largo plazo; y el de igual fecha sobre reorganización y funciones del Ins-

título de Crédito de las Cajas de Ahorro, atribuyen al Estado a través del Ministerio de Hacienda, Consejo Superior Bancario e Institutos referidos, la política monetaria y de crédito, principalmente la de estos últimos con carácter inversionista; la inspección periódica de las Entidades Oficiales de Crédito; autorización de emisión de obligaciones y demás títulos de renta fija; autorización de creación de nuevos Bancos y ampliación del capital de los mismos; constitución de Sociedades de Inversión Mobiliaria; y Fondos de Inversión Mobiliaria.

Estas disposiciones demuestran que el Estado español no puede ni debe abandonar a la libre iniciativa de la Banca oficial y privada y demás entidades de crédito, las funciones economico-crediticias; sino que ha de vigilar y fiscalizar en este orden su desenvolvimiento, para una mayor eficacia respecto a sus inversiones; y así en el *Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1962* y *Orden de 26 de enero de 1963*, al imponer a los Bancos Privados determinadas normas respecto a sus carteras de Valores Industriales y coeficientes de caja, liquidez y garantía, estableciendo determinados porcentajes en cada uno de ellos.

Asimismo, las *Ordenes de 21 y 31 de marzo de 1963* establecen ciertas normas en cuanto a la creación y disciplina de los Bancos Industriales y de Negocios; y en la *Orden de 13 de diciembre de 1966* se determinan las operaciones atribuidas a tales Bancos, con cierta intervención del Banco de España y previo informe del Instituto de Crédito a medio y largo plazo, respecto principalmente a la cifra mínima de redescuento y sus condiciones.

La *Orden de 25 de noviembre de 1967* establece los tipos de interés en las operaciones activas y pasivas que se realicen por los Bancos, modificada por las de 21 y 23 de marzo de 1970.

El *Decreto de 27 de noviembre de 1967*, en su artículo 26 establece: Que ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá ejercer en el territorio nacional, con carácter habitual, actividades propias de entidades de crédito, incluso las Cooperativas de Crédito, sin hallarse previa y expresamente autorizadas por el Ministerio de Hacienda e inscritas en los correspondientes Registros que se crearán en dicho Ministerio. El Ministro de Hacienda ejercerá respecto a tales personas o Entidades las funciones

que le confiere la Ley de 14 de abril de 1962, en orden a sus actividades crediticias, la adecuada aplicación de sus fondos y la coordinación de su actuación con la política general del crédito.

Sin embargo, aún no ha sido dictada la consiguiente disposición legal respecto a dichos Registros administrativos de todas las Entidades de Crédito, que por orden de aquel Decreto han de crearse en el Ministerio de Hacienda.

Igualmente, el nuevo Reglamento de las Bolsas de comercio, aprobado por *Decreto de 30 de junio de 1967*, en sus artículos 26 y 27 impone a las Sociedades y personas físicas de nacionalidad española que pretendan que los títulos-valores que hayan puesto en circulación sean admitidos a cotización oficial, la obligación de solicitarlo de la Junta Sindical de la Bolsa, expresando en su petición determinadas circunstancias y acompañando los documentos que en los citados artículos se enumeran.

Por *Decreto de 31 de mayo de 1968* se establecen las incompatibilidades aplicables a los Altos Cargos y Consejeros de la Banca Oficial y Entidades Oficiales de Crédito, que ha sido modificado en parte por *Decreto de 5 de febrero de 1970*, al distinguir entre funciones directivas y funciones ejecutivas.

Por *Orden de 28 de mayo de 1968*, se determinan las normas a que han de acomodarse las cesiones y traspasos de sucursales y agencias urbanas bancarias.

El *Decreto de 6 de junio de 1968* establece el límite de setenta años de edad, para desempeñar cargos de libre nombramiento en la Administración del Estado, Organismos Autónomos, Administración Local y Empresas privadas o concesionarias de servicios públicos o monopolios fiscales.

La *Ley de 27 de julio de 1968* establece ciertas incompatibilidades y limitaciones de los Presidentes, Vicepresidentes, Consejeros, Directores Gerentes y Altos Cargos asimilados a ellos de Bancos Privados, en el sentido de que no podrán desempeñar cargos análogos en otros Bancos, ni formar parte de más de cuatro Consejos de Administración en Sociedades Anónimas. Sin embargo, serán compatibles aquellos cargos desempeñados en Bancos Industriales con los de Administradores o Consejeros de Sociedades Anónimas promovidas o fundadas por aquéllos. Igualmente, los Consejeros o

Administradores de Bancos privados no podrán ostentar en las Juntas generales de otras Sociedades la representación de acciones, propiedad de otras personas, depositadas en el Banco de que sean Consejeros, salvo que aquéllas pertenezcan a un cónyuge, ascendientes o descendientes.

En virtud de la *Orden de 7 de enero de 1969* se modifica el número 5 de la Orden de 30 de noviembre de 1963 en el sentido de reducir la capacidad expansiva de los Bancos privados en un porcentaje igual al que represente el exceso de valores industriales más las inmovilizaciones en edificios y mobiliario respecto de su capital y reservas. Sin embargo, no será de aplicación lo anteriormente dispuesto, cuando los excesos referidos se deriven de adjudicaciones a los Bancos de inmuebles en pago de deudas; pero deberán enajenar los inmuebles sobrantes en el plazo máximo de cinco años.

Por *Orden de 18 de enero de 1969* los Bancos privados se clasifican en tres grupos que sustituye a la denominación de Locales, Regionales y Nacionales.

En la *Orden de 29 de enero de 1969*, se modifican los porcentajes mínimos de fondos públicos que los Bancos privados o el Exterior de España—exceptuándose los Bancos Industriales y de Negocios—deben mantener en sus carteras en relación con el importe de las cuentas corrientes a la vista y cuentas de ahorro e imposiciones a plazo, fijándose en el 22 por 100 de dicho importe.

En virtud de la *Orden de 24 de abril de 1969*, los Bancos Industriales y de Negocios podrán emitir resguardos de depósito e imposiciones a plazo fijo, con una duración mínima de un año y una vigencia máxima de cinco, y cuantía no inferior a cinco mil pesetas. Estos resguardos serán susceptibles de transmitirse por endoso o por cualquiera de los medios que reconoce el derecho común.

Por *Decreto de 26 de abril y Ordenes de 28 de abril y 22 de mayo de 1969*, se crea en el Banco de España un «Registro Oficial de Altos Cargos de la Banca», en el que necesariamente habrán de ser inscritas las personas que los desempeñen en la Banca Privada o en el Banco Exterior de España, o sea, los cargos de Presidente, Vicepresidente, Consejero o Administrador, Director General y asimilados a este último, antes de su inscripción en el Re-

gistro Mercantil. Salvo autorización del Banco de España para cada caso, las personas que deban figurar inscritas en el Registro que se crea, no podrán obtener créditos, avales ni garantía del Banco en cuya administración o dirección intervengan. A partir de 1 de julio de 1969 deberán constar inscritas tales personas en dicho Registro especial, sin cuyo requisito no podrán desempeñar dichos cargos.

Se comprenden en dichos Altos Cargos, el de Director de la Oficina u Oficinas principales de los Bancos extranjeros establecidos en España.

El Registro especial ha de mantenerse actualizado en todo momento, a cuyo efecto los Bancos Privados y el Exterior de España han de remitir anualmente al Registro, dentro de los quince días siguientes a la celebración de su Junta general, relación de las personas que desempeñan los cargos de obligada inscripción, con expresión de los que desempeñen en las demás Sociedades comprendidas en la Ley de 27 de julio de 1968. Será sancionable el incumplimiento de los preceptos de esta última Ley y del Decreto y disposiciones posteriores que se dicten para su aplicación, previa instrucción de expediente por el Banco de España.

Por el *Decreto de 24 de julio y Orden de 16 de octubre de 1969* se modifican los artículos 1.º y 9.º del Decreto de 5 de junio de 1963, en el sentido de que en el capital de los nuevos Bancos comerciales no podrán tener participación otros Bancos, Sociedades o Empresas en las que otros Bancos tengan participación o algún Consejero Común, salvo autorización del Ministro de Hacienda. Igualmente se limita la expansión de aquellos Bancos que no mantengan los coeficientes legales de caja, liquidez y garantía.

En la *Orden de 14 de octubre de 1969* se reconoce a los Bancos privados y Exterior de España la facultad de conceder, sin autorización administrativa, préstamos y créditos con garantía hipotecaria, siempre que sean formalizados a plazo mayor de dieciocho meses. Sin embargo, cuando concedido un crédito con garantía real o personal, el cambio de circunstancias económicas del deudor aconsejen afianzar su derecho mediante superposición de garantía hipotecaria, el Banco deberá dar cuenta de ello al Banco de España antes del otorgamiento de al escritura; y en caso de urgencia

podrá aceptar tal garantía sin previa autorización, pero dando cuenta inmediata al Banco de España.

INVERSION DE CAPITAL EXTRANJERO EN EMPRESAS . ESPAÑOLAS

El Decreto-Ley de 27 de julio de 1959, partiendo del principio de que el futuro desarrollo económico de España se halla condicionado en gran parte con las disponibilidades tanto del ahorro nacional como de la aportación de capital extranjero, autoriza una mayor participación de dicho capital en cuanto a los españoles con residencia habitual en el extranjero, los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras de naturaleza privada, siempre que no exceda del 50 por 100; y para mayor participación se requerirá la previa autorización del Consejo de Ministros (art. 5.º).

El Decreto-Ley de 30 de septiembre de 1959 desarrolla el contenido del anterior Decreto-Ley, y especifica que cuando la participación extranjera exceda del 50 por 100 habrá de solicitarse de la Oficina de Coordinación y Programación Económica (O. C. Y. P. E.), la correspondiente autorización, constituida en la Presidencia del Gobierno.

Si bien hay que advertir que hay Empresas excluidas de la inversión o con legislación especial. Así el artículo 2.º del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 excluye a las Empresas cuya actividad esté directamente relacionada con la Defensa Nacional y la información pública, así como las de prestación de servicios públicos, salvo aquellas de estas últimas que el Gobierno acuerde incluir por razones de interés general. Asimismo el artículo 3.º de dicho Decreto-Ley determina que las Empresas mineras extractivas, las cinematográficas, las dedicadas a la investigación y explotación de hidrocarburos, las de banca, las de seguros, y las navieras, se regirán por dicho Decreto-Ley en lo no previsto por su legislación especial, a la que continuarán sometidas.

Se suscitó la duda de si en el artículo 1.º de dicho Decreto-Ley se hallaban o no incluidas las empresas puramente «comerciales», y en comunicación de la Presidencia del Gobierno de 7 de noviembre de 1959, a virtud de consulta, se contestó: Que refiriéndose tal

Decreto a las Empresas en general, están incluidas también, por tanto, las puramente comerciales.

El Decreto de 24 de diciembre de 1959 especifica el procedimiento para la inversión de capital extranjero, según se trate de divisas, equipos y asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación.

La Orden de 11 de agosto de 1961 determina la aportación extranjera en Sociedades de Inversión Mobiliaria.

La Orden de 15 de marzo de 1962 sobre adquisición por extranjeros de valores mobiliarios de Sociedades españolas.

El Decreto de 17 de marzo de 1962 sobre transferencia al exterior, sin limitación cuantitativa alguna de los capitales invertidos, beneficios y dividendos legalmente repartidos.

El Decreto de 18 de abril de 1963, por el que se autoriza en determinados sectores económicos la inversión de capital extranjero en Sociedades españolas, en proporción superior al 50 por 100.

El Decreto de 10 de diciembre de 1964 sobre participación de los extranjeros en la industria extractiva minera española.

El Decreto de 16 de diciembre de 1965 regula la participación de Empresas extranjeras en la contratación de obras del Estado y sus Organismos Autónomos, cuando así se autorice previamente por el Gobierno por razón de las características de la obra, o porque sea financiada la misma con créditos del exterior, bien por sí solas o mediante agrupaciones temporales con Empresas españolas; debiendo tener tales Empresas extranjeras abierta en España una Agencia o Sucursal, que se halle inscrita en el Registro Mercantil, e igualmente un apoderado o representantes para sus operaciones. Este Decreto, que quedaría sin efecto en 1 de enero de 1968, ha sido prorrogado por un año por *otro de 23 de diciembre de 1967*.

El Decreto de 10 de febrero de 1966, autorizando hasta el 40 por 100 de capital extranjero en las Empresas navieras españolas.

Y, por último, *el Decreto de 23 de noviembre de 1967*, sobre participaciones extranjeras en Sociedades que incorporen el saldo de regularización de balances al capital social, en proporción a sus aportaciones y siempre que la participación extranjera no supere a la autorizada con anterioridad: e igualmente, cuando las Socie-

dades en lugar de emitir nuevas acciones por regularización de balances, eleven el valor nominal de las antiguas, así como en las Sociedades cuyo capital no esté representado por acciones.

REGULARIZACION DE BALANCES

La Legislación vigente en esta materia está constituida por el texto refundido de la Ley sobre Regularización de Balances, aprobado por *Decreto de 2 de julio de 1964*, en el que se establecen las Sociedades que pueden acogerse a los preceptos de dicha Ley; las condiciones en que podrán regularizar los valores contables de sus elementos patrimoniales; los bienes regularizables; y la forma en que ha de ser realizada.

La Orden de 24 de julio de 1964 que desarrolla el anterior Decreto.

El Decreto de 27 de julio de 1964 en que se adaptan las normas anteriores a las Empresas concesionarias de Obras y Servicios Públicos y a las Compañías de Seguros.

El Decreto de 16 de diciembre de 1965 sobre dicha regularización de Balances en Bancos y Cajas de Ahorro.

La circular de 7 de diciembre de 1966 dando instrucciones sobre regularización de balances bancarios.

El Decreto de 29 de diciembre de 1966 dictando normas sobre la forma en que han de aplicarse por las Sociedades, y tiempo en que ha de realizarse: De diez años como máximo a partir de 1 de enero de 1968 por las Sociedades en general; y de cinco años como mínimo, por los Bancos.

En el artículo 6.º, párrafo 2, apartado d) de este Decreto; se dispone que las Sociedades quedan autorizadas para regularizar sus balances e incorporar el saldo resultante de los mismos al capital social, aún cuando existan en circulación acciones emitidas con anterioridad y no desembolsadas en su totalidad. Con arreglo a este artículo y apartado, queda en suspenso en este particular lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Las Ordenes de 31 de enero y 29 de diciembre de 1967 sobre condiciones mínimas para ofrecer las Sociedades a sus productores

las acciones que emitan como consecuencia de la regularización de balances, y reducciones en el precio en que se las ofrezcan.

La Orden de 18 de abril de 1967 sobre rectificación del valor teórico de los valores mobiliarios comprendidos en su activo.

Y el Decreto de 23 de noviembre de 1967 sobre participación de extranjeros en Sociedades que incorporen el saldo de regularización al capital social.

ULTIMAS ORIENTACIONES DOCTRINALES EN ORDEN AL FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS

El Código de comercio vigente de 1885 proclamó el principio de la libertad más amplia a los asociados para constituirse como tengan por conveniente; ausencia de intervención gubernamental en la vida interna de estas personas jurídicas; la publicidad de los actos sociales que puedan interesar a terceros; principio de libertad que anuló el sistema de la autorización judicial que estableció el Código de comercio de 1829.

Ante la escasez de regulación legal de la Sociedad Anónima, ya que el Código solamente le dedica 24 artículos (arts. 151 al 174), dice GARRIGUES: «Se publicó la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, con lo cual se instauraron unas prudentes normas de un derecho universal, cuya bondad y justicia estaban ya acreditadas por un siglo de experiencia en los países de mayor sensibilidad jurídica y de más floreciente economía».

En una conferencia dada por el citado profesor GARRIGUES en Italia, publicada en Milán en «Rivista delle Società» de abril de 1967, sigue diciendo: «La citada Ley de 1951 ha impedido la constitución de Sociedades de ridícula aportación de capital social en su suscripción (art. 8.º); ha determinado la valoración de las aportaciones no dinerarias (arts. 11 y 21); ha suprimido las acciones que no responden a efectivas aportaciones patrimoniales (artículo 39); ha regulado la celebración de las Juntas Generales (artículos 48 al 66), estableciendo un sumario procedimiento judicial para la impugnación de sus acuerdos (arts. 67 al 70); ha protegido los derechos de las minorías (arts. 60 y 71); ha impedido los abusos de la reducción del capital social que pudieran rebajar

la garantía de los acreedores (arts. 98 y 99); ha establecido el sistema del capital autorizado, que permite la elevación del capital sin recurrir a las Juntas Generales (art. 96); y, en definitiva, ha fijado el contenido de los balances (arts. 102 al 110).

Seguimos a GARRIGUES: Como las Sociedades Anónimas se han transformado más cada día en instrumento colector del ahorro de amplias categorías sociales, tanto del ahorro particular como el institucional, ha trascendido a España el movimiento político-económico-social que se observa en las demás naciones, para una mejor defensa de los distintos intereses legítimos que se debaten en el seno de las Sociedades por acciones:

A) *El interés de los socios.*—Ello reclama una mejor organización de la Sociedad, mediante la creación de: Un Consejo de Dirección, que llevaría la efectiva gestión de la Sociedad, y un Comité de vigilancia, encargado de la vigilancia de los Administradores. Aquél debe constituirse a base de un sistema que impida el abuso por las mayorías frente a las minorías, de sus derechos; es decir, con una mayor protección de éstas, dado que la representación de la mayor parte de los socios es ejercida por los Bancos, depositarios de las acciones de aquéllos, dándose la paradoja de que los que ejercen los destinos de la Sociedad no son efectivamente los dueños del capital social. Deben, pues, reducirse los porcentajes exigidos a las minorías.

B) *Una mayor información periódica.*—Esta información versará sobre la marcha económica de la Sociedad para todo accionista que la pida; que la memoria de los administradores presentada a la Junta General sea más detallada y precisa de lo que en la práctica actual suele hacerse.

Este deber de información de las Sociedades Anónimas, cuyas acciones se coticen en Bolsa, se establece por primera vez en el Decreto-Ley de 30 de abril de 1964, las cuáles vienen obligadas a facilitar a la Junta Sindical de aquélla la Memoria, Balance y Cuenta de pérdidas y ganancias, certificadas por técnicos del Instituto de Censores de Cuentas; tanto es obligatoria, que su incumplimiento podría sancionarse con la baja en la cotización de sus valores.

C) *El interés de los acreedores.*—Debe exigirse una mayor protección de los mismos, evitando una valoración excesiva de las aportaciones no dinerarias o de las partidas del Activo en los Balances, prohibiendo la reducción del capital, bien por vía de pagos de beneficios ficticios a los accionistas, bien sea mediante reembolsos sin el previo pago de las deudas o de un afianzamiento a los acreedores.

El proyecto italiano de reforma dedica especial atención a las participaciones recíprocas entre Sociedades por acciones, debiéndose prohibir la adquisición de acciones por una Sociedad de otra que, a su vez, sea accionista de la primera, si por consecuencia de esa adquisición el capital propio o la reserva legal resultan invertidos en las propias acciones. Es una laguna de la Ley española que se hace necesario estatuir en una reforma proyectada.

D) *Interés de los trabajadores asalariados.*—La Ley española en este orden y según dice en su Exposición de Motivos, no regula la participación de los trabajadores asalariados en la colaboración de la Empresa ni en la participación en sus beneficios porque entendía que son problemas que extravasan el contenido propio de la Ley. Pero el movimiento social y aspiraciones de los técnicos y obreros de las Empresas ha sido tan unánimemente potente, que la Ley española de 21 de julio de 1962, inspirada en el modelo alemán de la «Mitbestimmung», ha establecido el nombramiento de representante del personal en el seno de los Consejos de Administración con una participación restringida, con los mismos derechos que los Consejeros que representan al capital.

E) *El interés del Estado.*—Dado el enorme poderío económico que las grandes Sociedades Anónimas tienen en el mundo, ya que sus actividades rebasan los límites de las fronteras de su nacionalidad para buscar mercados más directos mediante el establecimiento de Sucursales en el extranjero, el Estado moderno no puede limitarse a los impuestos que se establezcan sobre sus rendimientos, sino que ha de fiscalizar las actuaciones de las grandes empresas, bien impulsando su constitución y participando en sus capitales, bien exigiendo una autorización para determinados actos relacionados principalmente con los aumentos de capital.

Termina GARRIGUES diciendo: «Es de esperar que en España no se siga la política intervencionista del Estado que preconiza el proyecto italiano, de extremada vigilancia gubernativa de las Sociedades admitidas a la cotización en Bolsa, a través del Gobernador de la Banca de Italia con las más amplias facultades; sistema que no tiene precedentes en Europa ni en América, pues en los Estados Unidos la 'Securities and Exchange Commission' (Sec.), se reduce a garantizar que las Sociedades que se cotizan en Bolsa suministran al público información suficiente para conocer la verdadera situación de la Empresa.

INSCRIPCION DE BUQUES

El artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil la declara obligatoria. De ahí que no pueda inscribirse la transferencia de un buque sin hallarse previamente inscrito a nombre del transferente (art. 148). El Registro de buques se halla basado en el sistema de folio real, o sea, que tiene por objeto la inscripción del dominio y demás actos y contratos con trascendencia real relativos al buque; plena asimilación, por tanto, al Registro de la Propiedad.

Se entiende por buque, para los efectos del Reglamento no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial (art. 146).

En los libros de buques se inscribirán:

- 1.º Los buques de bandera española que se hallen matriculados en España.
- 2.º Los buques en construcción que se hipotequen con arreglo a la Ley de Hipoteca Naval de 1893.
- 3.º Los cambios de propiedad del buque, de su denominación, o de cualquiera de las demás circunstancias enumeradas en el número 1 del artículo 22 del Código de comercio.
- 4.º La constitución, modificación y cancelación de los gravámenes de cualquier género que pesen sobre el buque (art. 145).

En cuanto a los efectos de la inscripción, son los propios de la publicidad (material y formal) frente a tercero: es decir, que el Registro se presume verdadero y válido. Pero en materia de buques destaca con precisión el principio de legitimación, pues el artículo 166 dice que los asientos del Registro harán prueba del dominio o propiedad de los buques, así como de las cargas impuestas sobre los mismos. La persona que tenga a su favor inscrita la propiedad de un buque disfrutará de todos los derechos que correspondan al dueño y poseedor de buena fe. En caso de no tener la posesión del buque, podrá adquirirla por cualquiera de los procedimientos sumarios establecidos por las Leyes.

La inscripción se llevará a cabo en libros distintos. Los buques se inscribirán en el Registro Mercantil correspondiente a la Comandancia de Marina de la provincia en que se hallaren matriculados; y los buques en construcción se inscribirán en el Registro correspondiente al lugar en que se construyan. Los propietarios de los buques de matrícula y bandera española están obligados a solicitar la inscripción de los títulos en que se contengan los actos y contratos relativos a la propiedad y derechos reales que les afecten. La primera inscripción será de propiedad y se practicará mediante copia certificada de la matrícula del buque, expedida por la Comandancia de Marina correspondiente, acompañada del título de adquisición de la propiedad del buque. Son circunstancias generales de las inscripciones las determinadas en el artículo 152 del Reglamento.

También se ocupa el Reglamento de algunos casos especiales y su forma de reflejarlos en el Registro Mercantil. Así:

— El cambio de nombre de los buques y las demás alteraciones de carácter sustancial.

— La enajenación del buque a extranjeros, cuando dicho acto no esté prohibido en España.

— La venta con precio aplazado.

— La anotación preventiva de la demanda de tanteo o retracto entre condueños.

— La anotación preventiva de los créditos refaccionarios, inscripción de créditos hipotecarios (de acuerdo con la Ley de Hipoteca Naval), créditos por averías y préstamos a la gruesa.

En cuanto a la certificación registral de propiedad del buque es el medio de acreditar la titularidad y estado de cargas del buque en un momento determinado. Esta certificación será literal de la inscripción de propiedad y de todos los asientos de gravámenes sobre el mismo que estuvieran vigentes. Para cada viaje será necesaria nueva certificación que se extenderá a continuación de la anterior, y comprenderá todos los asientos que aparezcan practicados con posterioridad a la fecha de aquélla y que se hallen vigentes. La expedición de esta certificación se hará constar al margen del último asiento de la hoja del buque; la obligación de renovar esta certificación se entenderá limitada a los viajes de navegación de altura. El artículo 612, párrafo 1.º del Código de comercio impone al Capitán del buque la obligación de llevar siempre a bordo esta certificación.

También se ocupa el Reglamento del Registro Mercantil en relación con la Ley de Hipoteca Naval de la posibilidad de inscribir los buques en construcción, puesto que pueden ser objeto de hipoteca. Esta inscripción se practicará en la sección del Registro de buques en construcción en virtud de los documentos y con las circunstancias que señala el artículo 16 de la Ley de Hipoteca Naval. La inscripción será provisional y se convertirá, en definitiva una vez terminada la construcción y matriculado el buque en el Registro de la Comandancia de Marina.

Por *Decreto de 20 de junio de 1968* se aprueba el texto refundido de las disposiciones sobre abanderamiento, matriculación de buques y Registro Marítimo de los mismos. Igualmente se regula el Registro de Empresas Marítimas que se llevará en la Subsecretaría de la Marina Mercante, en el que se anotarán las autorizaciones que por la misma se concedan para la transferencia de la propiedad y gravamen de los buques. (Son interesantes los artículos 56 al 71, y principalmente los 66-67 y 71).

INSCRIPCION DE AERONAVES

Las fuentes legales en orden a las aeronaves, y con relación al Registro Mercantil, están constituidas por: La Ley y Reglamento de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954 y Decreto de

17 de junio de 1955; el Reglamento del Registro Mercantil, tantas veces citado (arts. 177 al 190); y el Código de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, modificado en cuanto a sus artículos 33 y 130 por Ley de 30 de diciembre de 1969.

Además, y sin relación alguna con el Registro Mercantil, en los aspectos penal, procesal y técnico se han dictado la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964, y el Reglamento para dicha navegación aprobado por Decreto de 16 de junio de 1965.

Definición: El Reglamento del Registro Mercantil define la Aeronave en su artículo 178: «Para los efectos de este Reglamento se entiende por Aeronave toda construcción destinada al transporte de personas o cosas, capaz de mantenerse en el aire, sea más o menos ligera que éste, y tenga o no motopropulsores».

El Código de navegación aérea la define en su artículo 11: «Se entiende por aeronave toda construcción apta para el transporte de personas o cosas, capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores».

Como se verá, ambas definiciones en poco difieren, pues en la primera se usan los términos «moverse en el aire», y en la segunda se emplean las palabras «moverse en la atmósfera», que vienen a significar lo mismo.

Inscripción: El Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 179 establece la inscripción obligatoria de las aeronaves de nacionalidad española y de propiedad privada que se destinen a fines industriales o mercantiles. Igualmente en el artículo 185 declara que las personas jurídicas extranjeras podrán inscribir a su favor las aeronaves de su propiedad, con sujeción a los convenios internacionales, al principio de su reciprocidad, y a las prescripciones legales.

¿*Quid*, de las aeronaves propiedad del Estado? El Reglamento del Registro Mercantil, como hemos visto se refiere en cuanto a la inscripción a las de propiedad privada; pero el Código de navegación aérea al distinguir las del Estado en: Militares (que tengan como misión la defensa nacional) y aquellas no Militares (desti-

nadas a servicios estatales no comerciales), y reputar como privadas las no comprendidas en las dos anteriores, hay que considerar que las aeronaves propiedad del Estado destinadas a fines industriales o comerciales deben también ser objeto de inscripción obligatoria (arts. 13 al 15).

¿Es obligatoria la inscripción? El artículo 179 del Reglamento del Registro Mercantil, como antes se ha expresado, así lo declaró; pero surge la duda al declararse en el artículo 33 del Código de navegación aérea: En los Registros Mercantiles donde exista sección destinada a la inscripción de las aeronaves y de los actos jurídicos referentes a las mismas, la inscripción será voluntaria, salvo en los casos en que las Leyes dispongan expresamente lo contrario».

Entendemos que la inscripción es obligatoria por disponerlo el Reglamento del Registro Mercantil, y declararse vigente el mismo en el citado Código con las palabras «salvo en los casos en que las Leyes dispongan expresamente lo contrario».

Registro Mercantil en que han de inscribirse: Aunque el artículo 177 del Reglamento del Registro Mercantil dice que se inscribirán en el Registro Mercantil correspondiente a la provincia donde hubiere matrícula de aeronaves, como dicho Registro de matrícula sólo y exclusivamente se lleva en el Ministerio del Aire (arts. 28 y 29 del Código de navegación aérea), corresponde, por tanto, la inscripción en el Registro Mercantil de Madrid.

Titulos inscribibles: La inscripción primera de las aeronaves será de dominio y se podrá practicar en virtud del contrato de entrega o de venta de la entidad constructora, en unión del certificado administrativo de su matrícula (art. 180).

La inscripción se practicará en virtud de los documentos siguientes: 1.º Licencia de importación, si la nave es construida en el extranjero. 2.º Certificado de aeronavegabilidad (art. 36 del Código de navegación aérea). 3.º Certificación de matrícula en el Registro administrativo del Ministerio del Aire (art. 29 de dicho Código). 4.º Póliza del Seguro concertado. 5.º Los títulos de su adquisición.

En dicha inscripción se harán constar las diversas circunstan-

cias descriptivas de la aeronave, y demás que se especifican en el artículo 181 del Reglamento del Registro Mercantil.

Se ocupa el Reglamento en los artículos 182 la 186 de las inscripciones de transmisión de las aeronaves; de la certificación del Registro Mercantil que acredite la propiedad de aquéllas y que debe llevarse a bordo; y de las causas de cancelación.

En el artículo 187 se declara que podrán ser objeto de Hipoteca Mobiliaria las aeronaves inscritas en el Registro Mercantil. Igualmente podrá hipotecarse la aeronave en construcción, pero siempre que se haya invertido en ella un tercio de su valor y se hubiere inscrito previamente en dicho Registro; pero la inscripción previa, a efectos de esta hipoteca, se considerará provisional, y una vez concluida la construcción de aquélla, se convertirá en inscripción definitiva.

En el artículo 189 se dispone que las anotaciones de demanda, embargo, o por defecto subsanable, así como su cancelación, se ajustarán a lo dispuesto en los títulos 3.º y 4.º del Reglamento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.

Por último, en su artículo 190 se remite como derecho supletorio al Reglamento citado de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, y a las normas del mismo Reglamento del Registro Mercantil relativas a buques, en cuanto fueren pertinentes, y no esté regulado expresamente en el título 6.º dedicado a las aeronaves.

Por Decreto de 13 de marzo de 1969 se aprueba el Reglamento del Registro de matrícula de aeronaves, por virtud del cual se organiza el mismo, el cual tendrá carácter administrativo y en el que se inscribirán obligatoriamente las aeronaves que pertenezcan en propiedad o arrendamiento a personas naturales o jurídicas de nacionalidad española. Interesan, principalmente los artículos 20-24 y 36.

Por Ley de 30 de diciembre de 1969 se modifica la redacción de los artículos 33 y 130 del Código de navegación aérea de 21 de julio de 1960, en el sentido de declarar que el Registro de matrícula de aeronaves tiene carácter exclusivamente administrativo y, por consiguiente, que la inscripción en el Registro Mercantil de los actos y contratos que afecten a las aeronaves se regirá por las Leyes y Reglamentos vigentes; que en su condición de bienes muebles de naturaleza especial las aeronaves pueden ser objeto de

hipoteca y demás derechos que las Leyes autoricen; así como que para la plena eficacia administrativa de las transferencias de propiedad de la aeronave de los actos antes referidos, será necesario que se haga asiento de los mismos en el Registro de matrícula, lo que se efectuará mediante certificación o comunicación del Registro Mercantil.

Con esta Ley queda resuelta la antinomia que existía entre el Reglamento del Registro Mercantil que en su artículo 179, como antes se dice, se declaraba obligatoria la inscripción de las aeronaves, y el Código de navegación aérea que en su artículo 33 decía que tal inscripción sería voluntaria.

Del examen de estas últimas disposiciones surge la duda de si los actos y contratos referentes a las aeronaves han de inscribirse antes en el Registro administrativo de matrícula o en el Registro Mercantil, y estimamos que siendo aquél puramente administrativo debe inscribirse antes en el mismo la aeronave, como trámite previo para la inscripción de dominio en el Registro Mercantil, ya que el artículo 181 del Reglamento de este Registro exige que en la inscripción de dominio de las aeronaves conste como circunstancia esencial el número de la aeronave en el Registro de matrícula y además por analogía en el Registro de aprovechamientos de aguas y el de matrícula de buques en las Comandancias de Marina. Pero respecto a los posteriores actos referentes a la aeronave, a tenor de lo dispuesto en el artículo 130 reformado del Código de navegación aérea, deben ser inscritas primeramente en el Registro Mercantil y después en el Registro de matrícula, practicándose la inscripción en este último en virtud de certificación literal de la inscripción extendida en el Registro Mercantil; y decimos literal, con objeto de que en dicha certificación consten detalladamente todas cuantas circunstancias tipifiquen el acto o contrato inscrito.

Por último, expresamos que actualmente en el Registro Mercantil de Madrid solamente constan inscritas tres aeronaves. Esperamos que ya en marcha el nuevo Registro administrativo de matrícula de las mismas, y declarada obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil por la modificación antes dicha de los artículos 33 y 130 del Código de navegación aérea, sean inscritas todas las aeronaves de finalidad industrial o comercial, tanto por razón

de que el Estado debe conocer en todo momento el número de las existentes en vuelo, como para movilizar su valor mediante las correspondientes hipotecas; ya que dado su elevado costo se hace necesario apelar al crédito para su adquisición.

Aquí terminaba nuestro trabajo respecto a las aeronaves, pero últimamente la presentación de otra, y la probable inscripción de gran número de las actualmente matriculadas, nos ha obligado a estudiar más detenidamente los diversos títulos que se estiman necesarios para su inscripción, distinguiendo las aeronaves construidas en el extranjero y las producidas en territorio nacional.

A) *Aeronaves construidas en el extranjero.*—En este caso la inscripción podrá practicarse en virtud del contrato de entrega a venta de la Entidad constructora, contenido en documento público o privado, y en este último caso con testimonio notarial o consular de legitimación de firmas.

B) *Aeronaves construidas en territorio español.*—Respecto de éstas, hay que distinguir, a su vez, entre aeronaves en construcción o ya construidas.

Las en construcción podrán inscribirse provisionalmente en su libro especial, siempre que se haya invertido en ella un tercio de su valor, con el único y exclusivo objeto de poder inscribir la hipoteca que se constituya sobre la misma. En este caso, una vez concluida la construcción de la aeronave, la inscripción provisional se convertirá en inscripción definitiva, trasladando a este efecto la inscripción provisional al Libro de aeronaves. Esta traslación y la consiguiente conversión en inscripción definitiva se hará en virtud de solicitud del interesado, acompañando la correspondiente certificación de inscripción de la aeronave en el Registro de matrícula de aeronaves del Ministerio del Aire (creado como se sabe por el artículo 28 de la Ley de Navegación Aérea y aprobado su Reglamento por el Decreto de 13 de marzo de 1969), la póliza de los seguros concertados y en especial de los de carácter obligatorio, y la escritura pública de entrega de la misma otorgada por el constructor a favor del dueño. Al margen de la inscripción provisional se extenderá una nota de referencia a la inscripción defi-

nitiva indicando la traslación y conversión de la provisional. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 151 y 187, aplicable el primero de ellos en este y otros casos por expresa disposición de lo que se establece en el artículo 190.

Las aeronaves ya construidas se inscribirán:

1. Si el constructor es el dueño, mediante la declaración de propiedad del mismo, en la que se haga constar esa circunstancia y las demás necesarias para la inscripción que se especifican en el artículo 181. La firma de dicho interesado deberá ser legitimada por un Notario (art. 180, párrafo 4.º).

2. Cuando la adquisición de la aeronave tenga lugar en virtud de contrato de construcción, se considerará como título de propiedad de la misma la escritura pública de su entrega, que deberá otorgar el constructor a favor del dueño, en la que se hará constar el precio convenido y la forma y condiciones en que se haya realizado o deba realizarse su pago, y las circunstancias antes dichas que se relacionan en el referido artículo 181 (art. 180, párrafo 3.º).

3. No obstante, la obligatoriedad de la inscripción de las aeronaves en el Registro Mercantil, preceptuada en el artículo 179 respecto a las de nacionalidad española y de propiedad privada destinadas a fines industriales o mercantiles, lo cierto es que hasta ahora tan solamente han sido inscritas tres, y ello por la necesidad de garantizar con hipoteca mobiliaria (arts. 40 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y 15 de su Reglamento) el pago del precio aplazado, que exige la previa inscripción de las mismas. Por consiguiente, siendo innumerables las aeronaves que en el momento actual han sido objeto de varias transmisiones en su propiedad, sin que dichas transmisiones hayan sido robustecidas en su legalidad con la consiguiente inscripción en el Registro Mercantil, se hace preciso adoptar un medio rápido para la inscripción de aquéllas a favor de su actual propietario. Este medio sería, a tenor de lo dispuesto en el artículo 190, acogerse por analogía con los buques a lo preceptuado en el párrafo 2.º del artículo 150, y practicar la inscripción por inmatriculación de la aeronave mediante la escritura pública de declaración de su propiedad, acompañada de la certificación de su matrícula en el Registro administrativo del Ministerio

del Aire y demás requisitos del referido artículo 181, siempre que dicha propiedad no aparezca inscrita a favor de otra persona y el título de propiedad del transmitente sea anterior en un año a la fecha de la inscripción.

Respecto a las personas jurídicas extranjeras podrán inscribir a su favor las aeronaves de su propiedad con sujeción a los convenios internacionales, al principio de reciprocidad y a las prescripciones legales (art. 185).

Cancelación de las inscripciones.—Por último, en los casos de destrucción de la aeronave, o de su enajenación a persona extranjera, acreditada una u otra mediante un expediente que deberá instruirse por el Registro de matriculación del Ministerio del Aire para hacer constatar fehacientemente su destrucción o enajenación a extranjero, deberá hacerse constar tales hechos en dicho Registro y número de la matrícula de la aeronave para su baja en el mismo; y el jefe de dicho Registro deberá participarlo de oficio al Registrador Mercantil, a fin de que por éste se proceda a extender al final de la última inscripción de la aeronave una diligencia de cierre de la hoja de la misma. Extendida esta diligencia de cierre no se podrá hacer después inscripción alguna relativa a dicha aeronave. Ahora bien, tal cierre de la hoja registral de la aeronave no podrá practicarse mientras existieren cargas o gravámenes pendientes de cancelación (arts. 176-184 y 186).

RELACION DE OBRAS Y TRABAJOS CONSULTADOS

JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principios Hipotecarios*.

ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *La Nueva Regulación del Registro Mercantil*, publicado en los núms. 380/381 a 404/405 de esta REVISTA.

ALVAREZ ROMERO: *La aeronave y su situación Registral*, en esta REVISTA, 1957.

NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, en esta REVISTA, 1949.

GARRIGUES, Joaquín: *El Registro Mercantil en Derecho español*, en esta REVISTA, 1930). *Orientaciones para Próxima Reforma de la Sociedad Anónima en España*, en «*Rivista Della Società*», abril 1967.

GIMÉNEZ-ARNÁU: *En torno a una calificación del Registro Mercantil*, (Revista de Derecho Privado, octubre 1967).

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: «Revista de Derecho notarial».

SÁNCHEZ DE FRUTOS, FRANCISCO: *Apuntes Inéditos*, ajustados al vigente Programa de ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Textos legales y Colecciones legislativas.

Madrid, 27 de abril de 1970.

FRANCISCO-JAVIER RIVAS GARCÍA,
Registrador de la Propiedad.

JOAQUÍN CHACÓN YERÓN,
Registrador de la Propiedad
y Mercantil de Madrid.

Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: A) *Principio de legitimación*, B) *Principio de fe pública registral*. II. EL TERCERO EN LA LEY HIPOTECARIA: A) *Interpretación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria*, B) *Consecuencias de esta interpretación*, C) *Fin último del Registro de la Propiedad*, D) *Principios hipotecarios en nuestro sistema, opuestos a la dualidad del tercero*: 1. Tracto sucesivo, 2. Inscripción en su aspecto técnico-formal, 3. Legalidad, 4. Registración por fincas.—III. LOS EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES DE INMATRICULACIÓN: A) *Durante la suspensión de efectos*, B) *Después de la suspensión de efectos*. IV. RECAPITULACIÓN FINAL.

En memoria de mi padre RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, cuya vida puede ser considerada como paradigma de vocación profesional.

INTRODUCCION

La ciencia del Derecho, al igual que cualquiera otra rama del acervo cultural humano, tiene como labor previa y fundamental el buscar su objeto, el elaborar o construir la sustancia que la integre. Es evidente que el hombre necesita del Derecho para la convivencia social, pero este derecho tiene que ser concebido; no surge repentinamente. Esto quiere decir, que el Derecho no encuentra preformados los objetos a desarrollar, que los presupuestos jurídicos no están dados en la percepción o en la experiencia como los hechos que tiende a regular. El aforismo latino de «Da mihi factum dabo tibi jus» sigue vigente en la actualidad porque su tesis es intemporal.

c

El mundo del Derecho es una construcción lenta y laboriosa, una conquista de la cultura, donde la primera etapa a recorrer consiste en la delimitación y configuración de su objeto. El perfilar las instituciones y dotarlas de un contenido propio y adecuado, son los primeros pasos para la integración de una determinada disciplina.

Nuestro Derecho inmobiliario registral no ha sido excepción a esta regla de carácter general. Sus antecedentes históricos, de todos conocidos, prueban la veracidad de este aserto. Desde las primitivas Pragmáticas hasta llegar al actual sistema registral, ha habido una labor continua y eficaz que, tras diversas vicisitudes, creó el Registro de la Propiedad hoy existente. Y su consecuencia más significativa es, que podamos tratar de sistema armónico, al conjunto de normas por las que se rige. Por eso CIRILO GENOVÉS (1) nos decía que «los sistemas jurídicos, lo mismo que los estilos arquitectónicos, no se crean apriorísticamente, sino que son el resultado de una sucesión de esfuerzos, a veces discontinuos, que poco a poco van adquiriendo un perfil característico y que con cierta ayuda de la literatura, llegan, por fin, a constituir un sistema».

Efectivamente, la protección del tráfico jurídico de inmuebles y derechos reales, desde la "roboratio" hasta el sistema inmobiliario moderno del Registro de la Propiedad, ha necesitado una sucesión de esfuerzos de carácter doctrinal, exégesis e interpretaciones de los preceptos legales, que le han dado su "perfil característico". Pero esa doctrina o literatura jurídica que presta su ayuda para la formación de los sistemas inmobiliarios incipientes, es un arma de doble filo, pues al mismo tiempo es necesaria y peligrosa. Necesaria, en el sentido de que sin ella, además de no integrarse correctamente la Institución, no serían muchas veces debidamente aplicadas las normas por las que se rige; peligrosa, en una doble vertiente: no sólo porque las palabras, único medio de expresión de los humanos, tienen tal poder sobre el espíritu del hombre que acaban por dar existencia real a las ficciones que

(1) CIRILO GENOVÉS AMORÓS: *Directrices iniciales y evolución posterior del régimen inmobiliario español*. Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos en el año de 1951 y posteriormente publicada por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

representan, sino también porque nuestro Derecho Inmobiliario no es totalmente autóctono, es el resultado de combinar, en diferente medida, los sistemas germánico y latino con la realidad jurídica de nuestra patria.

Por ello ocurre con harta frecuencia, que las interpretaciones y los comentarios que suscitan las normas hipotecarias son contradictorios. Dependen de la posición germánica o latina que adopte el comentarista. Además el Derecho Inmobiliario se presta de buen grado a estas discrepancias, pues crea en aras a la protección que le está encomendada, ficciones contra lo real y apariencias dominicales que son propicias a la controversia.

En estos últimos tiempos se ha puesto de relieve uno de los casos más concretos de disparidad de criterios en materia inmobiliaria. Me refiero al candente problema de la unidad o dualidad del tercero en nuestra Ley Hipotecaria. El problema no es baladí, en él están involucrados los más importantes principios hipotecarios definidores del sistema.

Mi propósito es exponer el criterio que sustento, de un modo general, sin pormenorizar en ningún aspecto y renunciando de antemano a la no insuperable tarea de demostrar copiosa erudición. Con cuanta claridad y brevedad sean posibles, expondré las consideraciones que el tema enunciado sugiere.

I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es de todos sabido que NÚÑEZ LAGOS diferenció dentro de la Ley Hipotecaria, dos terceros con diferente valor y estructura técnica: uno, el del artículo 32 de la vigente Ley (antes 23) de clara génesis latina, y otro, el del artículo 34 de indudable procedencia germánica.

El tercero del artículo 32, es el depositario del llamado principio de inoponibilidad, en virtud del cual no le perjudican o afectan los títulos relativos al mismo inmueble o derecho real, que no hayan sido inscritos en el Registro de la Propiedad. Parece contemplar preferentemente el caso de la doble venta (art. 1.473 del Código

civil) y su efecto más llamativo consiste en dejar inoperante o anular la acción reivindicatoria del primer comprador, si el segundo se adelantó a inscribir su título en el Registro de la Propiedad.

El tercero del artículo 34, está protegido por el llamado principio de fe pública registral, que le inmuniza, cuando reúne determinados requisitos, contra la resolución del derecho de su transferente, haciendo irrevocable su adquisición. Por este efecto la doctrina, no con unanimidad, cree que ampara las llamadas adquisiciones a «non dómíno», en atención a la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario basado en los pronunciamientos registrales. Deroga, por tanto, el principio jurídico romano de «Nemo dat quod non habet», admitido por su justicia en todas las legislaciones como regla general. En nuestra patria este principio está admitido totalmente, existiendo muchas sentencias del Tribunal Supremo que así lo prueban. Se puede citar, por su antigüedad, la de 25 de octubre de 1881 que determinó que «no pueden adquirirse bienes de quien no es su dueño».

Por todo lo anteriormente expuesto, se afirma por gran parte de la doctrina, que los intereses que tutelan los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria son diferentes.

Son bastantes los hipotecaristas que viendo innegable la diferencia técnica de estos preceptos se han alineado en la posición sustentada por NÚÑEZ LAGOS. Ahora bien, como ser partidarios de la distinta génesis de los citados artículos a nada práctico conduce, como no sea a aclarar los antecedentes históricos de nuestra legislación inmobiliaria, otros tratadistas extraen de esta diferencia sus lógicas consecuencias y siguiendo a los sistemas latinos puros, mantienen que como en dichos sistemas para que el tercero goce del principio de inoponibilidad no necesita reunir ningún requisito (2), el tercero del artículo 32, derivado de ese sistema, tampoco necesitará reunir ningún requisito, sólo inscribir su título como tercero latino implantado por el legislador de 1861.

Y si sólo es necesario, para gozar de la inoponibilidad, el inscribir el título de la adquisición en el Registro de la Propiedad, las inscripciones de inmatriculación gozarán de las ventajas de ese

(2) Actualmente parece que en el sistema francés, la buena fe va a ser requisito para la protección al tercero. Igual sucede en el Derecho italiano.

principio. Esta es la consecuencia más importante que se puede extraer de la posición dual del tercero.

Uno de los hipotecaristas que más han sobresalido por la brillantez con que sostiene la teoría de la dualidad de terceros en la Ley Hipotecaria y la lleva a sus consecuencias prácticas más rigurosas, es TIRSO CARRETERO, quien en su trabajo titulado «Retornos al Código civil» (3), con profusión de citas y derecho comparado, llega a la conclusión de que hay dos terceros que nada tienen que ver: el angular de la doble enajenación (principio de inoponibilidad e inscripción) y el lineal del título nulo de la adquisición a «non domino», derogador del «nemo plus juris...». Latino el primero y germánico el segundo; este último necesita reunir los requisitos señalados por el artículo 34 para su protección, y en cambio el primero no necesita reunir requisito alguno para estar amparado, le basta y sobra inscribir su título. Parecida posición sostiene también AMORÓS GUARDIOLA (4) aunque exige la buena fe para la protección del tercero del artículo 32, más en consonancia con los postulados que deben presidir las relaciones jurídicas humanas.

La teoría opuesta, la que parte del concepto unívoco o unitario del tercero en la Ley Hipotecaria, está mantenida por ROCA SASTRE (5) como figura principal. Ultimamente, HERMIDA LINARES (6) en su trabajo titulado «La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como forma de adquirir los derechos reales sobre inmuebles», ha expuesto su opinión que es favorable al concepto unívoco del tercero. La razón principal que aducen es que el artículo 34 de la Ley, recoge el aspecto positivo de la fe pública registral y el artículo 32 el aspecto negativo de la misma, exactitud e integridad respectivamente. También exponen que el artículo 34 es general y de gran amplitud y en él se puede considerar englobado el artículo 32, hasta tal punto que de ser este artículo en la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, el precepto fundamental, estuvo

(3) Publicado en el núm. 440/441 de esta REVISTA, de enero-febrero de 1965.

(4) Conferencia pronunciada en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad el 3 de marzo de 1967 y titulada, *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*. Posteriormente ha sido objeto de publicación.

(5) Publicado en esta REVISTA, septiembre-octubre de 1962.

(6) Publicado en el núm. 457 de esta REVISTA, noviembre-diciembre de 1966.

Todos estos trabajos, así como el de TIRSO CARRETERO, son la base de estas reflexiones.

en trance de desaparecer en la Ley de Reforma de 1944. Siguen exponiendo más razones de tipo particular que no recojo para que este trabajo no pierda su carácter general, aunque a ellas me remito para deslindar completamente las dos posiciones.

Hay que admitir que la teoría de la dualidad del tercero sin exigir requisitos al del artículo 32, solamente la inscripción o la inmatriculación de su título de adquisición, sería beneficiosa para el actual sistema hipotecario, siempre y cuando la inmatriculación no fuere muy facilitada. Pero mientras no cambien los presupuestos legales vigentes, equivaldría a dotar con fe pública registral o presunción incontrovertible a las meras inscripciones de inmatriculación, cosa a la que la Ley no llega por muchas lucubraciones que se hagan con los preceptos. En consecuencia la doctrina del tercero dual y sus aplicaciones prácticas no es autorizada. Se la debe estudiar como aspecto histórico de nuestro Derecho inmobiliario, pero de ningún modo como realidad jurídica vigente.

Por lo que a mí respecta, me adhiero modestamente pero sin vacilaciones a la teoría unitaria del tercero, porque la realidad de nuestro sistema no se apoya en la distinción de los dos terceros con sus diferentes efectos y requisitos, sino en el único tercero hipotecario protegido por la fe pública registral definido en el artículo 34, pero presente en la letra de otros diversos preceptos. Y sobre este tercero hay que sintetizar el juego de las defensas registrales. Para ello el derecho comparado y las citas de autores, son muy aleccionadores pero no necesarios, cosa que por otra parte rebasaría con amplitud mis escasas fuerzas jurídicas. En cambio creo imprescindible partir del derecho vigente en nuestra Ley Hipotecaria.

Lo expuesto no es óbice para que reconozca que el legislador de 1861, en el artículo 23 de la primera Ley Hipotecaria introdujera un «sui generis» tercero latino en convivencia con el incipiente tercero germánico que creaba el artículo 34. Y digo «sui generis» porque este tercero latino trasplantado a un sistema apoyado en presupuestos germánicos (tracto sucesivo, legalidad, inscripción como técnica-formal y registración por fincas) no podía actuar como lo hacía en su sistema originario. Por lo que siempre se le ha exigido que cumpliera los requisitos del artículo 34.

En este artículo de la Ley primitiva ya constaba el requisito de la previa inscripción por lo que se deduce que las inscripciones de inmatriculación nunca han gozado de la inoponibilidad latíná.

Partiendo del derecho vigente, nos encontramos que la protección que el Registro brinda al tercero está circunscrita a los dos grandes principios de carácter sustantivo, que informan el sistema: el de la legitimación y el de fe pública registral. ROCA SASTRE, en sus Instituciones de Derecho Hipotecario agrupa estos principios en el que denomina superior principio de presunción de exactitud. Efectivamente, ambos principios pueden agruparse ya que dimanarían de un mismo objetivo común: la protección al tercero, uno en su aspecto interno y el otro en su proyección al exterior. Sus diferencias no son de sustancia, sino de grado; son como dos círculos concéntricos de diferente radio, el menor representaría a la fe pública registral y el mayor a la legitimación.

La existencia de estos dos principios no es un producto artificial elaborado por la doctrina tras muchos esfuerzos interpretativos: responde a una realidad legal, que para mayor claridad recogió la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, cuando en párrafo, tan conocido, dice: «La presunción legitimadora sería por sí sola insuficiente para garantizar el tráfico jurídico inmobiliario, si el que contrata de buena fe y amparado en lo que dice el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles...» al entrar en juego la fe pública registral.

Si repasamos sinópticamente los tratados clásicos de Derecho Hipotecario publicados entre los últimos años del siglo pasado y la tercera década del presente, como, por ejemplo, los de GALINDO y ESCOSURA, MORELL, CAMPUZANO, FELICÍSIMO DE CASTRO, etc., veremos que tratan la protección registral sin darla la denominación que tiene actualmente (legitimación y fe pública registral) y que exponen tímidamente el principio de publicidad sin definir claramente todas sus manifestaciones. Fue don JERÓNIMO GONZÁLEZ (7), gran conocedor del Derecho inmobiliario alemán, el principal in-

(7) GONZÁLEZ, Jerónimo, *Principios hipotecarios*. Libro publicado en el año de 1931 por la extinguida Asociación de Registradores de la Propiedad, que recopila los principales trabajos publicados con anterioridad en esta REVISTA. que dicho autor fundara

introducción de la actual terminología científica en materia hipotecaria y el que definió el contenido de los principios con arreglo a la técnica germánica. Por eso se hizo realidad, más rápidamente de lo previsto, la profecía que hiciera FERNÁNDEZ NEGRETE y nuestro sistema avanzó francamente hacia moldes germánicos abandonando lo que de latino tenía en principio.

Los intereses tutelados por los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria no son diferentes. Lo que es diferente es el punto de vista del legislador, es decir, la situación contemplada en ambos preceptos. Pero el interés tutelado en ambos artículos es el general de la Ley: protección en aras del tráfico jurídico, a quien amparado en los pronunciamientos registrales, contrata de buena fe. Y esa protección discurre única y exclusivamente, por los principios de legitimación y fe pública registral. Es necesario, por tanto, hacer una síntesis de dichos principios.

A) *Principio de legitimación.*

En virtud de este principio, llamado también presupuesto (8), la Ley concede al que inscribe o inmatricula su título de adquisición en el Registro de la Propiedad, la presunción de que su derecho existe y le pertenece en la forma y manera que determina el asiento respectivo.

Este principio se halla disperso entre varios artículos de la Ley Hipotecaria pero fundamentalmente expuesto en el 38 y en el 97 de dicha Ley. Su principal característica estriba en que la presunción que establece es de las denominadas "juris tantum" o de las que admiten prueba en contrario. Como dice ANGEL SANZ, la presunción es "juris tantum" por naturaleza, por reconocimiento unánime de toda la doctrina científica, por estar admitida por la Jurisprudencia y por tener carta de naturaleza en el preámbulo del Real Decreto de 1927. Actualmente, después de la reforma de 1944 nadie pone en tela de juicio esta cuestión.

El que la presunción legitimadora sea «juris tantum» quiere

(8) En su *Tratado de Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, IGNACIO DE CASSO y ROMERO denomina «presupuestos» a los comúnmente denominados principios hipotecarios.

decir que si la realidad extra-registral, opuesta a los pronunciamientos registrales, se declara suficientemente probada prevalece sobre el contenido inexacto del Registro.

Para obtener los beneficios de la legitimación registral sólo es necesario inscribir o inmatricular el título de la adquisición, independientemente de cualquiera otra clase de requisitos. Basta con ser titular registral; y para ser titular registral sólo se necesita que la persona en cuestión, figure en el Registro de la Propiedad como propietaria de un inmueble o derecho real.

B) *Principio de fe pública registral.*

En virtud de este principio se concede al que inscribe su título de adquisición en el Registro de la Propiedad, la seguridad de que su negocio adquisitivo será mantenido incólume, aunque se demuestre la inexactitud del Registro, bien porque éste se reputa siempre exacto o bien porque no se hayan registrado las situaciones jurídicas contrarias u obstativas.

Este principio se halla fundamentalmente consagrado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que establece: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro». A este primer párrafo del artículo citado se le considera como el definidor del aspecto positivo de la fe pública registral (exactitud) y al artículo 32 que dice: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero», como el que determina el aspecto negativo (integridad) de dicha fe pública.

Ahora bien, en este doble aspecto, positivo y negativo de la fe pública registral hay que convenir con los partidarios de la dualidad de terceros, en que originariamente no era así. Es innegable que la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, inauguradora del sistema, en su artículo 23 (hoy 32 con ligeras modificaciones) recogió no el aspecto negativo de la fe pública registral, sino el principio

latino de inoponibilidad con fundamento en el castigo a la negligencia del propietario que no registró el acto susceptible de serlo. La Exposición de Motivos de esa Ley claramente nos lo dice. En aquella época la fe pública registral era muy poco conocida, y su juego apenas se esbozó en el artículo 34.

Pero en realidad, el artículo 23 primitivo, aún introduciendo el tercero latino en nuestro sistema, nunca actuó con la fuerza que lleva aparejada en su sistema original. Nunca las inscripciones primeras o de inmatriculación han estado protegidas por el principio de inoponibilidad. Sucedió así porque el tercero latino, trasplantado a un sistema de fondo germánico y con principios que le son incompatibles, queda totalmente desvirtuado e inoperante.

Fácil es comprobar, hoy día, la inoperancia del tercero latino. El predominio que en cada reforma de la Ley Hipotecaria obtuvo la corriente germánica de protección inmobiliaria, la unánime aceptación de la interpretación pangermanista de don JERÓNIMO GONZÁLEZ y el evidente sincretismo que sobre la doctrina más débil ejerce la fuerte, común en toda manifestación de la ciencia humana, han logrado que el actual artículo 32 (antes 23) no represente al tercero latino de la inoponibilidad, sino al aspecto negativo de la fe pública registral como complemento del artículo 34. La jurisprudencia más reciente, estudiada por la doctrina, así lo ratifica.

La principal característica de la presunción que lleva aparejada la fe pública registral, es la de ser «juris et de jure» o sea, la de no admitir prueba en contrario. Quiere decir que el derecho inscrito triunfará siempre, sobre cualquier ataque que provenga de la realidad extra-registral.

En su aspecto positivo, el Registro deviene exacto; y si no lo fuere, pasa por tal, en beneficio del tercero (art. 34). En el aspecto negativo, el Registro se reputa íntegro; lo que no está en el Registro no está en el mundo, el Registro agota la realidad extra-registral. No hay más titularidad y gravámenes que los registrados, sin que tengan relevancia los títulos contradictorios u opuestos no registrados (art. 32).

Queda por señalar que para que el principio de fe pública registral entre en juego, es necesario que el tercero reúna los cuatro

requisitos señalados en el artículo 34, a saber: previa inscripción, onerosidad, buena fe e inscripción de su título.

II

EL TERCERO EN LA LEY HIPOTECARIA

He aquí uno de los conceptos de nuestra técnica inmobiliaria que ha motivado mayor número de controversias, comentarios e investigaciones y que después del prolijo análisis a que ha sido sometido, continúa como una figura huidiza, borrosa y con inaprensibles contornos. No es de extrañar que ocurra esto, aun después de la última reforma hipotecaria que clarificó ostensiblemente el problema, puesto que la doctrina no está de acuerdo en su concepto. Quizá todo arranque de que el propio legislador definió su concepto, con olvido de los postulados de una buena técnica legislativa y de que el término de tercero se emplea por la Ley, por la doctrina y por la Jurisprudencia, en diferentes acepciones y con referencia a diversas posiciones jurídicas. Por todo esto hay que convenir que, en definitiva, el concepto del tercero es relativo, no absoluto y en cierto modo reversible.

Pero aquí no se trata de definir su concepto. Se trata de indagar si los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, crean dos tipos diferentes de terceros. Hemos visto cómo en el artículo 23 (hoy 32) de la Ley de 1861 se instauraba el principio latino de inoponibilidad, dando lugar a un «sui generis» tercero; y porqué fue desapareciendo paulatinamente su figura hasta desembocar en el aspecto negativo de la fe pública registral. La Exposición de Motivos de la última Ley de Reforma Hipotecaria extendió el certificado de la defunción del tercero latino.

Hoy es evidente que en la Ley Hipotecaria el tercero es el depositario de los principios de legitimación y fe pública registral, únicos existentes para su protección. Y pese a las actuales corrientes doctrinales favorables a la dualidad del tercero, basadas primordialmente en razones históricas, hay que convenir que en el derecho constituido sólo existe un tercero, el tercero hipotecario.

La Ley puede contemplar más de un tercero (simple, civil, etc.), pero el tercero protegido por el sistema es único.

El artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 decía: «Los títulos mencionados en los artículos 2 y 5 que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero». No exigía ningún requisito para otorgar su protección, pero aún con todo, aún con este precepto que pudo haber dado carta de naturaleza al principio de inoponibilidad en su forma latina, nunca funcionó como tal, nunca las inscripciones de inmatriculación (desconocidas o silenciadas en esa primitiva Ley) han estado amparadas por la inoponibilidad absoluta. No conozco sentencias que demuestren lo contrario. Ocurrió así no por incorrecta aplicación del precepto, sino porque el principio latino de la inoponibilidad trasplantado a nuestro derecho que contenía principios "opuestos" al mismo, queda desvirtuado al tener que actuar en régimen extraño.

Por otra parte, también existía en esa primitiva Ley el artículo 34, que como excepción al 33 (la inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las Leyes), establecía que: «No obstante, lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente de Registro». Este tercero, embrión de lo que con el fluir del tiempo llegaría a ser el tercero hipotecario por antonomasia, es el mismo que consagra el actual artículo 34 más perfilado y con el requisito de la buena fe impuesto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En la legislación vigente, los terceros de los artículos 32 (antes 23) y 34 son los mismos, no sólo porque ambos están amparados por la misma protección (fe pública registral), sino también porque el artículo 32 está inmerso en el 34, más amplio y general. Y como para estar amparado el tercero hipotecario por la fe pública registral necesita reunir los cuatro requisitos que señala el artículo 34, también son de aplicación al caso del artículo 32.

Si falta alguno de estos cuatro requisitos, no actúa la fe pública registral y no da lugar al nacimiento del tercero hipotecario. No estará protegido por el artículo 32 o por el 34. Sólo tendrá a su

favor la legitimación registral, más extensa pero menos intensa. En este caso se halla el inmatriculante, el cual aun suponiendo que reúna los requisitos de onerosidad, buena fe y como es lógico, inscripción de su título, le falta el de la previa inscripción. Entonces surge la figura del titular registral que no es tercero hipotecario. El tercero hipotecario es titular registral siempre, pero el titular registral puede no ser tercero hipotecario.

Este titular registral simple, por el mero hecho de serlo está amparado, sin excepciones, por la legitimación registral. ANGEL SANZ (9) distinguió en este punto, tres casos: 1. Inscripción practicada por título auténtico y en circunstancias normales. 2. Inscripción practicada sin título. 3. Inscripción practicada con título auténtico en el supuesto del artículo 353 de la Ley (de Reforma). Y establecía que sólo en el primer caso el titular registral estaba protegido por la legitimación; en el segundo hasta que pasaran dos años y en el tercero, partiendo del carácter dudoso que la Ley daba al título, llegaba a la misma conclusión del segundo caso. Opino que en la actualidad todo esto está superado y cualquier titular registral está protegido por la legitimación, sin tener en cuenta el origen de su inscripción.

Por todo lo dicho, se pueden sintetizar, sin ánimo exhaustivo, las tres diferentes posiciones principales en que pueden encontrarse las personas en relación con la Ley Hipotecaria:

1. El tercero hipotecario, protegido por la legitimación y la fe pública registral, que debe reunir los cuatro requisitos señalados en el artículo 34.

2. El titular registral simple, inmatriculante o no, protegido exclusivamente por la legitimación registral, que no necesita reunir ningún requisito para serlo, solamente la inscripción de su título.

3. Toda una gama de terceros civiles, ajenos a la relación jurídica inscrita, que pueden luchar con fortuna contra el titular registral simple del número anterior. Ejemplo: los terceros mencionados en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

(9) SANZ, Angel. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Reus, 1945, páginas 189 y siguientes.

A) *Interpretación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria.*

La interpretación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, en relación con todo el contexto de la Ley, conduce indefectiblemente a la unidad conceptual y material del tercero. Según el artículo 32, «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». Fácil es comprender que este tercero no es el indeterminado y general del artículo 207, por ejemplo. Si lo fuese, si este tercero fuere la persona que no ha intervenido en el acto inscrito, decir que un negocio jurídico no inscrito no surte efecto respecto de él, equivaldría a negar todo efecto al negocio jurídico, ya que como dijo URIARTE BERASATEGUI, citado por RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, una transmisión por compra nunca podría hacerla valer el comprador, frente a quienes por no haber intervenido en el negocio la desconozcan o rechacen.

Es forzoso admitir, pues, que estos terceros del artículo 32 han de ser quienes ostenten un interés opuesto al que resulte del negocio no inscrito; y que además han de tener algún derecho inscrito, pues si tampoco su negocio estuviese inscrito, podrían mutua y recíprocamente perjudicarse ambos negocios no inscritos, según los principios del sistema civil puro y conforme lo tiene declarado la Jurisprudencia. Un negocio no inscrito no paraliza sus efectos por otro negocio posterior tampoco inscrito; ambos se regirán por las normas civiles exclusivamente.

Ahora bien, la inscripción del negocio del tercero no puede ser originaria o de inmatriculación, ya que como vimos, esta clase de inscripciones sólo están protegidas por la legitimación y entonces podría ser perjudicado por el negocio opuesto no inscrito.

Un ejemplo aclarará lo expuesto: vendida dos veces la misma finca, su dominio pertenece al que inscriba primero su derecho, aunque su adquisición sea posterior. Aquí tenemos un tercero, el segundo comprador inscribiente; pero cuando se trate de propiedad inscrita, única que se rige por los preceptos de la Ley Hipotecaria. Y a este tercero, que es el tercero hipotecario no le perjudicará la venta anterior no inscrita. Por el contrario, si la finca no estu-

viere inscrita y la inscripción del segundo comprador fuere originaria, el negocio no inscrito le puede perjudicar con arreglo a la legislación civil y como se desprende interpretando a «sensu contrario» los cuatro artículos que componen el título VIII, capítulo único del libro segundo del Código civil.

Lo mismo ocurre cuando una finca es hipotecada dos veces, en cuyo supuesto gana la preferencia de rango quien inscribe primero y como consecuencia, no sufre perjuicio por el otro título de hipoteca no inscrito, aunque sea anterior en fecha. Y para poder hipotecar es menester que la propiedad esté inscrita previamente.

La conclusión que se obtiene después de esta interpretación es que el tercero a quien no perjudican los negocios opuestos no inscritos, no es un tercero vulgar, es el tercero hipotecario protegido por la fe pública registral, cuando cumple los requisitos señalados en el artículo 34.

He puesto de ejemplo el caso de la doble venta por ser el que generalmente exponen todos los tratadistas como explicación y aplicación del precepto negativo del artículo 32. La doble venta de inmuebles, regulada por el párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código civil, excepción a la regla general que sienta la teoría del título y el modo (puede resultar que el primero en la tradición no sea el dueño), hay que interpretarla desde el campo hipotecario de la propiedad inscrita. El comprador que inscribe está protegido también por el artículo 34.

No es obstáculo a lo dicho, el que el Código civil no exija el requisito de la buena fe al adquirente en caso de doble venta de inmuebles, como lo exige en los restantes supuestos del artículo 1.473, puesto que la Jurisprudencia ha extendido este requisito al caso que nos ocupa. En el mismo Código existe el artículo 608 que es fundamental para interpretar debidamente estos problemas. La importancia de este artículo ha sido puesta de relieve, con poderosas razones por MARIANO HERMIDA (10).

(10) HERMIDA LINARES. Mariano. Artículo antes citado. Quizá sea este autor el que haya dado más importancia al artículo 608 del Código civil, para aclarar las relaciones de este cuerpo legal con la Ley Hipotecaria. Este precepto es olvidado con mucha frecuencia por los hipotecaristas. Y, sin embargo, favorece la interpretación estrictamente hipotecaria.

B) *Consecuencias de esta interpretación.*

De la interpretación dada al artículo 32 de la Ley Hipotecaria se deducen dos consecuencias importantes: la primera es la unidad del tercero, y la segunda, el que la inscripción declarativa y voluntaria en principio, deviene en constitutiva en virtud de la fe pública registral.

En nuestro sistema registral, la inscripción es por regla general, simplemente declarativa, es decir, que sirve tan sólo para reconocer o declarar las relaciones jurídicas que, de antemano, sin necesidad de su acceso al Registro, son generadoras de derechos reales. Esto es así por no haberse aceptado por el legislador el principio de inscripción, en la plenitud de su vigor, declarando que la inscripción es el único modo de constituirse, modificarse, transmitirse y extinguirse el derecho real.

Pero aunque el derecho real se genera y constituye extra-registralmente, cuando se trata de propiedad inscrita, altera el estado jurídico expresado por el Registro. Luego la inscripción viene a rectificar el anterior pronunciamiento del Registro para concordarle con la realidad jurídica. Ahora bien, mientras no se inscriba el recién nacido derecho real, mientras no se haga concordar el Registro con la realidad jurídica no está plenamente lograda su adquisición. Puede quedar inoperante frente a otra adquisición que se inscriba antes amparada por la fe pública registral. Ejemplo: En el Registro figura A como titular del dominio de una finca. A transmite la propiedad de la misma a B por cualquier negocio jurídico «inter-vivos»; pero el Registro sigue aún declarando que el dominio pertenece a A, por lo que si algún otro, amparado en lo que expresa el Registro adquiere de A e inscribe conforme a los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, su adquisición se hará irrevocable, perjudicando a B.

Por eso en nuestro sistema, las inscripciones pueden ser:

a) Inscripciones constitutivas por declaración de la Ley: hipoteca, arrendamiento, opción de compra.

b) Inscripciones declarativas: Todas las demás en general si nos atenemos al principio normal de nuestro sistema

c) Inscripciones que sin ser constitutivas por expresa declaración legal, resultan en la práctica constitutivas por aplicación del principio de fe pública registral: Las practicadas conforme a los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, puesto que como hemos visto, mientras no se inscriba el negocio adquisitor estará pendiente de:

1. Un segundo comprador que se adelante a inscribir.
2. El ejercicio de acciones resolutorias o rescisorias provenientes del antetítulo.

En ambos supuestos puede perder el derecho. Lo cual traducido a la práctica indica que la inscripción amparada en la fe pública registral tiene el valor de modo, aún sin proponérselo.

Lo que no hace la inscripción es convalidar el negocio nulo o ilegal, conforme al artículo 33 de la Ley. Si el negocio inscrito estuvo viciado por error, violencia o intimidación o si en sí mismo era ilegal (como una enajenación hecha por un apoderado sin facultades de disposición o una venta de bienes de hijos menores hecha por el padre sin autorización judicial), el derecho resultante inscrito puede anularse por los motivos y en la forma que las Leyes determinen y la inscripción ser cancelada.

Todo este valor que se le puede dar a la inscripción, tiene lugar cuando se trata de propiedad inscrita. La simple inmatriculación, que sólo genera al titular registral simple, no está amparada por la fe pública registral ni por ningún principio de inoponibilidad. Si no fuere así, nuestro sistema hipotecario tendría tan descomunal fuerza, que echaría por tierra la forma de adquirir la propiedad y los derechos reales del Código civil (título y modo) cosa que está bien claro que nunca se lo propuso. En esto hay que convenir con TIRSO CARRETERO (11) que del sistema latino de la inoponibilidad a la inscripción constitutiva no hay más que un pequeño salto.

C) *Fin último del Registro de la Propiedad.*

· Siguiendo a MARIANO HERMIDA (12) se puede afirmar que la esencia del Registro de la Propiedad es garantizar al adquirente que

(11) Artículo citado, página 94.

(12) Artículo citado, páginas 1487 y siguientes.

pueda adquirir el derecho real de quien a todos los efectos legales se presume que es el verdadero dueño y en las condiciones jurídicas que constan en el propio Registro. Los artículos 32 y 34 tienen a ello. Por tanto, no es correcto distinguir, como lo hace la doctrina dominante, el que el artículo 32 legitima la doble venta y el 34 las adquisiciones a «non domino», supuestos límites y particulares.

Ambos casos, dobles ventas y adquisiciones a «non domino» están protegidos por la fe pública registral, si reúnen los requisitos para ello, con el fin de dar cumplimiento a la esencia última del Registro y no con el de legitimar esos casos patológicos.

Los intereses tutelados por los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria son iguales; en ambos se trata del interés general de la Ley. Y para dar cumplimiento a ese interés o fin último de la Ley Hipotecaria existen los artículos 32 y 34. El primero para proteger al tercero de los títulos colaterales y el segundo para protegerlo de los títulos de la línea recta ascendente, si vale este símil del derecho de sucesiones.

Ultimamente, GARCÍA-BERNARDO LANDETA (13) también sostiene que los fines de los artículos 32 y 34 son diferentes, basándose para ello en que uno contempla el caso de la doble venta y el otro el de las adquisiciones a «non domino». Pero aunque sea doctrina dominante no es correcta. Y no es correcta porque el Registro no legitima usurpaciones ni es el burladero de derechos ilegítimamente adquiridos como podría pensarse si partimos de esa diferenciación. Al contrario, el fin del Registro es garantizar la paz jurídica en el tráfico de inmuebles y evitar su clandestinidad tan peligrosa.

(13) En el número 469 de esta REVISTA, noviembre-diciembre de 1968, artículo titulado: *Los terceros registrales internos*. Este autor en el citado trabajo, considera la inscripción como carga, quizá por una interpretación demasiado civilista del Derecho hipotecario. En realidad la inscripción no es carga, es una sustancial forma jurídica que consagra, en última instancia, el derecho real perfecto, como demostró RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

D) *Principios hipotecarios de nuestro sistema, opuestos a la dualidad del tercero.*

La mayor dificultad con que tropieza la teoría de la dualidad del tercero es la existencia en nuestra legislación hipotecaria, de unos principios opuestos o por lo menos perturbadores para la existencia del tercero latino. Estos principios son: el de tracto sucesivo, el de inscripción en su aspecto técnico-formal, el de legalidad y el de registración por fincas. Todos ellos son desconocidos en los sistemas latinos puros.

1. *Tracto sucesivo.*—La primitiva Ley de 1861 estableció el principio de tracto sucesivo o, mejor de previa inscripción por ser denominación más sintomática. Decía su artículo 20 que era causa bastante para suspender o denegar la inscripción la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho real del transferente y que para subsanar esta falta debería registrarse con anterioridad y en cualquier tiempo el expresado derecho, bien por el título, bien acreditando la posesión. Las transmisiones o gravámenes debían, pues, proceder de adquisiciones anteriores a 1 de enero de 1863 previamente inscritas en la Contaduría de Hipotecas, de donde se trasladarían al Registro moderno.

Por una Real Orden de 20 de febrero de 1863 se autorizó la inscripción directa en el Registro de la Propiedad de los títulos anteriores a 1 de enero de aquel año de los que no se hubiere oportunamente tomado razón en el Oficio de Hipotecas.

El sistema de la Ley primitiva era, pues, muy riguroso: no podía inscribirse ningún título que no estuviese otorgado por quien tuviese su adquisición inscrita en el Registro. Y esta inscripción de la adquisición se practicaba o por traslado de los antiguos asientos, o por títulos adquisitivos anteriores a 1 de enero de 1863 o por información posesoria. La inscripción confería, por tanto, una titularidad registral de disposición que permitía las inscripciones posteriores o derivadas y a éstas se les amparaba con la fuerza que creaba el sistema. No había excepciones, a este principio. Fácil es notar la incompatibilidad con el tercero latino.

Posteriormente, al no acogerse toda la propiedad al sistema del

Registro, fin acariciado por los redactores de la Ley, tuvo que ser suavizado el principio y admitir excepciones para que paulatinamente fuera ingresando la propiedad que todavía no había acudido al Registro. Pero nunca dando a las inscripciones primeras que se practicaban la fuerza con que estaban dotadas las inscripciones segundas o posteriores.

En el derecho vigente la Ley enuncia el principio de modo directo y positivo. Para inscribir un derecho o para anotarlo tiene que estar previamente inscrito o anotado a favor del transferente u otorgante (art. 20). Y esto es de tal importancia que, para que una inscripción goce de la plena efectividad del sistema, de sus específicas protecciones, es necesario que proceda de otra inscripción anterior. En rigor, la efectividad de nuestro sistema se centra sobre las inscripciones segundas o posteriores.

Las inscripciones de inmatriculación u originarias son excepciones a la regla general de la previa inscripción. El propio artículo 205 de la Ley lo demuestra al empezar diciendo: «Serán inscribibles sin necesidad de la previa inscripción...». Sencillo es comprender que este principio no concuerda con la existencia del tercero latino; el cual sólo por la inscripción de su título, aunque fuere originaria, se halla protegido, mientras que en virtud de este principio sólo lo estará cuando su inscripción se derive de otra anterior.

2. *Inscripción en su aspecto técnico-formal.*—Los sistemas de Registro, en cuanto a su técnica formal, o sea, al modo o forma de sus asientos, pueden ser de Inscripción, de transcripción y de toma de razón.

La inscripción es, según frase de DÍAZ MORENO, la imagen reducida o simplificada del título, un breve extracto del mismo en el que se consignan las circunstancias más importantes para individualizar y dar publicidad a las relaciones jurídicas inscritas. Estas circunstancias de las inscripciones están taxativamente señaladas por la Ley y la omisión de alguna de ellas puede ocasionar la invalidez de la inscripción.

La transcripción es una copia del título, o sea, su traslado literal o extractado a los asientos registrales.

La toma de razón es una simple mención o indicación de qué se tiene presente la incorporación del título al Registro.

Los diferentes sistemas hipotecarios adoptan una de estas tres formas, no arbitrariamente, sino a tenor de la importancia que den al contenido registral. En los sistemas latinos, donde solamente juega el principio de inoponibilidad debido a su escaso desarrollo técnico, como en Francia y en Italia, se transcribe; en España siguiendo al sistema germánico se inscribe y en nuestras antiguas Contadurías de Hipoteca, se tomaba razón. En un sistema como nuestras antiguas Contadurías, exclusivamente de gravámenes y de un acentuado primitivismo, la toma de razón es modo adecuado de dar contenido a los asientos; en el sistema latino, de escaso desarrollo e importancia secundaria la transcripción es forma ideal y, por último, en el sistema germánico de eficaz presunción de exactitud, la inscripción es el modo correcto.

La inscripción como modo técnico-formal de dar contenido a los asientos, propia de los sistemas desarrollados, es incompatible con la existencia de un tercero que traiga su origen de los sistemas latinos.

3. *Legalidad.*—Este principio informa nuestro derecho inmobiliario aunque la Ley no lo recoja en forma sistemática. Es indudable que, desde el momento en que se reconoce a la inscripción un valor propio, tiene que regir este principio, ya que los títulos que la originan deben hallarse ajustados a las normas objetivas del Derecho, para conseguir de este modo la concordancia del Registro con la realidad jurídica válida.

Este principio se hace efectivo, en nuestro sistema, mediante la calificación que, sin investir al Registrador de las potestades de un verdadero Juez Territorial (como sucede en Alemania) le convierte en director de un especial procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que actúan de una parte, el título calificado y de otra, la legalidad vigente y las resultancias del Registro.

En los sistemas latinos no existe el principio de legalidad, al menos en la forma que tiene en el sistema germánico o en el nuestro. Y no existe porque no es necesaria su existencia ya que la labor del Conservador latino se limita a transcribir o archivar copia del

título. Y los únicos obstáculos que pueden surgir se deberán a los títulos anteriormente transcritos.

Este principio no es propio de los sistemas latinos que lo desconocen, en cambio, preside con todo rigor los sistemas germánicos o similares. El tercero latino y el principio de legalidad son incompatibles.

4. *Registración por fincas.*—Derivada del principio de especialidad la registración por fincas es presupuesto obligatorio en nuestro sistema, tomado del sistema germánico. El Registro en España se lleva por fincas, para cada una de las cuales se abre un registro particular y los actos o contratos que afectan a varias fincas se hacen constar en el Registro especial de cada una de ellas. Diferencia sustancial con los sistemas latinos.

Cuando como sucede en el sistema latino, no hay registración por fincas, la única protección concedida al tercero es la del principio de inoponibilidad sin distinguir entre inscripciones primeras o segundas puesto que no existen respecto de las fincas. Pero en un sistema llevado con esa técnica de registración por fincas es preciso diferenciar entre esas dos clases de asientos para otorgar la plena protección a aquella clase de inscripciones que cumplen todos y cada uno de los presupuestos ripotecarios.

También este principio es contradictorio con la existencia de un tercero de origen latino.

• • •

Resta añadir que no comparto la extrañeza de TIRSO CARRETERO respecto a la posición del profesor LACRUZ BERDEJO (14). Nos dice TIRSO CARRETERO en su ya citado trabajo, que LACRUZ BERDEJO no es ayuda decisiva en su teoría, contraria a la de ROCA SASTRE, sobre la dualidad del tercero. Pues si bien parte de un planteamiento exacto del problema, no extrae del mismo sus consecuencias lógicas. Ello es debido a que dicho ilustre hipotecarista estudia desde el punto de vista histórico ambos sistemas hipotecarios (latino

(14) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Leciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, 2.ª edición, párrafos y páginas citados por TIRSO CARRETERO, en su mencionado artículo.

y germánico) y sus proyecciones en el derecho patrio; pero cuando se trata de estudiar concretamente la protección al tercero en nuestro sistema, no hace diferenciación porque no la hay. La realidad legal y jurisprudencial nos enseña que en los artículos 32 y 34 la protección que brindan y los requisitos para obtenerla, son los mismos.

Lo expuesto es la interpretación que doy al sistema vigente en nuestra patria. Pero no quiere decir que esté conforme con el sistema. Las deficiencias del mismo hablan por sí solas, se manifiestan por el resultado práctico obtenido. Después de más de un siglo de vigencia, la legislación hipotecaria no ha conseguido los fines que se propuso. La propiedad y los derechos reales, en gran parte, viven fuera del Registro y hay regiones donde la inscripción no se practica.

El dualismo entre las legislaciones civil e hipotecaria, puesto de relieve por RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, da lugar a que los Tribunales den preferencia a los preceptos sustantivos de la legislación común y se olviden los postulados del sistema hipotecario. La efectividad real del sistema no es muy grande y a veces se observa, que la jurisprudencia procura acortarla más. La falta de una base física (Catastro) perjudica la Institución, el tracto sucesivo se rompe con frecuencia, la identificación de los inmuebles se hace cada vez más difícil, el régimen es demasiado complicado para zonas de agricultura pobre, la pequeña propiedad no puede tener acceso al Registro y en fin... el régimen jurídico de la transmisión «mortis-causa» es demasiado complicado y oneroso.

III

LOS EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES DE INMATRICULACIÓN

Las inscripciones de inmatriculación por la falta del requisito de la previa inscripción, no gozan de la protección que brinda el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Esto quiere decir que su titular podrá ser perjudicado por otro de mejor derecho, aunque no tenga su título inscrito, con arreglo a las normas del derecho civil puro. La posición opuesta es la sostenida por la mayoría de los partida-

rios de la teoría del tercero dual. Creen éstos que las inscripciones de inmatriculación están protegidas por el artículo 32 que, como en los sistemas latinos, no contiene en su texto ningún requisito para otorgar su protección. Es un error. Lo acertado es seguir las opiniones de ROCA SASTRE y MARIANO HERMIDA, expuestas en los trabajos citados. No es de buena hermenéutica jurídica repetir en cada artículo que mencione al tercero hipotecario los requisitos que le son necesarios si ya han sido mencionados en otro precepto.

En la Ley Hipotecaria existe un precepto que sirve para demostrar que las inscripciones de inmatriculación no están protegidas por el artículo 32. Se trata del párrafo último del artículo 298 del Reglamento que establece: «Los que se crean con derecho a los bienes o parte de ellos, cuya inscripción se haya practicado conforme al artículo 205 de la Ley, podrán alegarlo ante el Juzgado o Tribunal competente en juicio declarativo y deberá el Juez ordenar que de la demanda se tome en el Registro la correspondiente anotación preventiva». Esta anotación de demanda ordenada de oficio por el Juez (no es necesaria la petición de parte) impide que con el transcurso de dos años, la inmatriculación puede dar lugar al nacimiento de un tercero hipotecario.

Todas las inscripciones de inmatriculación, salvo las producidas por expedientes de dominio, están sujetas a la limitación de efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha que establece el artículo 207 de la Ley. Este artículo acusado con razón de ser poco ortodoxo (15) cuando en la Ley de Reforma Hipotecaria decía «contra tercero», en lugar de «respecto de tercero» obliga a estudiar los efectos de las inscripciones de inmatriculación durante la suspensión de efectos y después de dicha suspensión.

A) *Durante la suspensión de efectos.*

El titular de una inscripción de inmatriculación practicada conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento y en general por cualquiera de los medios legales susceptibles de conseguirla, está protegido por el principio de legitimación. La fe

(15) SANZ, Angel, Véase sus Instituciones de Derecho hipotecario.

pública registral (arts. 32 y 34) no entra en juego al no tener este titular la condición de tercero hipotecario por falta de previa inscripción. Este principio legitimador representa en favor del titular, los siguientes efectos:

I. GENERAL:

1. Acción de jactancia derivada de todo el contexto del asiento, que es público y está bajo la salvaguardia de los Tribunales (artículo 1, párrafo 3.º de la Ley). Faculta a su titular para otorgar actos inscribibles.

II. REGISTRALES:

1. Presunción «*juris tantum*» sobre el total contenido del asiento en el doble sentido de:

- a) Sustantivo: sobre el derecho inscrito.
- b) Formal: sobre las circunstancias físicas del inmueble (linderos, cabida, clase de cultivo, etc.) (16).

(16) El profesor LACRUZ BERDEJO, en su obra citada, página 276, nos dice siguiendo la doctrina común que «la jurisprudencia advierte constantemente que el Registro no ampara los datos materiales, físicos o descriptivos de las fincas». (Sentencia de 31 de mayo de 1955); «la propia Ley excluye de la protección legitimadora y de la *fides pública*, determinadas situaciones de hecho...». Opino que, efectivamente, la *fides pública* no se extiende nunca a los datos de hecho o físicos de las fincas, pero al contrario, parece probable que la legitimación los defienda, sobre todo, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1953, dictada por su Sala 1.ª, que dice lo siguiente: «Que en nuestro Derecho hipotecario el asiento registral protege las situaciones jurídicas que el mismo proclama y no extiende con igual intensidad la protección a las situaciones o circunstancias de hecho, materiales o físicas, desconectadas del Registro: pero lo que no se puede afirmar sin incurrir en confusiónismo, que debilita la garantía y atractivos de la Institución hipotecaria, es que la inscripción nada vale ni nada protege en punto a las situaciones de hecho que el asiento pregoná, pues por virtud del *principio de legitimación registral*, la inscripción ampara al titular, no sólo con prerrogativas de rango y disponibilidad del Derecho inscrito, sino también con la presunción de que lo que diga el asiento, tanto con referencia a situación jurídica, como a circunstancias de las fincas, en la forma o términos que resulten del mismo, se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificado o declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular «*secundum tabulas*» de la obligación de probar la concordancia con la realidad extra-hipotecaria y desplazando esta obligación en régimen de inversión de prueba, hacia la parte que contradiga la presunción mencionada, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 1, 9, 38, 40, apartado d) y 41 de la Ley Hipotecaria y de su Exposición de Motivos...».

2. Presunción «*juris tantum*» sobre la posesión a favor del titular registral (art. 38 de la Ley).

III. JUDICIALES:

1. Posición privilegiada que abarca los siguientes extremos:

a) Protección judicial en general (art. 1 de la Ley).

b) Necesidad de demandar la nulidad o cancelación del asiento correspondiente a quien contradiga el dominio inscrito del titular registral (art. 38, párrafo 2.º).

c) Tercería registral o paralización de cualquier apremio, embargo o juicio ejecutivo, mediante certificación del Registro (artículo 38, párrafo 3.º).

d) Desplazamiento de la carga de la prueba (efecto derivado de la naturaleza de la presunción legitimadora y puesto de relieve por la doctrina y la Jurisprudencia).

e) Procedimiento especial para el ejercicio de acciones reales dimanantes de los derechos inscritos (art. 41 de la Ley).

La suma de estos efectos no brindan al titular registral una protección tan enérgica como fuere deseable para hacer apetecible el sistema registral, pero mientras no se modifiquen las leyes, son los únicos que corresponden a las inscripciones de inmatriculación.

No garantizan al titular registral inmatriculante que vaya a mantener su derecho ante la acción, en caso de doble venta, de un primer comprador, porque el artículo 1.473 del Código civil debe ser interpretado en relación con las normas de la Ley Hipotecaria a la que se remite el artículo 608 del Código.

B) *Después de la suspensión de efectos.*

Una vez transcurridos dos años desde la fecha del asiento de presentación, puesto que a tenor del artículo 24 de la Ley hay que considerar como fecha de la inscripción la del citado asiento, la inscripción de inmatriculación no mejora la condición. Sigue con

la protección inicial; no se le adiciona ningún otro elemento inmunizante o defensivo.

Durante esos dos años, las inscripciones derivadas de la inmatriculación no están amparadas por la fe pública registral. A esta limitación se refiere el artículo 207 de la Ley Hipotecaria: Pero una vez transcurridos los dos años y desaparecida la limitación de efectos, la persona que adquiera del titular registral inmatriculante gozará de la fe pública registral si cumple los otros tres requisitos (onerosidad, buena fe e inscripción de su título) necesarios para ello. A «sensu contrario» si aún cumpliendo estos tres últimos requisitos se adquiere de un titular inmatriculante sin los dos años de antigüedad, no se adquiere la cualidad de tercero hipotecario.

Las inmatriculaciones practicadas mediante expediente de dominio están exentas de la paralización de efectos durante dos años y, por consiguiente, en cualquier tiempo pueden dar lugar al nacimiento del tercero hipotecario.

IV

RECAPITULACIÓN FINAL

Una síntesis de todo lo tratado, se concretaría en los siguientes puntos:

1.º La Ley Hipotecaria de 1861 fue totalmente ecléctica. Instauró un sistema que conjugaba la técnica germánica de publicidad con la latina de inoponibilidad, representadas ambas por los artículos 34 y 23 respectivamente.

2.º La inoponibilidad latina de nuestro sistema, nunca actuó con la amplitud original, al existir en el mismo, principios germánicos contrapuestos (previa inscripción, legalidad, inscripción en su aspecto técnico-formal y registración por fincas).

3.º El sistema germánico, más evolucionado y perfecto fue obteniendo, por sincretismo, mayor preponderancia en cada reforma hipotecaria. Y llegó a hacerse definitiva con la doctrina de don JERÓNIMO GONZÁLEZ primero, y la de ROCA SASTRE después y

con la sustancial reforma de 1944 desaparecen los vestigios que pudieran quedar del sistema latino.

4.º En el sistema actual la protección del tercero se centra exclusivamente en los principios de legitimación y fe pública registral.

5.º La fe pública registral se halla consagrada fundamentalmente en los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria.

6.º El tercero hipotecario es único, de origen germánico y depositario de la fe pública registral.

7.º Las inscripciones de inmatriculación sólo gozan de la protección que brinda la legitimación registral.

RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA.

Registrador de la Propiedad.

Piso futuro y viviendas acogidas

SUMARIO: I. LA AGRUPACIÓN DE PROMOTORES Y LA TUTELA DE SU DERECHO SOBRE EL PISO FUTURO: A) *Convenios sobre los efectos jurídicos de la accesión industrial: a) Concesiones recíprocas de derecho de superficie. b) Concesiones recíprocas de derecho de vuelo. c) Convenios relativos a la accesión industrial. d) Convenios sobre constitución de propiedad horizontal sobre el futuro edificio.* B) *Convenios sobre la comunidad que surja del futuro edificio: a) Comunidad con precontrato de división futura. b) Comunidad con pacto de división actual del edificio a construir.* C) *Sociedad civil particular regular o irregular cuyo objeto es el edificio a construir.* D) *Nuestra postura: La relación preliminar o situación jurídica interina de naturaleza real.*—II. PERMUTA DE SOLAR POR LOCALES DE NEGOCIO O PISOS A CONSTRUIR SOBRE ÉL: A) *Validez y efectos de este contrato.* B) *Permuta de solar a cambio de titularidad preventiva de naturaleza real sobre pisos o locales a construir sobre él.* C) *Posibilidad de obtener la calificación provisional con cualquiera de los contratos anteriores: a) Locales de negocio a construir. b) Pisos futuros.* III. VENTA DE PISOS FUTUROS: A) *Requisitos para obtener la autorización.* B) *Contenido de los contratos.*

El piso en la dinámica del Derecho presenta tres modalidades netamente diferenciadas: El piso proyectado o futuro, el piso en construcción y el piso acabado o simplemente piso, distinguidas con claridad meridiana en el artículo 8.º, núm. 4.º de la Ley Hipotecaria vigente.

Nuestro trabajo se limita al estudio de los negocios jurídicos cuyo objeto es un piso o local de negocio meramente proyectados o futuros e integrantes de un edificio acogido o protegido.

En la legislación de Viviendas de Protección Oficial (en adelante V. P. O.) el piso futuro juega primordialmente en tres supuestos: Agrupación de promotores individuales; permuta de solar por piso futuro a efectos de la calificación provisional; y venta de piso futuro a efectos de percibir anticipadamente parte del precio.

Nuestro propósito es configurar la titularidad del piso futuro, no como un derecho subjetivo de crédito, porque esta cuestión está resuelta en nuestro Código civil y, además, es ajena al Registro de la Propiedad, ni como un derecho subjetivo real porque falta el objeto, sino como una titularidad provisional, precursora de una situación definitiva y jurídico-real.

I

LA AGRUPACIÓN DE PROMOTORES Y LA TUTELA DE SU DERECHO SOBRE EL PISO FUTURO

Los apartados a) de los artículos 6.º del texto refundido y revisado de Viviendas de Protección Oficial (en adelante T. R. R. de V. P. O.) y 22 de su Reglamento (en adelante R.) disponen:

«Podrán ser promotores de 'Viviendas de Protección Oficial':

a) «Los particulares que, individualmente o agrupados, construyan viviendas para sí, para cederlas en arrendamiento o para venderlas.»

La nueva legislación refunde en un solo apartado la regulación de los particulares como promotores.

Pueden promocionar individualmente o agrupados. El primer caso no plantea cuestión. En el segundo los promotores deben constituir una comunidad sobre el solar, es decir, deben ser copropietarios del mismo, bien por compra, herencia y adjudicación *pro indiviso* o donación.

La copropiedad es presupuesto para obtener la calificación provisional, no la aprobación de la solicitud inicial.

La construcción pueden hacerla directamente, por administración, o mediante el oportuno contrato de empresa u obra.

El edificio construido pertenece a los copropietarios *pro indiviso* por accesión industrial. De ahí, que si la constitución de la propiedad por pisos la constituyen después de concluido el edificio o cuando está en construcción no se plantee cuestión alguna.

El problema que plantea la doctrina es el de la división por

pisos del edificio y no una vez terminado o en construcción (1), sino cuando ésta no se ha iniciado aún, es decir, cuando el objeto de la llamada propiedad horizontal es un edificio futuro o a construir.

Estamos frente a uno de los tipos de los negocios sobre cosas futuras y concretamente sobre edificio futuro, que recientemente ha inquietado a la doctrina, no sólo en esta modalidad, sino en otras que serán estudiadas más adelante, al tratar de la permuta de solar por piso a construir y del percibo anticipado del precio de la venta (2).

Las soluciones que se han formulado (3) y que en breve síntesis vamos a exponer y criticar sistemáticamente en cuatro grupos. El primero, se centra en convenios sobre la accesión industrial; el segundo, en convenios sobre la copropiedad; el tercero en contratos de sociedad; y el cuarto en las relaciones preliminares, titularidades provisionales o expectativas jurídicas.

(1) La división por pisos de un edificio en construcción hay que equipararla al construido y así lo entiende el artículo 8.º, párrafo 1.º de la L. H., reformado por la L. 49 de 21 de julio de 1960.

(2) La bibliografía es abundante: BONET CORREA, *La servidumbre a favor de edificio y la adquisición de apartamentos en edificio a construir*, «R. D. N.», julio-diciembre 1961, págs. 247-282; MACHADO CARPENTER, *La servidumbre en beneficio de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir*. Publicado en «Estudios de Derecho privado» dirigidos por ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, editorial «R. D. Priv.», Madrid, 1962, págs. 402 y sigs.; BATISTA-MONTERO-RÍOS, *Las servidumbres en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir*, «R. D. Priv.», marzo de 1962, páginas 189-200; CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura*, Salamanca, 1963; LUCAS FERNÁNDEZ, *Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que se construyan*. Ponencia presentada en el Colegio de Albacete el 3 de marzo de 1963; VENTURA TRAVESET Y GONZÁLEZ, *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, Bosch, Barcelona, 1963; MONEDERO GIL, *Presupuestos y origen de la propiedad horizontal; aportación de solar; «actio communi dividundo»; contrato de ejecución de obras*, Prêtor, 1964, núm. 21, págs. 37-60; MONET Y ANTÓN, *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*. Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, el 8 de junio de 1963 y editada en Valencia en 1967; FONT BOIX, *El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal*, «R. D. N.», julio-diciembre de 1967, págs. 7 y sigs. En Derecho italiano tenemos dos interesantes obras de PERLINGERI, «*Rapporto preliminare e servitù*» su «*edificio da costruire*», Nápoles, Jovene, 1966, «*I negozi su beni futuri. La compravendita di cosa futura*», Jovene, Nápoles, 1962.

(3) Una síntesis de la mayor parte de ellas puede verse en MONET ANTÓN, obra cit., págs. 21 y sigs.

A) *Convenios sobre los efectos jurídicos de la accesión industrial.*

Revisten estas modalidades:

a) *Concesiones recíprocas de derecho de superficie sobre los pisos a construir a favor de los futuros propietarios.*

Esta posición encuentra obstáculos insuperables, como son: el derecho real de superficie es indudable que puede concederse a quien va a ser propietario de la primera planta, porque se asienta sobre el suelo, sobre la superficie, pero el de la segunda y sucesivas tiene su base en el derecho de superficie del superficiario de la primera planta o de las plantas inferiores y si no lo ejerce, aunque se haya obligado, el ejercicio del derecho por los concesionarios de las plantas segunda y ulteriores queda real y literalmente en el aire, ¿cómo van a construir? ¿sobre qué van a apoyar su construcción? Además, el derecho concedido a los futuros propietarios de las ulteriores plantas, no sería de superficie, porque este derecho por esencia se apoya en el suelo. En el Derecho alemán y en el suizo se prohíbe la superficie sobre pisos y con más razón sin la existencia aún de éstos, ya que sería un derecho, cuyo ejercicio no puede hacerse y depende de que lo ejerciten los de las plantas inferiores y no como un derecho individual, sino más bien comunitario, ya que no podrían apoyar.

b) *Concesiones recíprocas de derecho de vuelo.*

El convenio sobre el derecho de vuelo es otra modalidad también inadmisibles. En primer lugar el del futuro propietario de la primera planta sería de superficie y los derechos de los de las ulteriores serían de vuelo, sobre elevación o levante. El derecho de vuelo tiene como objeto la construcción sobre un piso ya construido y entonces puede ejercitarse, lo mismo que el de superficie sobre el suelo, más faltando el piso, hoy no puede construirse otro superior apoyándose en el aire. Las mismas objeciones que hemos expuesto a la configuración del derecho sobre los diferentes y

futuros pisos como derecho de superficie las reproducimos aquí. Ya se que hay gran confusión en este punto, incluso en el artículo 16 del R. hipotecario reformado, donde se confunden los derechos de vuelo y superficie e incluso aparentemente en el artículo 8.º, 4.º de la L. H. que habla de pisos meramente proyectados, el cual hay que matizar.

c) *Convenios relativos a la accesión industrial.*

Lo mismo hay que afirmar de los convenios relativos a la accesión industrial, pues en el fondo y en esencia las dos explicaciones anteriores cristalizan en convenios sobre la accesión industrial, impidiendo que ésta despliegue sus efectos jurídicos, o sea, que lo construido ceda en propiedad al dueño del suelo, conforme al aforismo «superficies solum cedit», que consagra el C. C. en sus artículos 353 y 359, éste en relación con el 358, principalmente, constituyendo el derecho de superficie y el auténtico derecho de vuelo sendas excepciones (4), juntamente con la hoy importantísima por su frecuencia llamada propiedad horizontal de casas por pisos o copropiedad por pisos.

d) *Convenios sobre constitución de propiedad horizontal sobre el futuro edificio.*

La postura que pretende resolver la edificación por los promotores agrupados sobre un solar que pertenezca en copropiedad a los mismos mediante un convenio que constituya la propiedad horizontal, es de un lado un convenio modalizador de la accesión y de otro, extintivo de una copropiedad *pro indiviso*, participando en este último aspecto de las teorías comunitarias que encuadramos en el segundo grupo. La objeción o el obstáculo para la validez de este convenio constitutivo de la propiedad horizontal reside en

(4) No debe olvidarse que el derecho de vuelo es en nuestro Derecho positivo un elemento común y pertenece a los copropietarios del edificio, porque para nosotros la llamada propiedad horizontal es una copropiedad «pro indiviso», no «pro indiviso» ni propiedad singular o normal.

la posibilidad de un derecho real sin objeto actual, o sea cuyo objeto es una cosa futura, el edificio a construir. Superado este obstáculo, lo cual pretendemos más adelante, esta teoría puede ser la mejor explicación jurídica de este fenómeno de bastante frecuencia en la práctica (5) indudablemente muy superior a las que pretenden explicarlo por vía del derecho de superficie o del derecho de vuelo, que poco tienen que ver con el derecho del copropietario sobre su piso.

B) *Convenios sobre la comunidad que surja del futuro edificio.*

Estos convenios tienen tres modalidades y su objeto es no sólo impedir la copropiedad *pro indiviso* sobre el edificio, sino también regular la llamada propiedad horizontal del mismo.

a) *Comunidad con precontrato de división futura.*

Los promotores agrupados pactan la indivisión durante la comunidad y, además, agregan un pacto que concluida la edificación se procederá a la división. El pacto es un precontrato vinculándose a la división en propiedad horizontal del edificio una vez terminado.

En rigor no estamos ante una comunidad de bienes, ni una comunidad especial ni, en cierto modo, ante una comunidad dinámica y societaria, que es expresión equívoca, sino frente a una verdadera sociedad particular, civil y regular o irregular, ya que, además del solar, hay aportaciones de los promotores agrupados bien en metálico, precio del contrato de empresa u obra, bien en especie, materiales y trabajo, etc., lo que constituye una prestación típica del contrato de sociedad.

Por otra parte, el pacto de división futura del edificio debe reunir los requisitos del contrato en cuanto a la determinación de

(5) Es la posición de MONET Y ANTÓN, ob. cit., págs. 43 y sigs., sin embargo, quien con más claridad ha visto este obstáculo ha sido MONEDERO GIL (Ob. citada, págs 359 y sigs.), quien acude para salvarlo a la tesis de RUBINO sobre los negocios anticipados que define así: «Aquellos en los que la manifestación de la voluntad se produce antes de la concurrencia de otros elementos típicos del negocio que normalmente la preceden».

su objeto. Si los reúne será vinculante para las partes, más en este caso el supuesto es semejante al que estudiamos a continuación, acudiendo al precontrato en lugar del contrato, y en ambos casos dividiendo actualmente el edificio futuro. Si el pacto no reúne los requisitos del precontrato no es vinculante.

El problema primordial que plantean es, si puede ser objeto de derecho real un bien futuro, el edificio a construir y que los defensores de la tesis no se plantean.

b) Comunidad con pacto de división actual del edificio a construir.

Los promotores agrupados celebran el convenio dividiendo el edificio por pisos antes de construirlo, de modo que sólo quieren construir en común y fijando anticipadamente la división del edificio para el momento en que esté construido.

Las objeciones que hemos puesto a la teoría anterior son aplicables a ésta.

C) Sociedad civil particular regular o irregular cuyo objeto es el edificio a construir.

Una explicación que supera los obstáculos de las anteriores es la constitución por los promotores agrupados de una sociedad en la que aporten su respectiva cuota en el solar y la parte proporcional en el precio del contrato de empresa u obra o materiales, trabajo, etc., y en el que se pacten al amparo del artículo 1.708 del C. c. como causa de su extinción la conclusión del edificio y se fijen las reglas de adjudicación de los pisos.

La sociedad es una sociedad civil particular prevista en el artículo 1.678 del C. c. cuyo objeto es una empresa señalada o una cosa determinada; v. gr. la construcción del edificio.

Será regular, si se otorga en escritura pública, ya que se aportan inmuebles, conforme al artículo 1.667, e irregular en caso de no otorgarse en escritura pública (6).

(6) Sobre sociedades irregulares véase GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*, «A. D. C.», octubre-diciembre de 1951, págs. 1.291-1.347 y *Los conceptos*

La determinación en el acto constitutivo de la sociedad del momento de su extinción, por conclusión de su objeto, no es necesaria, pero sí es muy importante la fijación de las reglas de liquidación y adjudicación, lo cual es perfectamente viable y tiene su carta legal en el artículo 1.708 del C. c. presentando grandes analogías con la partición hecha por el testador.

En el caso de sociedad regular se inscribirá el solar a nombre de la sociedad y con la declaración de obra nueva los pisos a nombre de los socios de acuerdo con las reglas de adjudicación contenidas en la escritura social.

Si la sociedad es irregular figurará inscrito el solar a nombre de los promotores agrupados y con la declaración de obra nueva se hará la división por pisos de acuerdo con lo estipulado en el contrato de sociedad, que servirá para exigirse recíproca y judicialmente los promotores su cumplimiento.

Ambas fórmulas son legales, pero la primera, además de desorbitada para la consecución de sus fines, plantea problemas en relación con el contrato de concesión de beneficios y las calificaciones provisionales y definitivas, por lo que es rechazable, lo mismo que la segunda, en que el contrato privado de sociedad civil irregular tiene que permanecer oculto, y si fuese preciso elevarlo a escritura pública para exigir su cumplimiento a alguno de los promotores plantearía los mismos problemas prácticos. Pero hay más, creemos que es superfluo acudir al contrato de sociedad para configurar una situación jurídico real sobre un bien futuro.

D) *Nuestra postura: La relación preliminar o situación jurídica interina de naturaleza real.*

La copropiedad *pro diviso* por pisos de un edificio es una relación jurídico real, cuyo objeto es precisamente el edificio.

y tipos de sociedades de los Códigos civil y de comercio y sus relaciones, Centenario de la L. del Notariado, vol. 4.º, secc. 3.ª, I. E., Reus, Madrid, 1963, páginas 88 y sigs.; ORTEGA PARDO, *Sociedad civil irregular*, «A. D. C.», enero-marzo de 1951, págs. 311 a 320; PUIG BRUTAU, *Notas a la obra de Serik: Apariencia y realidad en las Sociedades mercantiles*, Ariel, Barcelona, 1958, págs. 305 a 311; HEMARD, *Des nullités des sociétés et des sociétés de fait*, París, 1926. Especialmente, RICCA, LUCIO, «*Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*», Milán, Giuffrè, 1965, págs. 79 y sigs.; BERTI, «*Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*», Ius., 1957, págs. 353 y sigs.

Faltando el edificio no puede haber división por pisos ni derecho real, porque carece de objeto y sin objeto no hay derecho real (7) ni derecho subjetivo, ya que la esencia de este es que el interés tutelado pueda actualizarse inmediatamente y en nuestro caso es imposible.

Mas entre el derecho subjetivo y la inexistencia del derecho hay una serie de estadios intermedios, ya que muchas veces el derecho no surge inmediatamente por no aparecer simultáneamente sus elementos, sujeto, objeto y poder o contenido.

La teoría del negocio anticipado trata de resolver este problema como hemos reseñado antes en nota (8), lo mismo ocurriría con la teoría del derecho eventual o futuro de la doctrina francesa, con la de las expectativas jurídicas y la de las situaciones jurídicas interinas, la cual hemos aceptado nosotros (9) siguiendo a DE CASTRO (10) y que vamos a aplicar a este caso.

Principiaremos por resaltar que la construcción de los negocios jurídicos sobre bienes futuros en el campo de los derechos de crédito, no plantea cuestiones y tiene carta de naturaleza en el artículo 1,271 del C. c.: "Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras" y que su construcción en el campo de los derechos reales, hay que descartar la configuración como derecho subjetivo real, o sea, como titularidad definitiva y plantear la cuestión de si es posible su construcción como titularidad provisional, o sea, como situación jurídica interina (11).

(7) En la hipoteca del derecho de superficie constituida antes de iniciarse la construcción del edificio, el objeto de la hipoteca es el derecho de superficie, es un caso de derechos sobre derechos. En este sentido BRONDI, *Los bienes, traducción de* ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Barcelona, Bosch, 1961, págs. 56 y 256 y sigs.

(8) Véase la nota 5.

(9) Véanse nuestras monografías: *Formalismo jurídico y documento notarial*, «R. D. N.», abril-junio de 1962, págs. 41 y sigs. y *La disposición conjunta de los coherederos y el tracto sucesivo registral*, «R. D. N.», julio-diciembre de 1965, págs. 119 y sigs., 133 y sigs.

(10) Derecho civil de España Parte general. Madrid, I. N. E. J., vol. I. páginas 606 y sigs.

(11) Nuestra tesis se apoya en la teoría general de DE CASTRO, ob. cit., volumen I, págs. 600 y sigs. y se inspira en este caso concreto en PERLINGIERI, «Rapporto preliminare...», cit., págs. 79 y sigs., especialmente, donde desarrolla su tesis de la relación preliminar de servidumbre contraponiéndolas a la relación de servidumbre, o sea, con una contraposición semejante a la de titularidades provisional y definitiva.

El primer problema a resolver es, si el interés del futuro propietario en la determinación del piso a construir, que ha de constituir el objeto de la relación de propiedad es digno de tutela. Esto para nosotros es evidente, se trata de un interés que no puede merecer una tutela definitiva, porque la técnica jurídica no puede admitir la construcción de un derecho subjetivo sin objeto actual, más si no es admisible y tutelable un derecho subjetivo real con objeto futuro, el piso a construir, el hecho de que el futuro propietario quiere concretar antes de la construcción el mismo, es una pretensión digna de tutela, pero de tutela provisional.

Esta situación jurídica es, por tanto, protegible, aunque no de manera definitiva, o sea, por medio de un derecho subjetivo, precisamente, porque falta su objeto actual.

Su tutela como derecho de crédito ya hemos afirmado que no plantea dificultad, mas tampoco es una tutela importante por impedirlo la relatividad del contrato. El efecto primordial que se pretende alcanzar, es precisamente la eficacia absoluta o «erga omnes», que se puede lograr si esta relación preliminar o titularidad provisional sobre el piso a construir puede inscribirse en el Registro de la Propiedad.

La inscripción en éste de situaciones jurídicas interinas o titularidades provisionales, es admitida sin reparos, siempre que la situación definitiva o derecho subjetivo a que tienden sea de naturaleza jurídico-real e inmobiliaria. Así ocurre con los derechos de los fideicomisarios a plazo y condiciones de residuo (12), con los derechos sujetos a condición sea suspensiva o resolutoria, que tutelan los derechos de los destinatarios de los bienes en caso de cumplimiento de la condición (13), de los reservatarios (14), etcétera, mas en todos estos supuestos el objeto del derecho existe, lo indeterminado es el sujeto, sin embargo, de ellos se desprende que la situación interina participa de la misma naturaleza jurídica que la definitiva a que tiende, es decir, que la relación jurídica preliminar de una situación definitiva jurídico real es también de la misma naturaleza y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad, tiene acceso al mismo.

(12) Artículos 14 de la L. H. y 84 del R. H.

(13) Artículo 9.º, 2.ª de la L. H. y 51-6.ª del R.

(14) Artículos 184 de la L. H. y 259 y sigs. de su R.

No obstante, hay un caso de tutela de situaciones en que falta el objeto y, precisamente, referente a nuestro caso. El artículo 8.º de la L. H. dice: «Se inscribirán como una sola finca y bajo un mismo número. .: cuarto. Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada... *En la inscripción del solar... se harán constar los pisos meramente proyectados*». Luego al amparo de este inciso los promotores agrupados pueden inscribir los pisos que proyecten y a favor de sus futuros propietarios.

Para ello deberán presentar la escritura pública donde pacten la adjudicación de los futuros pisos que proyecten. Hecha la declaración de obra nueva automáticamente los pisos se inscribirán a favor de sus adjudicatarios, si los proyectos coinciden con los pisos construidos, en otro caso, previas las pertinentes adaptaciones, pues la escritura donde se pacte la adjudicación será una escritura de división de casa por pisos hecha sobre el plano del edificio y no sobre la realidad de éste, la cual la reflejará la escritura de declaración de obra nueva del mismo.

Pretender aplicar el artículo 8.º a la inscripción de los pisos que proyecte el propietario único o los copropietarios sobre el solar sin pacto de adjudicación de los pisos, es inadmisibile, ya que no hay ningún interés que no esté ya tutelado. En el caso del propietario único, porque el mecanismo de la accesión industrial tutela suficiente e íntegramente su derecho sobre el edificio futuro y sus diferentes pisos, lo mismo que en el caso de la copropiedad, de un lado y de otro llevar al Registro estas manifestaciones asertorias discordantes con la realidad es contrario a la función de éste, cuyos libros deben ser reflejo de la realidad jurídica extrarregistral, que en este caso reflejarían el pensamiento o proyecto de edificio sobre un solar inscrito de su propietario o copropietario.

Cuestión distinta acontece en el supuesto de que los pisos proyectados sobre el solar se adjudiquen en régimen de copropiedad *pro diviso* o por pisos, a sus futuros propietarios, porque si bien es cierto que en la realidad no hay edificio ni pisos, sino pensamiento de construirlos o mero proyecto, pero que altera el régimen de la accesión industrial, que es el legal o normal, si no se pacta lo contrario en virtud de un derecho de superficie o una copropiedad por pisos. Y precisamente al desviarse el efecto jurídico.

propio de la accesión industrial, hay una razón, un interés digno de tutela y que el artículo 8.º, 4º de la L. protege con la pertinente inscripción.

II

PERMUTA DE SOLAR POR LOCALES DE NEGOCIO O PISOS A CONSTRUIR SOBRE ÉL

Los problemas que plantea son: validez y efectos del contrato de permuta; posibilidad de anticipar los efectos reales respecto del local o piso a construir, y posibilidad de lograr con este título las calificaciones provisionales y definitivas.

A) *Validez y efectos de este contrato.*

La validez del contrato de permuta no plantea cuestión, se trata de un cambio de cosa actual (solar) por cosa futura (piso o local a construir) que al amparo del artículo 1.271 del C. c. pueden ser objeto del contrato.

El promotor adquirirá el solar por permuta y lo inscribirá en el Registro de la Propiedad a su nombre, la otra parte adquiere un crédito de cosa determinada y futura (el local o piso a construir) que le adeuda el promotor.

Los efectos, si el piso o local se construyen de acuerdo con lo pactado, no hay cuestión, más hay que prevenir el evento no sólo del fracaso de la construcción, sino de la pérdida del solar por deudas del adquirente. La condición resolutoria y negativa, cuyo objeto sea la no construcción del piso en los plazos y forma convenidos, es una solución, o sea, el incumplimiento de la prestación a que se obliga el promotor. Esto tiene en cierto modo carta de naturaleza en el párrafo último del artículo 11 de la L. H. y 58 de su R.

B) Permuta de solar a cambio de titularidad preventiva de naturaleza real sobre pisos o locales a construir sobre aquél.

Otra posibilidad de asegurar la construcción y entrega del piso o local es configurar la relación jurídica entre el promotor y el dueño del solar, en el campo de los derechos reales (15). Aquél adquiere el solar por el contrato de permuta, que es su título adquisitivo unido a la tradición, y confiere sobre el mismo una titularidad preventiva sobre uno de los pisos o locales a construir al otro permutante la cual indudablemente repercute en la propiedad del solar que no es por ella propiedad, sino copropiedad, ya que el solar es elemento común del edificio a construir y los dueños actuales y en su día los futuros, o como nosotros sostenemos en este caso, los dueños futuros de los pisos (incluido el permutante adquirente del solar) tienen en él una cuota igual al valor que se asigna a sus pisos o locales, pero no tutelada por un derecho subjetivo o titularidad definitiva, sino por una titularidad preventiva que en su día y en su caso, provocará automáticamente la comunidad y las cuotas que ahora se limita a insinuar o señalar sobre la propiedad del solar, no a desgajar en copropiedad. Esta titularidad preventiva es análoga a la que tienen los copropietarios de los edificios divididos por pisos y destruidas ínterin se reconstruye el edificio.

Esta titularidad preventiva sobre el futuro piso o local repercute como decimos sobre el solar, insinuando, señalando o marcando la copropiedad sobre la propiedad aún única del solar; si la titularidad fuese definitiva o derecho subjetivo su objeto, el solar sería una cuota, una copropiedad, no una propiedad.

Admitida esta titularidad preventiva, o relación preliminar sobre el solar, que automáticamente devendrá en titularidad definitiva o relación jurídico real también definitiva con la construcción del piso o local, sobre el que existe una titularidad preventiva:

(15) La constitución de una Sociedad civil regular, en la que el promotor aporte la obra y el dueño del solar éste, con pacto de división horizontal del edificio a construir y de adjudicación de los pisos y locales plantea inconvenientes, como hemos visto antes.

idéntica a la que hemos explicado al estudiar la agrupación de promotores y donde nos remitimos (16).

Si la relación preliminar o la titularidad preventiva no deviene, en definitiva, en el caso de subordinar la permuta a condición resolutoria se previenen las consecuencias jurídicas y en el caso de configurarla como hacemos ahora, no, pero la cuestión tiene fácil solución previniendo en el contrato una resolución en forma de condición resolutoria, pena, en la correspondiente cláusula penal u otra clase de indemnización en el pacto pertinente; de ahí las ventajas de esta construcción que admite más variedades que la anterior.

C) Posibilidad de obtener la calificación provisional con cualquiera de los contratos anteriores.

En cuanto a las posibilidades de obtener con cualquiera de los títulos anteriores las calificaciones provisionales y definitivas, es preciso distinguir no sólo los locales de negocio de los pisos, sino también diferenciar éstos según su régimen.

a) Locales de negocio futuros.

En el caso de que el cambio de solar sea por local de negocio (17) no vemos otro obstáculo, que el de la observancia en su situación y superficie de lo dispuesto en la legislación vigente. La venta y alquiler de los locales de negocio será libre (art. 28, párrafo penúltimo del T. R. y R.), pero esta expresión raquítica, como dijimos, no tiene otro sentido que el de proclamar que la disposición de los locales de negocio es libre, no afecta al contrato de promoción de concesión de beneficios, que se pueden vender, permutar, donar, arrendar, ocupar el propietario, etc. (18).

Si el edificio no se construye, el I. N. V. podrá exigir al promotor la construcción amparado en el contrato administrativo que reseña la cédula de calificación provisional o denegarle la califi-

(16) Véase el título anterior.

(17) No se plantea este supuesto MONET ANTÓN, ob. cit., págs. 70 y sigs.

(18) Obsérvese que no pueden transformarse en viviendas, porque habría alteración del uso, como diremos más adelante, conforme al artículo 108 del R.

cación definitiva; más el título, aducido por el promotor no es causa ni obstáculo para negar la calificación provisional, porque ese problema se le plantea con cualquier promotor y con cualquier título que le exhiban.

b) *Pisos a construir.*

Respecto de los pisos hay que distinguir el destino. Si se concedieron los beneficios para que el promotor arriende, no hay duda que no debe concederse la calificación provisional, porque si no puede venderlos, en principio, menos aún podrá permutarlos y anticipadamente.

Lo mismo hay que afirmar en el caso de que su destino sea uso propio, lo que será difícil.

Si su destino es venta, nuestra postura es afirmativa (19). Nos fundamos no en el artículo 114 del R. que admite explícitamente la venta del piso futuro, si bien después de la calificación provisional, lo que en nuestro caso no ocurre, porque el contrato ha de ser anterior a dicha calificación, sino en el anticipo de comunidad que la titularidad preventiva provoca sobre el solar (lo aproxima en cierto aspecto al supuesto de agrupación de promotores, lo que es de indudable viabilidad y validez, si el promotor es una persona física, pero lo separa que el futuro propietario del piso no es promotor, si bien en este caso la adjudicación del piso o pisos al futuro propietario del piso está exenta del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales) pero en nuestro caso se cuenta como primera transmisión y no gozará de exención la transmisión que él haga. Hay, sin embargo, una limitación, que no puede existir en locales de negocio (20) y es que el valor que tengan en la cédula de calificación los pisos futuros del permutante que dio el solar, no debe exceder del 30 por 100 del presupuesto material de las viviendas y

(19) En contra MONET ANTÓN, ob. cit., pág. 75, porque dice: «entraña siempre una enajenación de los pisos antes de la calificación definitiva del edificio, no tiene salvación alguna, pues incluso el título mismo de propiedad del solar permutado acredita y proclama la transgresión por imposibilidad de cumplimiento de las normas especiales de tolerancia». Aunque admite que la operación pueda salvarse en el plano administrativo, mediante un visado de las Delegaciones Provinciales del M. de la V.

(20) La superficie de estos no puede rebasar el 30 por 100 de la de las viviendas.

demás edificaciones protegibles, porque en otro caso se podría vulnerar lo dispuesto en el párrafo 1.º del apart. E, del art. 7.º del R.

Admitida en este caso la permuta del solar por pisos a construir, no hay razón para negarla en los casos que el promotor no sea una persona física.

Negar viabilidad a efectos de la calificación provisional al título o documento adquisitivo del solar que refleje un contrato de permuta por piso o pisos a construir o una titularidad preventiva sobre pisos futuros, tiene dos consecuencias: una obstaculizar la edificación de viviendas acogidas; y otra, que para superar dicho obstáculo, en los casos que se pretenda conseguir el mismo fin, se acudirá a un contrato simulado o fiduciario, que en principio son nulos, no cumpliendo el título la misión que le atribuye el artículo 76-a) del R.

Por último, no vemos obstáculo en que pueda pactarse una condición para preservar el futuro adquirente del piso (lo que también es aplicable al local de negocio) de los acreedores del promotor, siempre que ésta consista única y exclusivamente en que el promotor no obtenga la calificación definitiva.

III

VENTA DE PISOS FUTUROS

Algunas estafas de grandes dimensiones provocadas por la percepción anticipada de precios a cuenta de edificaciones que no se hacían o no se concluían, obligaron al Legislador a preocuparse de esta cuestión, no sólo en materia de V. P. O., sino en las no acogidas (21).

Los precedentes en cuanto a las V. P. O., únicas que se estudian en esta obra, se encuentran en el artículo 4.º de la O. de 5 de noviembre de 1955 y en el D. 9 de 3 de enero de 1963 (22). En la actualidad rige el artículo 114 del R. de V. P. O.

(21) Respecto a éstas véase la L. 57 de 27 de junio de 1968, las O. O. de 18 de agosto y 5 de octubre del mismo año y los D. D. 3.114 y 3.115 de 12 de diciembre de 1968.

(22) Las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1965 y 14 de junio de 1966 relativas al percibo de cantidades anticipadas por promotores particulares, no interesan a nuestro estudio.

En el precepto se distinguen dos extremos diversos, uno, referente a los requisitos para obtener la autorización, y otro, al contenido de los contratos.

A) Requisitos para obtener la autorización.

«Para que los promotores de 'Viviendas de Protección Oficial' incluidos en los apartados a), b), i), j), k) y l) del artículo 22 de este Reglamento puedan percibir de los compradores o adquirentes durante el periodo de la construcción y una vez otorgada la calificación provisional la parte de precio que haya de aplazarse en la venta de viviendas subvencionadas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 129 de este Reglamento, o el precio total en las restantes 'Viviendas de Protección Oficial', deberán cumplir las siguientes condiciones...» (art. 114, párrafo 1.º).

Este párrafo se refiere a los promotores y al régimen de viviendas a las que es aplicable el artículo 114.

En cuanto a los promotores excluye a los promotores oficiales de las restricciones que impone su supuesto de hecho, ya que la naturaleza de los mismos hacen superfluas las limitaciones, más también excluye a algunos promotores no oficiales en atención a la solvencia de los mismos, como sucede con las Cajas de Ahorro y las Empresas que construyan viviendas para su personal.

La misma razón por la que se excluyen a los promotores oficiales, la hay para hacerlo de las Diócesis y Parroquias.

Que los promotores antes excluidos pueden vender recibiendo anticipadamente todo o parte del precio, pero sin necesidad de observar el artículo 114, se desprende claramente del último párrafo del artículo 137 en cuanto permite a los Patronatos percibir cantidades anticipadas en el caso de que se trate de viviendas en régimen de acceso a la propiedad sin obligación de prestar la garantía que exige el artículo 114, que, sin embargo, exige para las Cooperativas.

Los regímenes a que afecta son, sin duda, el de venta con acceso inmediato a la propiedad, y aunque con menos claridad, entendemos que debe aplicarse también al de acceso diferido. Nos fundamos, en que a pesar de la letra contraria del artículo 114, párra-

fo primero, que parece referir su supuesto de hecho al régimen de venta y que el R. distingue del de acceso diferido a la propiedad, ambos regímenes son de venta con o sin reserva de dominio y principalmente en el inciso final del artículo 137, que refiriéndose al percibo de cantidades anticipadas por las Cooperativas en el régimen de acceso diferido a la propiedad les obliga a prestar la garantía, o sea, «la certificación de garantía concedida por la Obra Sindical de Cooperación».

La autorización ha de ser posterior a la calificación provisional, bien antes de iniciarse la construcción (venta de piso futuro), bien después, venta de piso en construcción. Las características del piso futuro no plantean cuestiones en cuanto a su situación, superficie, distribución, cualidad de los materiales, etc., porque del artículo 79-f) se desprende la existencia de memorias, planos, presupuestos que las resuelven.

Los problemas surgen al examinar este negocio jurídico (23), fundamentalmente el de su construcción como constitutivo de una relación preliminar o situación jurídica interina precursora de un derecho real, que hemos defendido ya anteriormente y se puede aplicar a este supuesto, siendo el título constitutivo la compraventa de la titularidad provisional sobre el piso futuro. El R. de Viviendas de Protección Oficial parece no querer salirse del campo obligacional, donde la cuestión está resuelta plenamente por el artículo 1.271-párrafo 1.º del C. c. que admite como objeto del contrato las cosas futuras y lo demuestra al buscar como garantía un aval bancario (art. 114, párrafo último) que es la garantía propia de una obligación.

La condición 4.ª del artículo 114 se refiere a los documentos que deben acompañar a la solicitud de la autorización en estos términos:

«Que solicite la pertinente autorización previa de las Delegaciones Provinciales del Ministerio de la Vivienda en cualquier momento anterior a la calificación definitiva. En la solicitud de autorización deberá hacer constar el importe total de las cantidades que pretenda obtener por este concepto.»

A la solicitud deberá acompañar necesariamente:

(23) La bibliografía puede verse en la nota 2.

«a) Certificación del Registro de la Propiedad acreditativa del dominio de los terrenos o del derecho que faculte al promotor para realizar la construcción y que se hallan libres de cargas y gravámenes, salvo aquellos constituidos en garantía de devolución de los préstamos o anticipos concedidos para la construcción de las viviendas.»

«b) Aval bancario suficiente o contrato de seguro que garantice la devolución del importe de las cantidades recibidas, más los intereses legales correspondientes, en caso de no obtener la calificación definitiva o no terminar las obras dentro del plazo fijado en la calificación provisional o en la prórroga reglamentaria concedida. Tratándose de Cooperativas de Viviendas, la certificación de garantía concedida por la Obra Sindical de Cooperación será admitida en sustitución del aval o seguro exigido al resto de los promotores.»

Es claro que en la solicitud deberá constar además el nombre y apellidos del promotor, la signatura del expediente y la firma del promotor y los demás datos contenidos en la calificación provisional que conduzcan a determinar las características de las viviendas, su precio y destino o régimen.

2. El contenido de los contratos (24).

A él se refieren las condiciones 1.ª, 2.ª y 3.ª del artículo 114:

«1.ª Que el número de futuros adquirentes no sea mayor que el de las viviendas calificadas provisionalmente.»

«2.ª Que las cantidades anticipadas se apliquen únicamente a la construcción de las viviendas, siendo ingresadas en cualquier establecimiento bancario o Caja de Ahorros a disposición del promotor, con distinción de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al mismo.»

«3.ª Que en los contratos que otorguen para formalizar las entregas a cuenta se haga constar de manera indubitada la cuantía de las mismas, los plazos en que han de ser satisfechas, la cuenta especial de la entidad bancaria o Caja de Ahorros donde ha de verificarse el ingreso y la garantía que haya sido constituida por

(24) En cuanto al régimen transitorio en materia de viviendas subvencionadas se dictó el D. 1.442 de 10 de julio de 1969.

el promotor entre las previstas en el apartado b) de la condición cuarta.»

Todas ellas tienden a evitar que se compren pisos que no existen (si son más compradores que pisos) y que el dinero se invierta en la construcción de los pisos y no en otras atenciones del promotor.

La infracción del artículo 114 se considera falta muy grave en el artículo 153-C-2.

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA,

Notario.

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

8. NO ES INSCRIBIBLE EL ACUERDO DE UN AYUNTAMIENTO DECLARANDO RESUELTA LA VENTA DE UN INMUEBLE POR INCUMPLIMIENTO POR EL COMPRADOR DE DETERMINADAS OBLIGACIONES RESULTANTES DEL PLIEGO DE CONDICIONES, AUNQUE EL TRIBUNAL SUPREMO HAYA DESESTIMADO EL RECURSO INTERPUESTO POR LOS COMPRADORES CONTRA DICHO ACUERDO, SI LA FINCA HA PASADO A TERCERAS PERSONAS QUE NO HÁN SIDO PARTE EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

Resolución de 28 de enero de 1970 (« B. O. » de 12 de febrero).

Antecedentes de hecho.—Como consecuencia de adjudicación en pública subasta, por escritura otorgada el 12 de agosto de 1959 ante el Notario don Antonio Alvarez Cienfuegos y Brocano, el Ayuntamiento de Villanueva de la Serena vendió por mitad en *pro indiviso* a don José Señor García y don Manuel Lanuza Gutiérrez, un solar señalado con el número 8 de la calle de San Francisco; que según consta en el número 2 del otorgamiento, el precio señalado fue 845.900 pesetas, en que

se estimaba el valor correspondiente a la pavimentación de 4.806 metros cuadrados de calles de la ciudad que señalaría el Ayuntamiento; que estas obras deberían comenzar dentro de los tres meses siguientes a la terminación del alcantarillado de las calles objeto de pavimentación, terminándose en el plazo de un año; que aparte de la pavimentación de los expresados metros de calle, en el pliego de condiciones que sirvió para la subasta se imponía al adjudicatario la obligación de construir en el solar, en el plazo de cuatro años, un cine, un hotel, piscina, viviendas y otros servicios; que dentro del plazo convenido se construyó sólo un bloque compuesto de ocho viviendas y dos locales comerciales sobre parte del solar que fue segregado para formar la finca número 18.120, que posteriormente fue dividida horizontalmente en diez señaladas por los números registrales 18.157 a 18.166, que fueron vendidas a diversos compradores, quienes a su vez solicitaron y obtuvieron del Banco Hipotecario de España préstamos sobre la mismas; que don José Señor García falleció el 10 de diciembre de 1962, sucediéndole sus hijos, que inscribieron en el Registro su participación: que los compradores de la primitiva finca, señaladas en el Registro con el número 17.888, no cumplieron sus demás obligaciones, por lo que el Ayuntamiento declaró resuelto el contrato en virtud de acuerdo tomado en sesión extraordinaria celebrada el 28 de mayo de 1955; que contra dicho acuerdo se interpuso por los adjudicatarios ante la Audiencia Territorial recurso contencioso-administrativo que terminó con sentencia favorable al Ayuntamiento, confirmada por otra del Tribunal Supremo de fecha 9 de junio de 1967; y que, en escrito de 25 de noviembre de 1968, el Alcalde de Villanueva de la Serena solicitó del Registrador que, en ejecución de los acuerdos municipales, confirmados judicialmente, cancelase la inscripción de la venta a los señores Lanuza y Señor, que era la segunda de la finca número 17.888 y de cuantas posteriores traigan causa de ésta y, en virtud de reversión, vuelva a inscribirse a favor del Ayuntamiento.

Presentado en el Registro el anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: "Presentada la precedente instancia con fecha 25 de noviembre de 1968, según asiento de presentación número 1.668, al folio 196 del tomo 67 del diario; habiéndose presentado con fecha 28 de diciembre último y mediante nota al margen de dichos asientos de presentación y como parte integrante del título conjunto a que se refiere el expresado asiento, los tres siguientes documentos: primera copia de la escritura otorgada el 12 de agosto de 1959, ante el Notario que fue de Villanueva de la Serena don Antonio Alvarez Cienfuegos y Brocano, por don Celedonio Pérez Alvarez, como Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Villanueva de la Serena, a favor de don José Señor García y don Manuel Lanuza Gutiérrez; certificación expedida el 30 de octubre de 1967 por don José Luis Vilches Fernández, Secretario de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la excelentísima Audiencia Territorial de Cáceres, comprensiva de sentencia número 41, dictada por dicha Sala el 17 de mayo de 1966 y de otra sentencia de la Sala correspondiente del Tribunal Supremo de fecha 9 de junio de 1967; y certificación expedida con fecha 27 de diciembre de 1968 por don Constantino Escobar Rodríguez, Secretario por acumulación del excelentísimo Ayuntamiento de Villanueva de la Serena, comprensiva del acuerdo tomado en la sesión celebrada el 28 de mayo de 1965 por el excelentísimo Ayuntamiento Pleno. En su vista se califica.

En cuanto a lo solicitado en los dos primeros párrafos de la súplica del anterior escrito, no ha lugar a efectuar actualmente operación registral alguna, toda vez que con fecha 18 de abril de 1968 se practicó la inscripción cuarta de la finca número 17.888, que continúa vigente al folio 247 vuelto del tomo 668 del archivo, libro 262 del Ayuntamiento

de Villanueva de la Serena, con la descripción y linderos con que dicha finca figura después de la segregación y obra nueva que dio origen a la finca número 18.120; inscripción que se practicó en su día en virtud de anterior presentación, según asiento número 753, al folio 87 vuelto del tomo 67 del diario y nota al margen del mismo, de otra instancia de contenido similar a la precedente ahora presentada y de los demás documentos necesarios al efecto; inscripción a favor del Ayuntamiento de Villanueva de la Serena. En cuanto a las operaciones registrales solicitadas en el último párrafo de la precedente instancia, no se accede a practicarlas por los siguientes motivos:

1.º No procede la cancelación de la inscripción primera de la finca número 18.120, de segregación y obra nueva a favor de don José Señor García y don Manuel Lanuza Gutiérrez:

a) Porque dicha inscripción ha quedado extinguida por su posterior división total en régimen de propiedad horizontal.

b) Porque refiriéndose dicha inscripción a hechos de naturaleza física preponderantemente y no a negocios jurídicos en sentido estricto, le sería propiamente aplicable la causa de cancelación del número primero del artículo 79 de la Ley Hipotecaria, causa que es evidente que no se ha producido, no siendo tampoco de aplicación al caso los números tercero y cuarto del mencionado artículo 79.

c) Porque tampoco resulta de aplicación el número segundo del repetido artículo 79, ya que el derecho inscrito no se ha extinguido, sino que el dominio de dicha finca 18.120, tras su división horizontal, ha sido transferido e inscrito a favor de otras personas, lo que supone también la extinción de la inscripción que nos ocupa.

2.º No ha lugar a la cancelación de las inscripciones primeras de las fincas 18.157 a 18.166, ambas inclusive, y que han sido originadas por división horizontal de la totalidad de la finca 18.120, a favor de los señores Lanuza y Señor, por los mismos motivos expuestos a las letras b) y c) del anterior apartado.

3.º Se deniega la cancelación de las inscripciones segundas de las fincas 18.157 a 18.166 de hipoteca a favor del Banco Hipotecario de España, por los siguientes motivos:

a) Porque su cancelación se pretende como repercusión de la resolución o rescisión del contrato celebrado entre el Ayuntamiento y los señores Lanuza y Señor, resolución o rescisión que se ha declarado por vía administrativa en virtud de expediente instruido por el excelentísimo Ayuntamiento de Villanueva de la Serena, que concluyó por acuerdo municipal de fecha 27 de julio de 1965, confirmatorio en trámite de reposición de otro anterior de fecha 28 de mayo del mismo año, los cuales fueron a su vez confirmados por sentencia número 41 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la excelentísima Audiencia Territorial de Cáceres de 17 de mayo de 1966 y por sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1967; más para que el fallo administrativo confirmado pudiera tener efectividad contra terceros interesados, hubiese sido menester el requerimiento a los mismos, a efectos de su personación y defensa, como prescribe el número dos del artículo 296 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952, lo que no se ha hecho. Precepto éste que es aplicación reglamentaria a la esfera administrativo-local de la doctrina general de 'que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio' consagrada por el Tribunal Supremo en sentencias

de 19 de octubre de 1893, 2 de febrero de 1929, 30 de noviembre de 1954 y 24 de septiembre de 1963, entre otras muchas. Esta doctrina general y especialmente el precepto reglamentario citado, vedan la apelación a la doctrina excepcional de la cancelación automática o sin el consentimiento del titular registral, pero además el supuesto de hecho reflejado en el título presentado no puede ser subsumido en ninguno de los casos de cancelación automática excepcionalmente previstos por la doctrina legal y reglamentaria.

b) Porque el Ayuntamiento acordó permitir la constitución de la hipoteca en sesión de 31 de octubre de 1961, según consta en certificación de fecha del mismo día, que aparece transcrita literalmente en la inscripción extensa, segunda de la finca 18.157, al folio 71 vuelto del tomo 679 del archivo, libro 265 de Villanueva de la Serena.

4.º No ha lugar a la cancelación de las inscripciones terceras de las fincas 18.158 y 18.165 de herencia a favor de los hijos de don José Señor García por fallecimiento de éste, por los siguientes motivos:

a) Porque son de obvia inaplicación al caso los números primero y cuarto del artículo 79 de la Ley Hipotecaria y asimismo su número tercero, ya que el título en cuya virtud se han hecho, el de herencia, no ha sido declarado nulo.

b) Por análogas consideraciones a las expuestas bajo la letra c) del apartado primero de esta nota de calificación.

5.º Se deniega la cancelación de las inscripciones cuartas de las fincas 18.158 y 18.165 y terceras de las fincas 18.157, 18.159 a 18.164 y 18.166, de venta de los locales y pisos a favor de los respectivos terceros adquirentes, don Vicente Pintado Adámez, don Saturnino Prieto Blanco y su esposa, doña Natalia Gijón Molina; don Daniel Pérez Fajardo y su esposa, doña Hortensia Chiscano Guisado; don Celedonio Pérez Alvarez y su esposa, doña Ascensión Gómez Lozano de Sosa; don Aníbal Hernández Cidoncha y su esposa, doña María Triviño Triviño; don Juan Pedro Nieto Calderón y su esposa, doña Purificación Manchado Mera; don Nicolás Carrasco Rubiales y su esposa, doña Beatriz Ramos Marcos; don Antonio Rodríguez Fernández Trejo y doña María Moya Murillo, don Gregorio Pérez Alvarez y su esposa, doña Francisca Fornell Ripoll, por idénticas consideraciones a las expresadas bajo la letra a) del apartado tercero de esta nota de calificación.

6.º Se deniega la cancelación de las inscripciones cuartas de las fincas 18.157, 18.159 a 18.164 y 18.166, de herencia de precio aplazado por fallecimiento de don José Señor García a favor de sus cinco hijos, porque se trata de la sucesión en un derecho que si alcanza a tener constancia registral es en función de un elemento o cualidad accidental y accesorio de garantía real, como es su configuración como condición resolutoria explícita, pero que no alcanza a cambiar la naturaleza principal de carácter personal del derecho al cobro del precio aplazado, que corresponde al vendedor por su simple condición contractual, con independencia del derecho dominical, más o menos perfecto o consolidado, que tuviere sobre la cosa vendida (e incluso aunque no tuviere ninguno, puesto que en nuestro derecho se admite la venta de cosa ajena); y en el caso presente dicho derecho contractual del vendedor (o sus herederos) no se ha extinguido ni resultan tampoco de aplicación las demás causas de cancelación del artículo 79 de la Ley Hipotecaria.

7.º Se deniegan las inscripciones solicitadas a favor del Ayuntamiento de las diez fincas números 18.157 a 18.166, por aparecer inscritas

a favor de personas contra quienes, no se ha dirigido el procedimiento y no proceder la previa cancelación de las inscripciones a favor de las mismas, según se ha expresado en el apartado quinto de esta nota de calificación.

Los motivos de calificación negativa advertidos en la presente nota son impedimentos de orden jurídico, obstáculos del Registro y faltas del título de carácter insubsanable, lo que determina que en todo caso es procedente la denegación de las operaciones registrales solicitadas en el último párrafo de la súplica del anterior escrito, sin poder practicarse anotación preventiva.

Precisando más el alcance de esta calificación, es obligado señalar que la misma, como es natural, no prejuzga ni puede prejuzgar la cuestión de fondo de si el Ayuntamiento tiene o no derecho en sus pretensiones frente a los terceros interesados; si este pretendido derecho fuere reconocido y consentido expresa y voluntariamente por los mismos o, en su defecto, declarado y obtenido en resolución firme en el adecuado procedimiento dirigido contra ellos, podría llegarse a la práctica substancial de las operaciones registrales que ahora se han solicitado; pero a tales posibles y futuras constataciones documentales del consentimiento voluntario u obligado de los terceros interesados habría que considerarlás, por la importancia y trascendencia de su naturaleza, como un nuevo título (sujeto en su día a calificación independiente) y no como una mera subsanación del ahora presentado y calificado".

El Ayuntamiento de Villanueva de la Serena, representado por el Procurador don Fernando Leal Osuna, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el Registrador estima en su nota que no procede la cancelación solicitada porque apareciendo terceros interesados debieron ser citados a efectos de personación y defensa, como prescribe el número dos del artículo 296 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, de acuerdo con el principio general de que nadie puede ser condenado sin ser oído; que frente a tal criterio entiende que los derechos adquiridos por terceros registrales no pueden ir más allá: de lo que señala el propio Registro, y como los señores Lanuza y Señor fueron titulares de unos derechos subordinados al cumplimiento de una condición resolutoria tan fundamental como es el pago del precio de una compraventa, todos aquellos que traigan causa de los citados titulares quedan sometidos a la misma condición, sin que el hecho de no ser citados a la hora de declarar resuelto el contrato pueda suponer una mejor condición para estos adquirentes; y que si el Registrador accede a la reversión de la parte no edificada del solar enajenado, no hay razón para que no ocurra lo mismo con el resto de la finca, puesto que en ambas partes existe igual fundamento.

El Registrador informó: que ni en el expediente administrativo ni en el recurso contencioso-administrativo en sus dos instancias fueron parte, ni citados ni oídos, los terceros adquirentes compradores ni el acreedor hipotecario; que en ninguna de las sentencias se ordena la práctica de cancelaciones ni de ninguna otra operación registral, limitándose a declarar confirmados, válidos y ajustados a derecho los acuerdos municipales sobre resolución de contrato; que en estos acuerdos se habla de una sola cancelación, en singular, y luego, al proceder a su ejecución se solicita también la de todas las subsiguientes inscripciones a favor de los terceros compradores y acreedor hipotecario, discrepancia que constituye el nudo de la cuestión; que aunque las condiciones resolutorias figuren en el Registro, para que surtan efectos contra terceros hay que cumplir los trámites establecidos en el oportuno procedimiento, que en este caso exige que los subadquirentes interesados de dominio o derecho real hayan sido parte o, al menos,

citados para que puedan ser oídos y defender sus derechos, si les conviniera, antes de que recaiga la correspondiente resolución firme, salvo en los excepcionales casos en que proceda la cancelación automática prevista en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria y 175 de su Reglamento, en los que no encaja el caso debatido, y que como fundamentos de derecho alegaba: el número dos del artículo 296 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, artículos 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 1.252 del Código civil, 82 y 40 de la Ley Hipotecaria y 174 del Reglamento para su aplicación.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

El Procurador recurrente, en la representación que ostentaba, se alzó de la decisión presidencial y a sus anteriores argumentos agregó: que al constar inscrita en el Registro la condición resolutoria que subordina la efectividad de la venta hecha por el Ayuntamiento a su cumplimiento por los adquirentes, es evidente que los terceros conocían perfectamente lo que adquirirían y el riesgo que corrían si los obligados incumplían la condición establecida; que caso análogo es el de quien compra el derecho de usufructo y luego ve cancelada su inscripción con la mera presentación por el nudo propietario de la partida de defunción del usufructuario; que el valor probatorio del Registro y la seguridad que el mismo da a las operaciones que refleja llevan a la conclusión de que vendido un inmueble con condición resolutoria e inscrita ésta ha de obligar a todos los que traigan causa de los primeros contratantes; que la nota recurrida distingue dos supuestos, el primero de los cuales se refiere a la reversión de los terrenos no edificados, y el segundo, a lo edificado; que en cuanto a los primeros accede a la reversión y cancelación de las posteriores inscripciones, denegando lo mismo en cuanto a los segundos; que la razón en que se funda esta resolución está en que en éstos aparecen unos señores que no contrataron directamente con el Ayuntamiento, por lo que son calificados de terceros, y que aunque aparentemente pudiera considerarse correcta esta doctrina, resulta inexplicable que después se acceda a la reversión de lo no edificado, a pesar de que en la actualidad figura inscrito, al menos en parte, en favor de terceras personas que no contrataron directamente con el Ayuntamiento, como son los sucesores de don José Señor García.

La Dirección General en el recurso de apelación contra el Auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Cáceres (1) dicta resolución confirmando el Auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina.

Doctrina de la Dirección General de los Registros.—El Ayuntamiento de Villanueva de la Serena declaró resuelto un contrato de compra-venta, al no haber cumplido los compradores las obligaciones pactadas, y acordó igualmente la reversión a su favor de los bienes que habían sido transmitidos, y una vez desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los mencionados compradores contra dicho acuerdo en sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1967, se ha solicitado en el Registro de la Propiedad la efectividad de lo acordado, por lo que la cuestión que plantea este expediente consiste en último término—y tras resumir la prolija nota de calificación—en resolver si

(1) Vistos: Los artículos: 1, 34, 38, 66, 70 y 82 de la Ley Hipotecaria. Artículo 175 del Reglamento hipotecario. Artículo 296 del Reglamento de Régimen jurídico de las Corporaciones locales de 17 de mayo de 1952, y el Decreto de 9 de enero de 1953.

puede accederse a lo solicitado, en cuanto que algunas de las fincas discutidas aparecen inscritas a favor de terceras personas que no han sido parte en el procedimiento y sería necesario cancelar previamente estos asientos.

El sistema registral español se centra en la protección y robustecimiento del tráfico jurídico inmobiliario, puesto de manifiesto principalmente en los llamados principios de legitimación y fe pública registral, que tienen su acogida, el primero, entre otros artículos, en el 1-3.º de la Ley al declarar que los asientos de los libros del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y el segundo en el artículo 34 de la misma Ley, al proteger las adquisiciones hechas por terceras personas de buena fe y en las condiciones que el propio artículo señala y con la sola salvedad de que tal protección no tendría lugar si la causa de anulación o resolución del título del otorgante consta en el mismo Registro.

Igualmente y con la misma finalidad de protección el artículo 38-2.º de la misma Ley establece que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o Entidad determinada sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente.

A la vista de lo expuesto es innegable que no puede concederse al acuerdo municipal el alcance que pretende atribuirsele porque afectaría a cuestiones de índole civil, cual es la titularidad del dominio y derechos reales como la hipoteca pertenecientes a terceros adquirentes que no fueron parte en el contrato primitivo, a los que es ajena la jurisdicción contencioso-administrativa, por ser su conocimiento de exclusiva competencia de los Tribunales civiles, ante los cuales pueden acudir los interesados si lo desean para, y de acuerdo con el artículo 66 de la Ley, ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos que dieron origen a sus respectivos asientos.

No puede procederse a la previa cancelación de las sucesivas inscripciones practicadas a favor del Banco Hipotecario y de los actuales titulares de dominio sin que medie el consentimiento de los mismos o, en su caso, la sentencia firme en el procedimiento competente, tal como declara el artículo 82 de la Ley.

Comentario.—La calificación del Registrador de Villanueva de la Serena fue, en nuestra opinión, correcta y no podía dejar de ser prolija por cuanto era necesario analizar los obstáculos existentes para la práctica de las cancelaciones solicitadas de las inscripciones posteriores, especificando, una por una, los motivos de denegación.

Estamos conformes con CAMY en que, de la exposición de antecedentes de la resolución, no resulta claro el carácter que, en el pliego de condiciones y en la escritura, se daba a la obligación de construir por parte de los compradores. Tampoco se explica en qué términos se reconoció en el asiento tal obligación (2). El Resultando primero no aclara si llegó a darse carácter de condición resolutoria al incumplimiento de la obligación. El recurrente afirmó, según el tercer resultando, que los derechos de los terceros no pueden ir más allá de lo que señale el propio Registro y que el dominio inscrito a favor de los señores Lanuza y Señor estaba subordinado al cumplimiento de una condición resolutoria tan fundamental como es el pago del precio en una compraventa, pero al no alegar expresamente que el asiento reflejaba tal condición

(2) BUENAVENTURA CAMY. Nota a esta misma Resolución en «Rev. de Derecho Privado», marzo, 1970, pág. 295.

resolutoria nos hace dudar de los términos literales del pliego de condiciones, de las cláusulas escriturarias y del contenido de los asientos.

No obstante, aún en el caso de que hubiese una condición resolutoria expresa, es correcta la posición del Registrador exigiendo que los subadquirentes hubieran sido parte en el procedimiento judicial entablado en torno al cumplimiento o incumplimiento de la prestación objeto de la condición. Los principios hipotecarios lo mismo que los básicos del proceso y los efectos de la resolución judicial conducen a esta exigencia.

Pero el caso resuelto es interesante para hacer algunas consideraciones sobre varios puntos que juegan en él. Vamos a limitarnos a una mera enunciación de los más destacables.

a) Las condiciones "erga omnes" de los pliegos.—Estamos seguros de no descubrir nada nuevo poniendo de relieve la frecuente imprecisión en el deslinde de lo obligacional y lo real en los pliegos de condiciones de la contratación administrativa en general. Posiblemente la razón de ello deba encontrarse en que tanto la relación jurídica administrativa ordinaria (relación inmediata entre Administración y administrado) como las figuras más frecuentes y tradicionales de contratos administrativos se mueven dentro del campo de lo "inter partes". Los condicionamientos con trascendencia real en la contratación administrativa han tenido un desarrollo moderno, principalmente en torno a las cesiones de solares para edificar y esos condicionamientos con mero juego de derecho privado no han sido aún netamente diferenciados en la realidad práctica de la potestad de ordenanza administrativa. Lo cierto es que la doctrina administrativa, tanto como la práctica notarial tienen una urgente e importante tarea en el análisis de condiciones de los pliegos para que desde el principio cada una quede perfectamente calificada, de manera que solamente las que hayan de tener efectos "erga omnes" y deban afectar a terceros adquirentes sean recogidas por la publicidad registral por estar claramente calificadas en la escritura como cláusulas de trascendencia real. Innecesario decir que los Registradores, a quienes compete la guarda y cuidado del "principio de nitidez", tendrán voto de calidad en esta tarea para velar por la claridad de los asientos y de las relaciones jurídicas registradas.

El contrato de nuestro caso no era venta en subasta típica. La prestación del comprador no era un precio cierto en dinero ni signo que lo representara. Era una modalidad de contrato mixto en la que había de extremarse el cuidado en matizar los efectos, respecto de terceros subadquirentes, del incumplimiento de las obligaciones a cargo de los señores Lanuza y Señor.

Muchas serían las cuestiones relacionadas con el caso que podríamos tratar, tanto si la resolución por el Ayuntamiento debía correr por los cauces del artículo 1.124 del Código como si el Ayuntamiento se había reservado la posición prevalente que concede la condición resolutoria expresa y con juego real. Y no sería la menos interesante el del verdadero sentido que tiene la condición cuando consiste precisamente en el cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones del negocio condicionado. La imprecisión en los antecedentes nos eximen de más profundo análisis que por otro lado nos conduce pronto al segundo de los puntos que queremos tratar.

b). Consecuencias registrales del principio de ejecutividad del acto administrativo.—Aunque con gran imprecisión termonológica, dentro del privilegio de acción directa (auto-ayuda) de la administración, se suele distinguir la ejecutoriedad del acto administrativo, privilegio por el cual la Administración no tiene que recurrir a un proceso judicial

de cognición para que se reconozcan las situaciones jurídicas que trata de imponer al particular (privilegio del "prelable" en la doctrina francesa) y la ejecución forzosa o acción de oficio, privilegio por el que la Administración pública pasa por sí misma, sin proceso ejecutivo judicial, a la ejecución forzosa de sus actos, incluso empleando la coacción (3) y (4).

En estrecha conexión con nuestro caso, el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, dice que si el contratista incumpliére las obligaciones que le incumben, la Corporación está facultada para exigir el cumplimiento o declarar la resolución del contrato. Y el artículo 71 en su último apartado dice, que los actos y acuerdos relativos a la resolución, etc., "seguirán el principio de inmediata ejecutividad según lo dispuesto en el artículo 223 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico". Según éste, todos los actos y acuerdos de las Autoridades y Corporaciones locales adoptados con las debidas solemnidades serán inmediatamente ejecutivos..., sin perjuicio de los recursos legales pertinentes.

La actuación del principio de ejecutoriedad del acto administrativo en relación con el Registro no está recogido por la Ley Hipotecaria. Pero no hay duda de que la Administración no puede ser de peor condición que el particular, que al pedir judicialmente una resolución de venta puede obtener la anotación de su demanda. Por el principio de ejecutoriedad, la Administración obtiene la beneficiosa posición de recurrido en el procedimiento contencioso-administrativo, pero se ve privada de obtener el asiento, cautelar de anotación preventiva que cierre el paso al principio de fe pública registral.

El Reglamento hipotecario sí contiene un precepto directamente aplicable, aunque su colocación parezca restringirle a las enajenaciones de bienes del Estado en la actuación desamortizadora. Se trata del artículo 27, que era el 39 del Reglamento Hipotecario anterior, y que fue retocado en la reforma reglamentaria de 1959. Nos llevaría muy lejos el estudio de este precepto y la crítica de la reforma introducida en 1959. Solamente diremos que el texto anterior parecía más respetuoso con el principio de ejecutoriedad, que el artículo 27 debe tener aplicación general a todos los casos de actuación de este principio, y que si su doctrina se hubiese tenido en cuenta, acaso el problema planteado en Villanueva de la Serena, hubiese tenido fácil solución.

c) Contratos administrativos y contratos civiles realizados por la Administración.—Es otro problema de Derecho administrativo que estaba planteado en el supuesto. Sólo lo dejamos apuntado relacionándolo con la afirmación del penúltimo considerando que, acaso con razón, pero indudablemente con escasa argumentación, lleva a los Tribunales civiles el problema planteado, al parecer en razón a no haber sido los terceros adquirentes, parte en el contrato primitivo. Esta dislocación entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción civil para relaciones jurídicas derivadas de un mismo contrato debió ser fundamentada y es algo que guarda íntima relación con la reforma del artículo 27 del Reglamento efectuada en 1959, y según la cual, cuando los bienes se hallen inscritos a favor de tercero, se estará a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley,

(3) FERNANDO GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, páginas 480 a 484.

(4) JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, en esta REVISTA, 1954, págs. 706 a 724.

precepto que contiene frases que demuestran que sólo está pensando en la jurisdicción civil (5).

Estando ante un caso que, en cuanto al fondo, quedó pendiente de decidir, y que por todo lo anteriormente dicho ofrece indudables dificultades, no creemos conveniente analizarlo más a fondo, de manera que sin querer nos salgamos de un comentario limitado a la Resolución misma, respecto de la cual, sólo nos resta repetir que no habiendo sido parte los posteriores adquirentes ni en el contrato primero, ni en el expediente administrativo de resolución, ni en el recurso contencioso contra el mismo y no habiéndose tomado anotación preventiva de estas actuaciones en el Registro de la Propiedad, el Registrador de Villanueva y la Dirección General tenían que oponerse a las cancelaciones solicitadas.

Puede ser que la cancelación tampoco procediese aunque los titulares posteriores hubiesen tenido alguna intervención en esas actuaciones, habida cuenta de la trascendencia real que los Tribunales concedan a las estipulaciones de la escritura de venta derivadas del pliego de condiciones. Pero en esta cuestión, insistimos, no tiene ni información suficiente ni obligación de entrar el comentarista.

T. C. G.

9. PROPIEDAD HORIZONTAL.—INSCRITOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, CON ANTERIORIDAD A LA LEY DE 21 DE JULIO DE 1960, ALGUNO O VARIOS DE LOS PISOS O LOCALES QUE FORMAN PARTE DE UN EDIFICIO, LA INSCRIPCIÓN, CON POSTERIORIDAD A DICHA LEY, DE LOS RESTANTES PISOS O LOCALES, HABRÁ DE EFECTUARSE EN LA FORMA SEGUIDA EN EL SISTEMA ANTERIOR A LA LEY VIGENTE.

Resolución de 29 de enero de 1970 («B. O.» de 13 de febrero).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura otorgada en Madrid el 4 de mayo de 1955, don Francisco López Viñambres y don Agapito Alvaro Málaga vendieron a don Félix Eciija y don Antonio Ballesteros Ramón, por mitad y *pro indiviso*, el piso segundo derecho de la calle Gabastl, 2. 2.º derecha de Canillas (hoy Madrid), el cual, en la misma escritura fue segregado previamente del inmueble en que estaba integrado, asignándosele, a efectos de distribución y beneficios y cargas, el valor y porcentaje de 12 enteros 50 centésimas por 100 (12,50). Transcurridos más de doce años desde el otorgamiento, se presentó en el Registro primera copia del anterior documento, que fue calificado con la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos: Primero, no haberse adaptado a la Ley de 21 de julio de 1960, vulgarmente llamada de Propiedad Horizontal, conforme a lo determinado en la disposición primera tran-

(5) Continúa siendo uno de los temas más vidriosos del Derecho Administrativo de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos civiles de la Administración. Ver, por ejemplo: GARRIDO FALLA: Obra citada, II, páginas 36 y siguientes.

sitoria de la misma. Segundo, en consecuencia, ni por el primitivo propietario de la totalidad de la finca, ni por la concurrencia de éste y del titular registral del piso tercero de la misma, se han fijado las cuotas de participación que corresponden a cada piso o local, conforme a lo exigido por los artículos quinto y octavo de aquella Ley. Y siendo subsanables los expresados defectos no se toma anotación preventiva por no haberse solicitado". Retirado el documento, fue presentado de nuevo posteriormente, acompañado de certificación expedida por don Félix Ecija Ibáñez, Presidente de la Comunidad de Propietarios de la casa número 2 de la calle de Gabasti de Madrid, en la que se hace constar que en Junta general de copropietarios, a la que concurrieron todos, fueron tomados por unanimidad los siguientes acuerdos: Primero. Esta comunidad se registrará por las disposiciones de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, por el Código civil y por las demás disposiciones pertinentes, y no tiene, por tanto, Estatutos especiales. Segundo. Se confirma en el cargo de Presidente de la Comunidad a don Félix Ecija Ibáñez, copropietario del piso segundo derecha. Tercero. Todos los copropietarios del inmueble conocen, admiten y ratifican la división que del resto del inmueble han hecho los propietarios mediante escritura formalizada el día 20 de marzo de 1968, y aceptan también el porcentaje asignado para todos los efectos de participación en beneficios y cargas y en los elementos comunes a las dos naves de la planta baja y al piso segundo izquierda, y consienten en que en tal forma se inscriban en el Registro de la Propiedad. Cuarto. Todos reconocen y aceptan que los locales y pisos (dos pisos en cada una de las plantas altas y además dos naves en la planta baja, que hacen un total de ocho locales), tienen actualmente todos el mismo porcentaje, o sea, un 12,50 por 100 cada uno, pero cada uno de los copropietarios se reserva el derecho de rectificarlo si en definitiva se viera que no se adaptan a las bases del artículo quinto de la Ley de 21 de julio de 1960. En esta nueva presentación se agregó a la calificación precedente que "la nota de este Registro de fecha 16 de febrero de 1968 no queda subsanada por la certificación presentada y, en su consecuencia, se mantienen en todo su vigor los defectos que la misma señala. El acta presentada no especifica, ni describe los distintos pisos y locales que integran el inmueble, conforme exige el artículo quinto de la Ley de Propiedad Horizontal y, a mayor abundamiento, la expresada certificación, en su apartado cuarto reserva a cada uno de los copropietarios el derecho de rectificar el propio acuerdo si en definitiva se viera que no se adaptan los porcentajes a las bases del citado artículo quinto de dicha Ley; no constando la conformidad de todos los copropietarios, ni de forma auténtica. Parece necesario, con arreglo a la tan repetida Ley, que todos los copropietarios actuales del inmueble manifiesten en forma auténtica, su adaptación a la Ley de Propiedad Horizontal, conforme exige la primera disposición transitoria de la misma y con los requisitos de los artículos quinto y octavo de la repetida Ley. No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado expresamente".

Interpuesto recurso gubernativo por el Notario autorizante, contra la anterior calificación, el Presidente de la Audiencia, con revocación del defecto primero, confirmó el resto de la nota de calificación por razones análogas a las expuestas por los Registradores en su informe.

Alzado el Notario recurrente de la decisión presidencial en la parte que confirmaba la nota, la Dirección revoca parcialmente el auto apelado y, en su totalidad, la nota del Registrador, en virtud de las siguientes doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros*.—Vistos los artículos 3, 396 y disposición transitoria segunda del Código civil; 1, 8 y 38 de la Ley Hipotecaria, y la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960;

Considerando que la amplia difusión adquirida por la llamada propiedad horizontal motivó que las escasas normas legislativas resultaran insuficientes para la regulación de este tipo de propiedad que aparecía suplida en gran parte por una práctica continuada, casi siempre acertada, pero que en otros casos era necesario corregir y encauzar, objetivo que ha venido a salvar la Ley de 21 de julio de 1960 al establecer una regulación más completa del régimen de casas por pisos;

Considerando que modificando la práctica anterior a 1960, por la que un edificio que originariamente pertenecía a un sólo titular que los transmitía por pisos, los iba segregando uno o uno, sin previa constitución de propiedad horizontal, la Ley vigente ha introducido el sistema—artículo 5—, de que el título constitutivo ha de dividir el edificio en su totalidad y describir, además del inmueble en su conjunto, cada uno de los pisos o locales que lo forman, a los que se asignará número correlativo, con expresión de todas las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria, y determina además en la disposición transitoria primera que dicha Ley regirá todas las comunidades de propietarios cualquiera que sea el momento en que fueron creadas, así como la obligación de adaptar los Estatutos en el plazo de dos años, cuando estuvieran en contradicción con su preceptos;

Considerando que como consecuencia de lo expuesto, las situaciones que hoy día pueden tener lugar son las siguientes: 1) Edificios que se van a constituir en régimen de propiedad horizontal a partir de la vigencia de la nueva Ley, respecto de los cuales no cabe ninguna duda que le son de aplicación las nuevas normas en toda su integridad; 2) edificios que se constituyen en dicho régimen, con arreglo a la práctica anterior, y cuyos pisos o locales aparecen inscritos dentro del folio general abierto a todo el edificio, o bien, después de segregados, figuran como fincas independientes, en folio autónomo para los que se respeta el sistema seguido, si bien con la obligación de adaptar los Estatutos de la Comunidad en cuanto estén en contradicción con las nuevas normas legales, y 3) edificios en los que se empezaron a practicar segregaciones y ventas de pisos que se fueron inscribiendo como fincas independientes en cualquiera de las dos formas antes indicadas, sin que en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley se hubiera completado todo el proceso, en cuyo caso se plantea la cuestión—como sucede en este expediente—de si aquellos pisos o locales todavía no inscritos habrán de tener acceso a los libros registrales según la forma en que se venía haciendo, o si, por el contrario, habrá de aplicarse en todo su rigor el sistema introducido por la Ley;

Considerando que tratándose del tercero de los supuestos señalados no cabe adoptar más solución que la seguida en el sistema anterior a la Ley vigente, pues al encontrarse ya inscritos en el Registro alguno o varios de los pisos o locales que forman parte del edificio por las ventas realizadas, es de todo punto imposible aplicar el nuevo sistema que exige como requisito ineludible una previa constitución del régimen de propiedad horizontal anterior a aquellas ventas, lo que ya no puede tener lugar, aparte la substantividad e inatacabilidad de las inscripciones ya verificadas, tal como establecen los artículos 1 y 38 de la Ley;

Considerando que el sistema indicado es el que generalmente ha seguido la práctica notarial y registral para resolver la cuestión planteada, sin que quepa desconocer otras soluciones, como la de dividir el

único dueño, o la totalidad de ellos si lo son *pro indiviso*, por pisos o locales, el resto del edificio, que al ingresar en el Registro completarían juntamente con los ya inscritos, la totalidad de que se compone el inmueble, reconstituyéndose de esta forma la situación de normalidad alterada;

Considerando que en el caso concreto de este expediente, la escritura de compraventa otorgada reunía en su fecha todos los requisitos exigibles para su acceso en el Registro de la Propiedad desde la descripción del piso transmitido, señalamiento de los elementos comunes—coincidentes con los señalados en la nueva Ley—, cuota en relación con el total valor del inmueble a los efectos de distribución de beneficios y cargas—12,50 por 100—establecida por el entonces único propietario de la finca y aceptada por los compradores y el sometimiento al régimen de comunidad de bienes que preceptúa el artículo 396 del Código civil; circunstancias todas ellas que hacen perfecto e inscribible el título, dado el contenido del artículo tercero del Código civil y disposición transitoria segunda del mismo Cuerpo legal, no desvirtuados por lo establecido en la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, disposición transitoria primera, que se refiere al hecho de que el nuevo régimen se aplicará a todas las comunidades de propietarios, que precisamente por eso habrán de adaptar sus Estatutos, pero no declara ineficaces—ni podía hacerlo—los títulos adquisitivos anteriores que van a originar esa comunidad;

Considerando, por último, que al ser inscribible la escritura calificada no era necesario acompañar la certificación del acta de la Junta, y por ello no es preciso entrar en su exámen, aparte de que al no haber recurrido los Registradores del auto presidencial, no cabe examinar el contenido del defecto primero de la nota.

C) Comentario.—*El problema que plantea este recurso consiste en determinar, si dado el carácter imperativo de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, y su aplicación a todas las comunidades de propietarios, cualquiera que fuere la fecha de su constitución, se puede en la actualidad practicar en el Registro de la Propiedad y en base a un título adquisitivo anterior a la referida Ley, la segregación de pisos y locales de un edificio como fincas independientes: es decir, precisar el régimen aplicable a los pisos y locales, todavía no inscritos como fincas independientes, constitutivos de un edificio en el que con anterioridad a la Ley de 1960 se practicaron segregaciones y ventas que tuvieron acceso al Registro como fincas nuevas, sin que en el momento de la entrada en vigor de dicha Ley se hubiera completado todo el proceso. En consecuencia, la raíz del problema se centra en si los pisos o locales que quedan por inscribir como fincas independientes, habrán de tener acceso al Registro por el procedimiento anterior a la Ley de Propiedad Horizontal, o si a ellos habrá de aplicarse el sistema por ésta introducido, lo cual nos lleva, como cuestión previa, a examinar ambos procedimientos.*

Señala la Dirección General en los Considerandos de la Resolución que se comenta, que la práctica notarial y registral anterior a 1960 se basaba fundamentalmente en dos métodos operativos, según que el edificio se encontrare o no en situación de copropiedad. Cuando se trataba de edificios pertenecientes a un sólo titular, éste, generalmente, procedía a la segregación de cada uno de ellos sin previa constitución de propiedad horizontal. Cuando se trataba de edificios que por pertenecer en diversa proporción a distintos titulares imponían la constitución de régimen de propiedad horizontal, sus titulares procedían al establecer ésta, a inscribir los pisos o locales dentro del folio general

abierto a todo el edificio y a practicar a continuación, las diversas segregaciones que convertían a aquellos en fincas independientes.

A partir de la vigencia de la Ley de 21 de julio de 1960 se ha alterado sustancialmente el sistema anterior, ya que se parte del título constitutivo divisorio del edificio en su totalidad, y de la descripción no sólo del inmueble en su conjunto, sino de cada uno de los pisos o locales que lo integran, a los que se asignará número correlativo con expresión de todas las circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria. El carácter imperativo de la Ley de Propiedad Horizontal resulta de su disposición transitoria primera, que establece, que la misma registrará todas las comunidades de propietarios cualquiera que sea el momento en que fueron creadas, al tiempo que impone a las existentes con anterioridad, la obligación de adaptar sus estatutos a la nueva Ley, en el plazo de dos años "cuando estuvieran en contradicción con sus preceptos".

De lo anterior resulta, que nos encontramos ante dos sistemas con repercusiones registrales claramente diferenciadas: El anterior a la Ley de 1960, basado en la operación registral sucesiva de la segregación de pisos y locales que pasan a formar fincas independientes y el posterior a la referida Ley, fundado en el título constitutivo de la división horizontal que automáticamente produce la desmembración jurídica del edificio en tantas fincas independientes como pisos y locales lo constituyan, en cuyas inscripciones habrán de expresarse los requisitos exigidos por el artículo 8 de la Ley Hipotecaria y preceptos concordantes de su Reglamento. Quizá, la sustancial diferencia entre ambos procedimientos sea la que explique el carácter imperativo de la Ley de 1960 y su aplicación a todas las comunidades de propietarios.

La Dirección General de los Registros, partiendo de postulados tradicionales en derecho civil y en atención a necesidades de índole práctica, declara que el problema envuelve una cuestión de derecho transitorio que habrá de resolverse considerando perfecto e inscribible el título alegado con arreglo al artículo 3 del Código civil y disposición transitoria 2.ª del mismo Cuerpo legal, que no quedan desvirtuados por lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley de Propiedad Horizontal, que se refiere simplemente al hecho de que el nuevo régimen se aplicará a todas las comunidades de propietarios que, por ello, habrán de adaptar sus Estatutos, pero no declara ineficaces—ni podía hacerlo—los títulos adquisitivos anteriores que van a originar esa comunidad.

Pero hasta qué punto nos encontramos ante una cuestión de derecho transitorio a la que deberá aplicarse la norma transitoria 4.ª del Código civil, y hasta qué punto puede aceptarse la afirmación de la Dirección General de que no cabe adoptar más solución que la seguida en el sistema anterior a la Ley vigente, pues al encontrarse ya inscritos en el Registro alguno o varios de los pisos o locales que forman parte del edificio por las ventas realizadas, es del todo imposible aplicar el nuevo sistema que exige como requisito ineludible una previa constitución del régimen de propiedad horizontal anterior a aquellas ventas, lo que ya no puede tener lugar aparte la substantialidad e inatacabilidad de las inscripciones ya verificadas, tal como establecen los artículos 1 y 33 de la Ley Hipotecaria.

En primer lugar, el tradicional principio de la "irretroactividad" en su significación de que los derechos adquiridos deben permanecer incólumes, no debe entenderse en términos tan absolutos. La doctrina representada en este punto por SAVIGNY (1) diferencia las reglas con-

(1) (*System III*, obra citada por FEDERICO DE CASTRO en su *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, 1955, pág. 713), precisa que las leyes nuevas referentes a

cernientes a la adquisición de los derechos—cuya legitimidad en el caso que nos ocupa nadie discute y las disposiciones relativas a la existencia de los derechos. Y son precisamente éstas, las que por imponer un procedimiento distinto del anterior—título de división horizontal; determinación del valor de la parte privativa de cada propietario en relación con el valor total del inmueble a los efectos de distribución de beneficios y cargas (art. 8 L. H.); fijación de la cuota de participación que corresponde a cada piso o local por acuerdo de todos los propietarios existentes, acuerdo que también será preciso para cualquier modificación del título constitutivo (art. 5, Ley 1960); etc.; nos llevan forzosamente a la conclusión de que sin perjuicio de la plena validez y eficacia de los títulos de adquisición anteriores a la Ley de 1960, es del todo necesario que los copropietarios actuales del inmueble manifiesten en forma auténtica su adaptación a la Ley de Propiedad Horizontal y cumplan los requisitos exigidos por la misma.

En segundo lugar, señala la Dirección General como obstáculo insuperable para la aplicación del nuevo sistema, el hecho de que éste exige una previa constitución del régimen de propiedad horizontal anterior a aquellas ventas, lo que ya no puede tener lugar aparte la substantialidad e inatacabilidad de las inscripciones realizadas.

La solución de este problema, siempre que se trate de títulos de adquisición anteriores a 1960, impone el realizar las siguientes distinciones:

- Cuando ninguno de los copropietarios hubiere inscrito sus derechos.
- Cuando todos hubieren inscrito.
- Cuando solamente algunos hubieren acudido al Registro.

En el primer caso será necesario que otorguen escritura pública de división horizontal con los requisitos exigidos por la Ley, la cual tendrá acceso al Registro por el procedimiento normal.

En el segundo caso, lo único que la Ley a través de su disposición transitoria primera exige, es la adaptación a sus disposiciones de los Estatutos reguladores de la Comunidad.

En el tercer supuesto, que es el debatido en la Resolución que se comenta, todos los copropietarios hayan o no inscrito sus respectivos títulos, deberán otorgar escritura de división horizontal con los requisitos impuestos por la Ley, la cual se reflejará en el Registro por el procedimiento normal respecto de los titulares no inscritos, y en cuanto a los que ya figuraren como titulares inscritos de pisos o locales del mismo edificio, al margen de las respectivas inscripciones podría hacerse constar el otorgamiento de la escritura y el cumplimiento de los requisitos legales.

E. F. C.

la adquisición de los derechos tienen un límite: no deben perjudicar en modo alguno los derechos adquiridos. En cambio, las leyes nuevas sobre la existencia de los derechos, deben necesariamente afectar los derechos adquiridos, pues borran o modifican las mismas instituciones de derecho, es decir, rigen estas instituciones sin atender a la voluntad de los titulares.

10. CONSTANCIA REGISTRAL DE DOMICILIO VOLUNTARIO CON CARÁCTER GENERAL PARA LA PRÁCTICA DE REQUERIMIENTOS Y NOTIFICACIONES: AUNQUE NI EL ARTÍCULO 9 DE LA LEY HIPOTECARIA NI EL 51 DE SU REGLAMENTO INCLUYEN DENTRO DE SU CONTENIDO QUE SE HAGA CONSTAR EN LOS LIBROS REGISTRALES UN DOMICILIO ELECTIVO PARA LAS NOTIFICACIONES RELACIONADAS CON LAS ACTUACIONES SOBRE EL INMUEBLE, SE PUEDE HACER CONSTAR POR NOTA AL MARGEN DE LA INSCRIPCIÓN DE DOMINIO DE LA FINCA LA FIJACIÓN DE DICHO DOMICILIO ELECTIVO.

Resolución de 30 de enero de 1970 («B. O.» de 14 de febrero).

A) *Antecedentes de hecho.*—Ante el Registro de la Propiedad número 3 de Barcelona se presentó un escrito firmado el 7 de mayo de 1968 por don Arturo y don Conrado Ricart y Barrot, dueños *pro indiviso* y por herencia de su padre de una casa sita en la calle de Leyva número 68, de Barcelona, en el cual solicitaban que se hiciera constar al margen de la inscripción de dominio de dicha finca el domicilio legal para recibir notificaciones y requerimientos, señalando como tal el de su administrador y agente de la Propiedad Inmobiliaria don Pablo Armengol y Font, sito en la Avenida de José Antonio Primo de Rivera número 573 de aquella capital. Todo ello a efectos de “obtener la protección registral ante cualquier requerimientos y notificaciones en procedimientos o expedientes en los que pudiésemos ser parte y, en general, para conocimiento de quienes pudiera interesar”.

El Registrador calificó el anterior documento con la siguiente nota: “Denegada la solicitud que se hace en el precedente escrito, porque la constancia de un domicilio legal, a que se refiere, no tiene acceso al Registro de la Propiedad, por no estar regulada por la Ley Hipotecaria ni por su Reglamento: no pudiéndose tomar anotación preventiva del mismo por ser el defecto insubsanable”.

Don Arturo Ricart y Barrot interpuso recurso gubernativo contra dicha calificación alegando las ventajas prácticas que de tal constancia registral podrían derivarse. El funcionario calificador informó en el sentido de reconocer dichas ventajas, pero exponiendo que ni la Ley ni el Reglamento Hipotecario, disponen nada sobre constancia en el Registro de la Propiedad de un domicilio legal para notificaciones y requerimientos al titular inscrito.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, por entender que, aunque expresamente nada disponen la Ley y Reglamento Hipotecarios sobre el particular, es también patente que el acceso del domicilio al Registro, lejos de estar prohibido o contradecirse con la función del mismo, aporta una estimable precisión e implica una facilidad armónica con el fin perseguido por los medios de comunicación, que encaja perfectamente con la letra del artículo 51, apartado 9, de la precitada Ley (*sic*) y con el espíritu que indudablemente la anima.

El Registrador recurrió en alzada ante la Dirección General estimando que se trata de un problema nuevo, no previsto legalmente, que reclama se pronuncie sobre el mismo la Superioridad.

Y la Dirección General confirma el auto apelado, justificando su decisión con la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—El domicilio como lugar en que se estime se encuentra establecida legalmente una persona para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos tienen una gran trascendencia dentro del campo jurídico, tales como adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad española—artículos 17 y 24 del Código civil—, celebración del matrimonio civil—artículos 86 y 88—, declaración de ausencia—artículo 181—, constitución del Consejo de Familia—artículo 293—, pero sobre todo dentro del campo del Derecho de obligaciones al determinar el artículo 1.171, 3.º, el domicilio del deudor como lugar de su cumplimiento, en materia de notificaciones y requerimientos y, por último, para la determinación de la competencia de Jueces y Tribunales.

Por ello el artículo 40 del Código civil determina que se entenderá por domicilio de las personas naturales el lugar de su residencia habitual, pero junto a este domicilio real se reconoce la existencia para ciertos casos de un domicilio legal y, sobre todo, la de uno especial o electivo que pueden señalar las partes para la ejecución de un acto o contrato, en base al principio de autonomía de la voluntad, y que incluso en algunos supuestos aparece recogida su posibilidad en disposiciones legales, como ocurre, por cierto, en el caso señalado en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria.

Aun cuando ni el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento incluyen dentro de su contenido que se haga constar en los libros registrales un domicilio electivo para las notificaciones relacionadas con las actuaciones sobre el inmueble en el que se quiere hacer constar esta circunstancia, ningún precepto legal impide que pueda realizarse lo solicitado, que tiene a su favor la ventaja de garantizar al titular que lo fije, tal como declaró la Resolución de 15 de diciembre de 1925, el oportuno y exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas, al mismo tiempo que asegura al acreedor contra las dilaciones y entorpecimientos que por razón de los cambios de residencia o por mala fe sufrirían los trámites procesales.

C) *Comentario.*—1. *Toda persona humana despliega su actividad en un lugar y en un tiempo determinados. Las dimensiones espacio-temporales son necesarias e imprescindibles para valorar las conductas humanas. En el plano jurídico, el sujeto de derecho actúa siempre en un determinado punto geográfico. A la necesidad de localizar a cada persona en un lugar determinado para centralizar allí las relaciones jurídicas que le afectan, responde la realidad jurídica del domicilio. Pero el concepto de domicilio puede ser empleado con muy diversos significados* (1). *Afecta a diferentes ramas jurídicas y, dentro ya del*

(1) Como ha recordado el profesor CASTRO, el domicilio es un término jurídico engañoso; su aparente sencillez oculta la pluralidad de significados que tiene en los distintos sistemas jurídicos, en las diversas leyes y en la doctrina. Lo que es ocasión de múltiples confusiones, pues no es raro que hasta un mismo autor lo utilice en distintos sentidos (*Derecho Civil de España*, tomo II: «Derecho de la Persona», Parte Primera, «La persona y su estado civil», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952—De ahora en adelante, en abreviatura DCE—pág. 445).

Para la distinción entre los tres sentidos en que puede considerarse el domicilio dentro de nuestro Derecho, según la legislación vigente y la localización más o menos concreta de la persona (sentido amplísimo, usual y estricto)

Derecho civil, se proyecta sobre muy distintas instituciones (2). Lo que hace que la teoría jurídica del domicilio resulte a veces difusa, insegura. Y que no sea fácil precisar con nitidez una noción del domicilio comprensiva y extensiva a la vez, suficientemente clara.

Se ha señalado que históricamente el domicilio se considera en Derecho español como causa de competencia de los Tribunales (3). Con criterio realista el Código civil, en su artículo 40, establece una norma de carácter general: el domicilio de las personas es el lugar de su residencia habitual. De la cual resulta: Que el domicilio es una situación de hecho que deberá ser fijado—y probado—en cada caso en función de la residencia habitual de la persona domiciliada. Que para ello habrá de tenerse en cuenta la conducta de la persona (conjunto de actos, no mero acto aislado) reveladora de esa habitualidad de residencia. Que, como entiende la doctrina más autorizada, residencia habitual no se contrapone aquí a residencia temporal, sino a residencia accidental (4); lo característico del domicilio es su estabilidad y normalidad, su continuidad, al margen del plazo de residencia. Que el domicilio no es algo fijo y rígido, sino modificable o variable, de acuerdo con la propia conducta de la persona. Que, por todo ello, el domicilio es un dato de hecho, comprobable en cada caso de acuerdo con el cumplimiento de los requisitos legales que lo predeterminan, y no está sometido a la autonomía negocial (5).

Además de esta norma general y extensiva, que funciona como una cláusula en blanco que habrá que rellenar en cada caso con la prueba de la conducta expresiva de cada persona respecto a la habitualidad de su residencia, el propio Código señala otros tipos de domicilios especiales, aplicables específicamente a los concretos casos contemplados: el domicilio de los diplomáticos (art. 40-2.º) y el de la mujer casada, hijos sometidos a patria potestad, menores o incapacitados sujetos a tutela, comerciantes empleados y militares en servicio activo (artículo 40-1 C. c. en relación con arts. 64, 65, 67 y 68, L. E. C.). En estos supuestos específicos, la peculiaridad de la situación personal, familiar o profesional de los interesados, apunta a un concreto lugar de residencia y hace inaplicable la norma general y abstracta de la residencia habitual.

Pero, tanto en uno como en otros casos, el domicilio tiene su perfil legal, se identifica con la realidad social de la residencia estable de cada persona, sirve como medio imprescindible para la localización geográfica de ésta y condiciona de alguna manera la conexión de las distintas relaciones jurídicas que le afectan. Según la rotunda expresión del propio C. c., la fijación de domicilio sirve para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles; es decir,

to), vid también F. DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil*, 4.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 335.

(2) Cfr. DCE, pág. 454.

En la propia Resolución que comentamos se recogen ya diversas proyecciones de la realidad jurídica del domicilio en relación con la nacionalidad, matrimonio civil, ausencia, Consejo de Familia, cumplimiento de obligaciones, notificaciones y requerimientos y competencia de Tribunales.

Todo lo cual da resumida idea de la amplitud de eficacia que el domicilio desata en el mundo del Derecho.

(3) DCE, pág. 448.

(4) DCE, pág. 459.

(5) DCE, pág. 467.

Los actos que producen la adquisición, pérdida y cambio de domicilio, no tienen naturaleza de voluntad negocial ni casi-negocial: son mera conducta significativa de residencia habitual (pág. 459).

influye en todo el ámbito de la esfera jurídica de la persona. Amplitud de eficacia que revela la importancia de su determinación. En nuestro ordenamiento, el domicilio no es un estado civil, sino simplemente una situación de la persona que afecta a una serie de relaciones jurídicas y que puede llegar a influir sobre determinados estados civiles (nacionalidad, vecindad, etc.) (6).

2. Con independencia de esas dos formas de determinación legal del domicilio (en general y en especial para ciertos casos), las necesidades de la vida práctica han puesto de manifiesto la conveniencia de que las partes intervinientes en un procedimiento establezcan voluntaria y previamente la determinación de un lugar, que sirva para la práctica de los requerimientos y notificaciones que hayan de practicarse en el procedimiento que se trate. Es el llamado con cierta impropiedad, domicilio voluntario o electivo, en cuanto depende de la propia voluntad de los interesados que como tal pueden elegirlo, y las notificaciones allí practicadas producen iguales efectos jurídicos que las realizadas en el domicilio real. Con lo cual se evita la demora y el trabajo de averiguar, a través de la prueba correspondiente, cuál sea este último en cada momento. Hoy esa necesidad práctica está sancionada expresamente en los textos legales (art. 130 L. H. y 80 L. P. A.).

Si, de acuerdo con la teoría general ya apuntada, el domicilio de cada persona es una situación de hecho, dependiente de la conducta del interesado, pero subordinada al cumplimiento de los requisitos legales para su determinación; si, en este sentido, la fijación del domicilio queda fuera de la autonomía negocial, el primer problema que se nos plantea es el de si el llamado domicilio voluntario o electivo no será un tipo de domicilio excepcional, si constituirá una excepción a aquella norma legal.

Entiendo que no. Porque el así llamado impropriamente domicilio voluntario, para contraponerlo al domicilio legal, no es en realidad un verdadero domicilio en sentido técnico. No es un medio para la localización de la persona, ni constituye el lugar adecuado para el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones en general, ni sirve—por ejemplo—para el cómputo de los plazos de residencia a efectos de adquisición de la vecindad civil correspondiente a un determinado territorio (cfr. art. 15-3.º, C. c.).

Se trata, más bien, de la mera fijación de un lugar para que las notificaciones que allí se realicen puedan considerarse válidas, sin necesidad de verificarlas en el domicilio real, lo que exigiría en cada caso la previa determinación de éste. Frente al acreedor reclamante o demandante, el deudor que previamente ha pactado un domicilio con esta finalidad, tiene que dar por bien hechas, y, por tanto, eficaces en perjuicio suyo, las notificaciones que allí se le dirijan, aunque él no esté presente o tenga su domicilio en otro lugar. Lo cual exige, naturalmente, el previo consentimiento del deudor o de la persona que pueda resultar legalmente perjudicada con tal notificación. Es un acto semejante, aunque distinto, al del pacto de sumisión a la competencia de un determinado Tribunal. Sus efectos son bien limitados: dar por válidas las notificaciones que se realicen en el lugar previamente señalado. Por eso este último no constituye un domicilio en sentido técnico, ya que no sirve para la localización real de las personas, ni tiene su

(6) El domicilio como situación de la persona tampoco puede estimarse como relación jurídica entre la persona y el lugar de residencia, pues la persona no está ligada por ningún vínculo jurídico al lugar; lo que ocurre es que el lugar sirve como medio para localizar a la persona a ciertos efectos (DCE, pág. 453).

amplitud de efectos jurídicos. Por eso es susceptible de fijación en ejercicio de la autonomía negocial, lo que no ocurría con el domicilio "stricto sensu". Y, por eso también, su elección no excluye que pueda ser válidamente notificada la persona en su domicilio real; aunque no hace falta que así ocurra para la eficacia recepticia del acto que se comunica, pues basta con que la comunicación se lleve a cabo en el lugar pactado.

El así llamado impropriamente domicilio electivo o voluntario supone, pues, la previa fijación de un lugar para la práctica de requerimientos y notificaciones, donde estas últimas deben considerarse válidamente realizadas si se dirigen allí. Así configurado en el pacto, y supuesta su admisión legal, su eficacia es primordialmente procedimental. Entra en juego en aquellos procedimientos judiciales (ejemplo: ejecución hipotecaria del art. 131 L. H.) o administrativos (ejemplo: reclamación ante el Tribunal Económico Administrativo Provincial) en los cuales hay que dirigir notificaciones o requerimientos a los interesados. Precisamente para simplificar estos trámites. Y también en aquellas otras relaciones jurídicas "inter partes" que, aunque se desenvuelvan al margen de una actividad procedimental o procesal, implican en alguno de sus momentos la realización de un requerimiento de pago, por ejemplo, o la notificación del cumplimiento de algún requisito (elección en la obligación alternativa, consignación judicial del pago no aceptado, etcétera). En todos estos casos puede ser útil la fijación de un lugar donde llevar a cabo tales notificaciones o requerimientos. En la iniciación de todo procedimiento es preciso indicar el domicilio de las personas que intervienen. Ese domicilio real puede a veces ser suplido por la previa fijación voluntaria del lugar en que estas personas pueden ser localizadas. Vinculado a las actividades procedimentales y procesales, surge así el domicilio electivo que normalmente se establece con vistas a un determinado procedimiento, y sólo excepcionalmente para cualquier requerimiento o notificación que deba hacerse a una persona. Luego hablaremos de esta última posibilidad.

En cuanto a los caracteres del acto de fijación del domicilio electivo podemos recordar, entre otros, los siguientes: a) Normalmente será un acto unilateral. Se trata de que la persona, presunta destinataria de la futura notificación o requerimiento, expresamente consienta que dichos actos serán válidos frente a ella si se realizan en el lugar previamente fijado; sea o no su domicilio y esté o no presente. Para ello no es necesario el consentimiento de la otra parte, acreedor demandante u organismo oficial que hace la notificación, ni su aceptación. La otra parte podrá utilizar ese lugar para requerir o dirigirse directamente al domicilio real (7). Pero eso no importa. Lo relevante es el consentimiento unilateral de la persona perjudicada por esa fijación. Confróntese en este sentido el artículo 130 L. H.; b) A diferencia del domicilio legal, no se tiene aquí en cuenta una conducta expresa y conjunta, sino un mero acto jurídico voluntario. Más dudosa resulta su calificación como acto negocial. Quizá fuera oportuno considerarlo como simple ejercicio de una facultad derivada de una relación jurídica básica (relación crediticia, o de hipoteca, etc.), con vistas a hacer posible su actuación procesal por un determinado camino; c) Como acto voluntario que es, su eficacia estará sujeta a las reglas que disciplinan los vicios de la declaración de voluntad; d) Es un acto en principio

(7) Dicho sea con carácter general. Ello no será aplicable, naturalmente, cuando por ministerio de la Ley, y por razones de economía procesal, el domicilio convencionalmente fijado resulte ser el único procesalmente válido para la ejecución eficaz de tales actos recepticios. Como ocurre en el procedimiento ejecutivo del artículo 131 L. H. (art. 131-3.º-3.º).

revocable. El domicilio así fijado podrá cambiarse. Pero los requisitos del cambio o la revocación serán mayores que los de la mera fijación. Por el respeto debido a los derechos de los terceros interesados que confiaron en el domicilio inicialmente fijado (cfr. art. 130. L. H.). En este sentido si la fijación es unilateral, y el domicilio se establece en relación con un determinado acreedor o con un concreto procedimiento —como es lo más habitual—, su modificación o revocación requerirá el consentimiento de la otra parte (8), será un acto bilateral; e) Su eficacia deriva de la finalidad que pretende en la medida en que ésta aparece así reconocida, o al menos no prohibida, por la Ley. Domicilio "a efectos de requerimientos y notificaciones". Preconstitución de la eficacia de los requerimientos y las notificaciones realizados en el lugar previamente elegido. Para eso, y para nada más, se establece el domicilio electivo. Normalmente esta fijación se hace en atención a un concreto procedimiento. Luego veremos si es posible un pacto electivo con eficacia más extensa o general: en relación con cualquier tipo de requerimientos o actuaciones. Por el momento basta con recordar que el perfil típico de tal estipulación apunta a un determinado procedimiento o reclamación.

3. En la legislación hipotecaria, el tema del domicilio se regula por lo menos en dos ocasiones diferentes: a) En la regla 9.ª del artículo 51 R. H., al tratar de las circunstancias que deben contener las inscripciones en relación con la identificación de las personas naturales que en ellas figuren, después de recoger el nombre, apellidos y estado civil, se dice: "se añadirán, si resultaren del título, ...el domicilio" entre otros particulares (edad, profesión y vecindad). Sorprende en verdad que, al precisar los datos que identifiquen a los titulares registrales, el domicilio no sea en todo caso necesario, y su constancia en la inscripción quede subordinada al hecho de que figure o no expresado el domicilio en el documento inscribible. De modo que cabe la posibilidad, perfectamente legal según el texto reglamentario indicado, de que una finca aparezca inscrita a favor de una determinada persona sin que figure su domicilio. Anómala y sorprendente posibilidad.

Como he recordado alguna vez antes de ahora (9), la publicidad del Registro se proyecta sobre un triple contenido mínimo: el titular registral, el derecho inscrito y la finca sobre la que éste recae. Y los tres elementos tienen que estar perfectamente determinados para la mayor seguridad del tráfico, para claridad de los terceros adquirentes. Pues bien, el titular registral o persona a cuyo favor aparece inscrita una relación jurídica o un derecho subjetivo, tiene que estar igualmente precisado en su existencia y determinación. Como uno de los datos de esa identificación personal es el domicilio, que puede además influir sobre otros extremos relativos a la capacidad de obrar y a su poder

(8) Consentimiento—aceptación—o mero conocimiento—notificación—? En el procedimiento del artículo 131 L. H. la cuestión está ya resuelta por la Ley de la manera más amplia. Se exige el consentimiento del acreedor. Quizá por estimar que la modificación de domicilio puede serle perjudicial. O por considerar la fijación del domicilio procesal como un pacto más del contrato bilateral de hipoteca, de cuya unidad bilateral no se puede escindir. Pero en otros casos, cuando se señala un lugar para las notificaciones de un determinado procedimiento, no podrá modificarse antes de la iniciación de éste notificándolo simplemente a la otra parte interesada? Quizá no, en base a las mismas razones ya expuestas para la hipoteca. Pero la cuestión no deja de ser dudosa.

(9) En el Comentario a la Resolución de 17 de febrero de 1969, en el número 473 de esta REVISTA, julio-agosto 1969, págs. 1.059 y sigs.

de disposición, como son la vecindad civil y el régimen económico matrimonial presunto, no se descubre la razón que justifique la constancia meramente voluntaria y no necesaria de tal extremo.

Cierto que la prueba del domicilio, como situación de hecho, resultará difícil en algunas ocasiones; que los Notarios harán constar esta circunstancia por lo que resulte de medios supletorios (D. N. I., por ejemplo), o por las declaraciones de los interesados (10); que estas últimas no son fácilmente revisables por el Notario ni por el Registrador; y que el Registro de la Propiedad, organizado para dotar de publicidad a los derechos reales inmobiliarios, no es el instrumento adecuado para publicar el domicilio que, por afectar a la situación jurídica de las personas, encontraría su cauce propio de publicidad en el Registro civil. Ello nos traslada al problema de la dificultad de la constancia oficial del domicilio, por sus variaciones y por su prueba. Pero, al margen de todas estas consideraciones complementarias, lo cierto es que no se ve razón suficiente para eximir de los requisitos de la inscripción el dato del domicilio. Cuya omisión entiendo que debería constituir defecto subsanable. Para la más perfecta identificación del titular registral y mayor seguridad en el tráfico jurídico (11).

La expresión registral del domicilio que regula el artículo 51-9.º del R. H.—domicilio real o legal, distinto del convencional, según la terminología antes expuesta—no dota de publicidad al mismo frente a los terceros. Servirá tan sólo como medio de prueba supletorio—uno más entre los varios posibles—para su determinación en cada caso. Que podrá ser destruido por la justificación del domicilio real en otro sitio. Pero que completa la identificación del titular registral.

b) Al regular el procedimiento ejecutivo del artículo 131, la L. H. señala en el artículo 130 como uno de los requisitos para su tramitación que en la escritura de constitución de hipoteca fije el deudor un domicilio "para la práctica de los requerimientos y las notificaciones". Domicilio convencional o electivo que deberá ser necesariamente inscrito para que este procedimiento siga adelante. Por razones de economía procesal y para facilidad de la ejecución hipotecaria, se exige aquí la fijación del domicilio con carácter necesario para que el procedimiento ejecutivo llegue a tener efecto. Además, no cabe que el acreedor requiera de pago al sujeto pasivo hipotecario dentro de este procedimiento en su domicilio real, sino que habrá de hacer el requerimiento necesariamente en el domicilio pactado, único válido a estos efectos procesales. Contrariamente a lo que ocurre en otros supuestos de domicilio electivo. El domicilio así fijado a efectos del procedimiento del artículo 131 de la L. H. ha de inscribirse en el Registro. La razón de la inscripción parece clara: En las garantías de este tipo, sólo tiene virtualidad hipotecaria lo inscrito en el Registro. Lo no inscrito podrá afectar a la rela-

(10) No olvidemos que el artículo 156-4.º R. N. impone a los Notarios la obligación de hacer constar en la comparecencia de las escrituras que autorizan «... el domicilio de los otorgantes».

(11) No quiero silenciar a este respecto la práctica notarial de algunas regiones, a mi juicio viciosa, por virtud de la cual se expresa en la comparecencia de la escritura que alguno de los otorgantes es vecino de Madrid, o de Valencia o de otra ciudad importante, sin añadir más datos en cuanto a su domicilio (calle y número de su residencia). Como si el hecho de decir que una persona es vecina de Madrid sirviera para algo a la hora de precisar su localización geográfica dentro de la gran ciudad. Pienso que incluso en las ciudades pequeñas y en los pueblos sería necesaria la expresión de calle y número de residencia. A los efectos de identificación que ahora estamos tratando.

ción de mero crédito personal, pero no a la de crédito hipotecario. En éste la inscripción es constitutiva y la hipoteca sólo existe, aún "inter partes", en la medida en que está inscrita. Cuando se demanda ante un juez la ejecución de la garantía, no basta con acompañar la escritura de préstamo hipotecario, ni siquiera con la nota de inscripción, sino que habrá que acreditar en todo caso la vigencia de la hipoteca con certificación del Registro (art. 131-4.º-2). La publicidad registral, aquí con funciones constitutivas, cubre todo el contenido de la hipoteca, y también la predeterminación de su ejecución procesal. Si el domicilio voluntariamente fijado no estuviera inscrito, no podría ser relevante en el procedimiento ejecutivo, no afectaría a la hipoteca constituida. Por eso la modificación del domicilio, cuando sea posible mediante el cumplimiento de los requisitos legales para ello, también deberá constar en el Registro.

De tales preceptos se deduce: por una parte, la sanción legal de la elección voluntaria de domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones, expresamente reconocida en nuestra L. H.; y por otra, la posible inscripción registral de ese domicilio. Ambos criterios legales, analógicamente derivados de los artículos citados, pueden servirnos de orientación en el caso que nos ocupa.

4. Según hemos visto antes, al tratar de resumir la teoría general del domicilio electivo, en principio es posible la fijación de un lugar para requerimientos y notificaciones, siempre que lo sea con carácter concreto: para un determinado procedimiento o frente a un determinado acreedor. No sólo es posible, sino que la elección de domicilio en esos términos es también susceptible de inscripción, cuando se vincule a una relación jurídica inscrita.

El problema que más directamente se suscita en el presente recurso es el de decidir si cabe la fijación voluntaria o electiva del domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones con carácter general, válido frente a cualquier procedimiento o reclamación personal, domicilio electivo en sentido general e indeterminado, no concreto. Lo cual se traduce en un doble interrogante: a) Si es posible la predeterminación del domicilio así configurado; b) Supuesta esa posibilidad, si es inscribible el pacto en que se fija. Parece que no existe en nuestro ordenamiento una norma que expresamente prohíba esa estipulación, pero tampoco que la admita en forma positiva. Laguna legal que exige un esfuerzo interpretativo, a partir de la analogía con otros casos semejantes y de la revisión de los principios generales de nuestro sistema.

a) *En el presente caso, los señores Ricart y Barrot señalaban el domicilio de su Administrador, número 573 de la Avenida de José Antonio Primo de Rivera, para que pudieran dirigirse allí cualesquiera requerimientos o notificaciones que a dichos señores hubiera que hacer en relación con el inmueble de que eran propietarios, sito en la calle de Leyva número 63. La finalidad perseguida con la fijación de aquel lugar parece clara: facilitar la práctica de tales requerimientos y notificaciones, dándolos por válidos si se hacían en el domicilio de su Administrador, y evitar a los requirentes o notificantes la búsqueda del domicilio real de dichos señores Ricart y Barrot, o evitar la frustración de tales actos procedimentales o su desconocimiento por los destinatarios si ellos estaban ausentes (12). Desde el punto de vista de la*

(12) Aunque no se expresa en los Hechos del recurso, es lógico pensar que el pacto de fijación de domicilio electivo iría acompañado de un contrato previo de mandato, arrendamiento de servicios o gestión, que le serviría de

jurisprudencia de intereses, tal pacto sólo podía perjudicar a los propietarios que lo habían consentido, presuntos destinatarios de los actos de comunicación, y en cambio beneficiaba a todos los posibles interesados en que las notificaciones tuvieran lugar válidamente.

El argumento de las ventajas prácticas de la fijación de un domicilio en general para requerimientos y notificaciones, en relación con los procedimientos judiciales y administrativos, supresión de la notificación por edictos, colaboración con la Administración y garantía de los terceros, aparece en las alegaciones del recurrente, es reconocido por el propio funcionario calificador y se reitera en las razones que justifican la decisión del Presidente de la Audiencia y del Centro Directivo.

Evidentemente, la utilidad práctica del pacto de fijación de domicilio, en un caso como el que nos ocupa, ha influido poderosamente para justificar su admisión por la Dirección General. El fundamento legal de su reconocimiento jurisprudencial, supuesta la laguna normativa, tendría que descansar en el juego del principio de autonomía negocial dentro de nuestro sistema (art. 1.255, C. c.) o en la analogía con el supuesto de la ejecución hipotecaria (art. 130, L. H.). Pero esta última no parece muy defendible, ya que por la naturaleza de los derechos básicos, su inscribibilidad—constitutiva o meramente declarativa—y su diferente amplitud, ambos supuestos no resultan coincidentes. ¿Puede ampararse en la autonomía negocial un pacto de esta naturaleza? Más que de fijación de domicilio (13), se trataría quizá de un acto de renuncia por parte del constituyente, o de sumisión voluntaria a un determinado trámite procedimental en beneficio de la otra parte.

Aunque planteada en esos términos la cuestión no deja de ser dudosa, quizá pueda reputarse válido un pacto de tal naturaleza con una doble limitación: 1.ª Que su eficacia se circunscriba a los procedimientos o reclamaciones directamente relacionados con la finca en cuestión. Así no resulta un pacto tan amplio e indeterminado. Sin vinculación a un procedimiento determinado (como el del art. 131, L. H.) o a un acreedor concreto, se limita, sin embargo, a sólo aquellas reclamaciones en las cuales la finca inscrita sirva de término objetivo. 2.ª Que a pesar del domicilio así pactado, su fijación no excluya "a priori" la eficacia típica del domicilio real. Que el acreedor o el demandante puedan igualmente notificar con eficacia jurídica en el domicilio en que de hecho se encuentren los demandados. Y que el domicilio voluntario pueda utilizarse a elección del acreedor, en su beneficio, pero que no derogue el domicilio real. A diferencia de lo que ocurría en el artículo 130, L. H. Por la mayor amplitud de este pacto y porque no juegan aquí las razones vigentes en la ejecución hipotecaria.

b) Supuesta la validez del pacto de fijación de domicilio electivo en los términos expresados y con las limitaciones apuntadas, el tema de su inscribibilidad tampoco resulta claro. Ya que la L. H. no lo recoge expresamente.

Salvo en la hipoteca en que, como hemos dicho, toda la estructura del negocio debe constar inscrita, en los casos en que se trata de meras relaciones obligatorias o de crédito, éstas y sus incidencias procedi-

causa, por virtud del cual el Administrador se comprometía a tener informados a dichos señores de los requerimientos o notificaciones que a él llegarán en tal sentido.

(13) Ya hemos dicho antes que el domicilio electivo no es domicilio en sentido estricto jurídico. Sino otra cosa: determinación de un lugar en que resulten eficaces las notificaciones allí realizadas por voluntad del notificado. Aunque impropia, seguimos utilizando aquella terminología por recoger un término consagrado por el uso cuyo significado parece claro.

mentales quedan fuera del Registro. Sin embargo, aún dentro del campo de los derechos de crédito, podríamos distinguir dos grupos de créditos especiales o "sui generis": los créditos "ob rem", impuestos sobre la cosa misma, a cargo de quien sea su propietario o titular en cada caso —ejemplo: participación en los gastos comunes de un edificio constituido en propiedad horizontal a cargo de los propietarios de los pisos—; y los créditos "ad rem", créditos contra el deudor no garantizados especialmente y que pueden llegar a hacerse efectivos, en caso de reclamación impagada, sobre los elementos de su patrimonio, más concretamente, sobre fincas inscritas. La finca como objeto de la responsabilidad patrimonial del deudor, y, como tal, susceptible de ejecución.

Para el cobro de estos créditos, y para la ejecución procesal de cualquier otra relación jurídica recayente sobre la finca o afectante al dueño de la misma en cuanto tal dueño, si parece útil la publicidad registral del domicilio fijado para la práctica de requerimientos y notificaciones. Que pueda ser conocido por todos fácilmente el lugar en que pueda ser válidamente notificado o requerido el dueño de la finca como titular registral.

Claro que el Registro de la Propiedad publica derechos sobre fincas y no es instrumento adecuado para dotar de publicidad al domicilio de las personas. Pero ya hemos recordado antes que el domicilio electivo a efectos procedimentales no es domicilio personal, sino mero lugar de cumplimiento de trámites procesales. Que en cuanto sean relativos a una finca, podrán constar en su estatuto registrado.

Otra dificultad formal radica en el hecho de que, a mi juicio al menos, las situaciones jurídicas y los datos susceptibles de inscripción, lo que se inscribe en suma, debe venir expresa y taxativamente señalado por la Ley; no puede quedar a merced de la voluntad individual, por cuanto las normas de la publicidad registral son imperativas y afectan a la estructura misma del ordenamiento. Más toda laguna legal debe ser colmada a través de la recta interpretación de los principios. El problema estará en descubrir el principio general vigente en nuestro sistema que justifique la inscripción solicitada del acto no expresamente regulado.

En definitiva, si el domicilio electivo fijado por el titular registral se inscribe al margen de la finca, ello permitirá frente a cualquier reclamante o quien se relacione con el dueño de la finca, y que deba hacerle requerimientos o notificaciones por razón de su titularidad dominical, una mayor facilidad y seguridad en el desarrollo de estos trámites. Mientras no se inscriba la modificación del domicilio inscrito en esas condiciones, éste servirá frente a cualquiera para dirigir allí sus actos de intimación personal. Lo cual no debe excluir, naturalmente, que sean también válidos esos actos si se dirigen al domicilio real. Pero facilita la realización de los mismos. El domicilio electivo, no para un procedimiento concreto o frente a un acreedor determinado, sino frente a cualquier persona a quien pueda interesar el requerimiento válido al dueño de una finca—"adversus omnes"—, puede ser objeto de publicidad registral (14).

No se nos oculta que la solución de este problema tendría su cauce adecuado en la reforma de la Ley, que así expresamente permitiera la inscripción de estos actos en determinadas condiciones. Pero mientras

(14) Cuestión distinta, en la que ahora ya no podemos entrar por la extensión de estas notas, es la de si el titular registral, para fijar como domicilio electivo el de otra persona, administrador o apoderado, necesita también el consentimiento de éste, en la medida en que al mismo afecta, o puede hacerlo unilateralmente, como reconocimiento por su parte y en su perjuicio de las notificaciones allí dirigidas.

esa reforma no se produzca, no nos parece censurable el criterio avanzado de esta jurisprudencia evolutiva, acorde con las necesidades de la vida práctica. Aunque el problema así planteado esté preñado de dificultades constructivas.

M. A. G.

11. LA DESAFECTACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO DE INMUEBLES DESTINADOS AL SERVICIO PÚBLICO QUE ESTÉN INSCRITOS EN EL REGISTRO DEBE HACERSE CONSTAR POR ASIENTO DE INSCRIPCIÓN Y NO POR NOTA MARGINAL, CON MAYOR RAZÓN CUANDO POR TRATARSE DE PARTE DE LA FINCA INSCRITA ES NECESARIO FORMAR FINCA NUEVA POR SEGREGACIÓN CON NATURALEZA DISTINTA QUE EL RESTO.

Resolución de 31 de enero de 1970 («B. O.» de 20 de febrero).

Antecedentes de hecho.—Por Acuerdo de la Dirección General del Patrimonio del Estado, de fecha 20 de febrero de 1968, se dispuso la desafección del servicio público a que estaba destinada y su incorporación al citado Patrimonio, de parte de la finca denominada "Pabellón Militar de la plaza de Africa, número 7"; por otro acuerdo similar de 31 de octubre del mismo año se dispuso igualmente la desafección del servicio público y pase al Patrimonio del Estado de parte de la finca denominada "Cuartel Foso de la Almina"; en ejecución de los anteriores acuerdos se extendieron actas de desafección, suscritas por representantes de los Ministerios de Hacienda y del Ejército de fechas 26 y 19 de noviembre, respectivamente, del mismo año, y el 31 de marzo de 1969 se expidieron sendas certificaciones libradas por el Jefe de la Sección de Patrimonio del Estado de la Delegación de Hacienda de Ceuta, en las que se describían las partes desafectadas, a fin de que se extendiese en el Registro de la Propiedad "anotación marginal del cambio de la situación jurídica de las expresadas fincas, conforme a lo establecido en el Reglamento Hipotecario".

Presentadas en el Registro las aludidas certificaciones fueron calificadas con notas del tenor literal siguiente: "Suspendida la inscripción del presente documento por adolecer de los siguientes defectos: 1.º No describirse la totalidad de la finca a que corresponde la porción desafectada. 2.º No describirse la porción residual de la finca matriz después de la desafección 3.º No constar el nombre del representante de la Dirección General del Patrimonio del Estado ni el del representante del Ministerio del Ejército, conforme al párrafo segundo del artículo 222 del Reglamento de Bienes del Patrimonio del Estado. 4.º No proceder hacer constar registralmente la desafección por nota marginal, pues la misma implica un cambio en la situación jurídica de los bienes de dominio público a privativa, la cual mutación debe hacerse por inscripción, previa segregación de la finca matriz, conforme al artículo 6.º del Reglamento Hipotecario. 5.º No constar la nota de haber sido presentada a liquidación del impuesto. (Este defecto sólo figura en la segunda certificación). Los anteriores defectos se califican de subsanables, no

procediendo tomar anotación preventiva por defecto subsanable, por no haber sido solicitada”.

El Delegado de Hacienda de Ceuta, en representación del Estado —Ministerio de Hacienda—interpuso recurso gubernativo exclusivamente contra el defecto cuarto de las anteriores notas y alegó: Que si bien en la calificación el defecto se considera subsanable, realmente es insubsanable en relación con el asiento registral que se pretende; que la razón alegada estriba en que se ha producido un cambio en la situación jurídica de los bienes que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.º del Reglamento Hipotecario, sólo puede tener acceso al Registro a través de la inscripción; que entiende que el citado precepto hay que interpretarlo en el contexto general de la legislación hipotecaria, y en ella el artículo 5.º del Reglamento exime de la inscripción a los bienes de dominio público, pero no a los patrimoniales que han de inscribirse o inmatricularse, como igualmente los primeros, al cambiar de destino, y que cuando un bien de esta clase no está inmatriculado, indudablemente es preciso un asiento principal, pues al no figurar en el Registro no cabe anotación marginal, pero cuando el inmueble ha tenido acceso anteriormente a los libros registrales, como ocurre en el presente caso, no hay inconveniente en hacer constar el cambio de destino por medio de nota marginal, que incluso entiende es el asiento adecuado para ello.

El Registrador informó: que el supuesto de cambio de destino a que se refiere el recurso está expresamente regulado en el artículo 6.º, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario, que exige la registración en la forma más adecuada para la actuación de los principios de especialidad y tracto sucesivo, así como para la mayor claridad de las situaciones jurídicas que el Registro publica a través del asiento de inscripción; que, además, en el presente caso sólo parte de los bienes de que se trata cambia de naturaleza jurídica, lo que implica una segregación que obliga a la apertura de folio registral para la parte segregada y su inscripción como finca nueva e independiente, conforme a lo establecido en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario; que no constituye obstáculo a lo anterior el hecho de que el bien desafectado figurase ya inscrito, bastando recordar a este respecto el artículo 303 del Reglamento Hipotecario, el 16 y el 30 del mismo texto legal, una Ley de 1941 sobre limitación e inscripción de riberas de ríos, el Decreto de 11 de mayo de 1968 para la ordenación y urbanización de la avenida de la Paz en Madrid y la propia Ley del Patrimonio del Estado, en sus artículos 42 y 85; que, por tanto, aunque conste ya inscrito un bien demanial afecto a un servicio público, la desafección deberá hacerse constar en el Registro, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario, por medio de una nueva inscripción, que publicará la transformación jurídica realizada y enlazará con el anterior asiento, y que, finalmente, incluso cuando un bien de dominio público cambie de dependencia por razón de reorganización administrativa o cualquier otra causa, el artículo 18 párrafo tercero, del Reglamento Hipotecario establece imperativamente la inscripción si se quiere hacer constar la transmisión o cambio de titularidad en el Registro.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

Apelado el Auto del Presidente de la Audiencia por el Delegado de Hacienda recurrente, la Dirección General (1) acuerda confirmar el Auto

(1) *Vistos*: Los artículos: 5, 6, 16, 17, 18 y 47 del Reglamento Hipotecario; la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y su Reglamento de 5 de noviembre del mismo año.

apelado y el defecto cuarto de la nota del Registrador, único sometido a debate, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General.—Desafectadas parte de las fincas destinadas a servicio público y que ahora van a tener el carácter de patrimoniales, se plantea la cuestión de si la forma de hacer constar en el Registro esta nueva situación ha de ser mediante una nota al margen de las primitivas inscripciones de los inmuebles o bien si habrá de procederse a segregar cada una de las fincas desafectadas, que se inscribirán como nuevas e independientes mediante la apertura del correspondiente folio registral.

El recurrente funda su petición en la circunstancia de que, pese a que con arreglo al artículo 5.º, primero, del Reglamento Hipotecario, estaban exceptuados de inscripción a favor del Estado los dos inmuebles, dado su destino de servicio público, es lo cierto que ambos tuvieron acceso al Registro, ya que figuraban inscritos a su nombre, por lo cual la desafectación realizada y el cambio de naturaleza operada deben hacerse constar solamente a través de una nota marginal, como el mismo Reglamento en el artículo 6.º, segundo, establece para el cambio de propiedad privada en pública, y sin que sea de aplicación el párrafo primero del mismo artículo, que presupone que los bienes de dominio público no estaban inscritos.

Frente a esta posición, el artículo 18 del Reglamento Hipotecario —al que se remite el artículo 43 de la Ley del Patrimonio del Estado— establece que los cambios de adscripción de los bienes estatales a distinto Ministerio o a otro Organismo o servicio dentro del mismo podrán hacerse constar mediante la inscripción correspondiente, y si éste es el asiento adecuado cuando se trata de una alteración dentro de una misma clase de bienes—los patrimoniales—, con mayor razón habrá de aplicarse idéntico criterio si se realiza una operación de mayor envergadura que supone además un cambio en su naturaleza, como es la desafectación de los de dominio público, aunque éstos excepcionalmente se encontrasen ya inscritos.

En el presente caso es de advertir además la aplicación del principio de especialidad, que aparece centrado sobre el elemento finca, la cual ha de quedar claramente determinada, por ser la base de todo el sistema inmobiliario, y por eso, al haberse desafectado en cada uno de los inmuebles una parte de los mismos, que van a tener distinta naturaleza que el resto, se hace necesario practicar las segregaciones correspondientes a fin de que estas porciones figuren como fincas nuevas e independientes, tal como establece el artículo 47 del Reglamento.

Comentario.—a) *La Nota marginal.* Cuando los autores de derecho hipotecario se enfrentan con el concepto del asiento de nota marginal adoptan una de estas dos posturas:

— *Estimar imposible dar una definición propiamente dicha (esencial) y suficientemente comprensiva de esta clase de asientos.* Así LACRUZ-SANCHO REBULLIDA (2) que no intentan una tipificación de sus caracteres generales más allá del lugar de los libros donde se extienden, su sencillez y su relación con otro asiento. En cambio, aventuran una nota diferencial importante respecto de los restantes asientos: estar sometidas al numerus clausus.

— *Dar una definición descriptiva de sus caracteres y fines como hace ROCA SASTRE (3).* Sin desconocer el gran valor didáctico de la defi-

(2) LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario registral*, 1968, pág. 282.

(3) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 1968, III, pág. 156.

nición y clasificación de ROCA, creemos conveniente prevenir contra los peligros de conceder a su exposición otro valor distinto. Solamente la estadística podría probar que las notas marginales sean, en general, accesorias, definitivas y de contenido positivo. Por otra parte, el deslinde entre las propiamente dichas o de modificación jurídica y las que llama sucedáneas se mueve peligrosamente entre lo imposible y lo caprichoso. El caso de nuestro recurso lo demuestra. La nota marginal del artículo 6 del Reglamento no sabemos si tiene contenido positivo o negativo, y tampoco si es sucedánea o de modificación jurídica.

Con ser, en principio exacta la afirmación de LACRUZ, de que hay un numerus clausus de notas marginales, tampoco debe llevarse a sus últimas consecuencias. Harán bien los Registradores, ante un supuesto imprevisto en la Ley y reglamento, elegir prudentemente entre utilizar la nota marginal por analogía con supuesto similar previsto o recurrir a otro asiento principal amparándose en el criterio de numerus clausus. Pero no era necesario esta prudente elección en el caso planteado, en el cual la nota marginal era claramente improcedente.

Aunque la desafectación hubiese sido total y sin necesidad, por tanto, de ninguna operación registral de segregación, también el asiento procedente hubiese sido el de inscripción.

El Reglamento Hipotecario contempla el supuesto de cambio de naturaleza de las fincas por pasar del dominio público al privado en el párrafo 1.º del artículo 6, que era el párrafo único del mismo artículo en el Reglamento de 1915. Los Reglamentos de 1915 y de 1947 decían: "Si algunos de los bienes comprendidos en el artículo anterior (de dominio público), o una de sus partes cambian de destino adquiriendo el carácter de propiedad privada se llevará a efecto su inscripción con arreglo a los artículos 15 y siguientes de este Reglamento".

El texto comprendía, e imponía la inscripción, tanto para el caso de que la inscripción con carácter de propiedad privada fuese primera como para el caso de que fuese segunda o posterior por estar inscrita la finca con carácter de dominio público. No podía desconocer el Reglamento la gran cantidad de fincas de dominio público, de uso o servicio público estatal y municipal que figuraban inscritas en el Registro. Y la solución del Reglamento de 1947 no podía ser más clara: inscripción para el cambio de dominio público (inscrito o no) en dominio privado y nota marginal para el cambio de dominio privado en público.

La reforma de 1959 sustituyó las palabras "adquiriendo el carácter de propiedad privada" por las palabras: "y adquieran el carácter de inscribible". Pero este cambio de palabras no tiene ninguna consecuencia en orden al asiento a practicar en cada caso y ni siquiera parte de que ninguna finca de dominio público está inscrita, pues la verdadera intención del cambio de palabras era ampliar el precepto a los casos en que la finca pasase a otra categoría de dominio público no exceptuada (mejor dicho, no dispensada), de la registración porque ya se comenzaba a comprender que el artículo 5.º se había excedido y que importantes categorías del "demanio" en sentido amplio debían ser inscribibles e inscritas.

El fundamento de hacerse constar por nota marginal el cambio de naturaleza consistente en pasar la finca del dominio privado al dominio público se encuentra en parte, en el matiz desinscribitorio que la operación registral implica; pero acaso también en el deseo de que la finca no quede totalmente desinmatriculada. La nota marginal es el asiento más idóneo para indicar que la finca continúa allí, inmatriculada, reflejada en índices y hasta inscrita a favor del Estado o del Municipio, si bien afecta al dominio público como en forma breve pero suficiente la nota marginal hace constar. Esta pone extra commercium la finca, pero no la desinmatricula.

Cuando la operación registral pretende lo contrario, o sea, introducir la finca en el comercio jurídico, en el tráfico inmobiliario, la inscripción es el asiento idóneo, coincida o no con la inmatriculación de la finca. Incluso cuando la inscripción, no haya de ser primera, por estar inmatriculada la finca como adscrita al uso o al servicio público, el asiento apto para reflejar su ingreso en el tráfico jurídico nunca podrá ser la nota marginal porque transportada entonces la titularidad a la nota deberían ser notas marginales, de ella derivadas, todos los asientos posteriores de la finca.

En el caso que nos ocupa existía otra razón de peso para que el asiento fuera inscripción. Al tener que formarse una finca nueva por segregación resulta sencillamente absurdo pretender la apertura de nuevo folio sin practicar una inscripción primera de segregación y desafectación del dominio público. Pero insistimos en que aunque esta circunstancia no se diera, la nota marginal tampoco sería procedente.

La calificación tampoco sería distinta aunque se estimase que la inscripción como bien de servicio público nunca debió hacerse. Esto fue cuestión a resolver en su momento y totalmente intrascendente ahora.

No obstante de las consideraciones que siguen podemos deducir que las inscripciones antiguas de las fincas objeto de recurso no eran necesariamente incorrectas.

b) Inscripción de bienes del Estado.—No procede entrar aquí en el escabroso tema de la inscripción del dominio público. Pero si queremos dejar sentada nuestra opinión de que en el momento presente es no sólo inexplicable, sino antilegal la posición de aquellos Registradores que tienden al criterio restrictivo en materia de bienes del Estado susceptibles de inscripción, aferrándose a la más restrictiva interpretación del artículo 5 del Reglamento.

Hacemos nuestras aquí las opiniones de MARTÍNEZ DE BEDOYA en su recensión a la obra de MENDOZA OLIVÁN sobre el Deslinde de los bienes de la Administración, opiniones que ya anteriormente había expuesto a raíz de la última reforma del Reglamento hipotecario (4). MARTÍNEZ DE BEDOYA, siguiendo la doctrina administrativa más autorizada, no sólo considera inactual el artículo 5.º del Reglamento hipotecario (además de haber sido siempre un precepto de formulación desafortunada) sino que cree que ante el cambiante concepto del dominio público (sustitución del concepto unitario por la "escala de la demanialidad") los Registradores tienen obligación de inscribir los bienes de dominio público cuya documentación se presente a despacho.

Para mí, esto no debe ser una opinión doctrinal, sino una consecuencia de que la Ley de Patrimonio del Estado es norma de rango superior y posterior al desafortunado artículo 5 del Reglamento Hipotecario.

La Ley del Patrimonio del Estado no se limita a los bienes patrimoniales del Estado. Muchos de sus preceptos hacen relación a los bienes de dominio público y concretamente el artículo primero, al intentar el deslinde entre los bienes patrimoniales del Estado y el "demanio", es norma que desborda al ámbito de los bienes patrimoniales. Igual ocurre en el artículo 6, dedicado al inventario general de bienes y derechos del Estado y con el 42 y siguientes, dedicados a su inscripción.

La Ley ha separado dos cosas diversas: Por un lado, ha deslindado los bienes patrimoniales de los de dominio público en el artículo 1.º, aunque el tono de este artículo demuestra cierto temor de que este

(4) IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA, en esta REVISTA, 1959, págs 366-371 y 1969, enero-febrero, págs. 251-256.

deslinde sea, en el fondo, imposible. Por otro lado, ha establecido en el artículo 6.º un *Inventario General de bienes y derechos del Estado* en el que se incluirán tanto los patrimoniales como los demaniales. Pues bien, la lectura imparcial del artículo 42 nos lleva a la conclusión de que el precepto quiere que el Ministerio de Hacienda procure la inscripción en los correspondientes Registros públicos, a nombre del Estado, de todos los bienes y derechos de éste, que sean susceptibles de inscripción. La expresión de bienes y derechos del Estado del artículo 42 es completamente coincidente con la frase del artículo 6, dedicada a determinar los bienes del Estado inventariables. Es decir, que conforme a la *Ley de Patrimonio del Estado*, el Ministerio de Hacienda procurará la inscripción en los Registros públicos, de todos los bienes y derechos de su *Inventario general* (tanto patrimoniales como demaniales).

La *Ley de Patrimonio del Estado* no quiso entrar en el detalle de cuáles categorías del "demanio" necesitan imprescindiblemente la publicidad registral, en cuáles otras, ésta es simplemente conveniente y en cuáles resulta inadecuada. Prefirió dejar pendiente la cuestión, pero dejó, en mi opinión, tan claro que el ámbito de los bienes inscribibles en los Registros públicos era coincidente con el de los bienes inventariables conforme al artículo 6, y no coincidente con el estricto e impreciso concepto de los patrimoniales del Estado, que resulta incomprensible que, dentro del Cuerpo de Registradores, quepa otra postura distinta de la que MARTÍNEZ DE BEDOYA, cuando administrativistas y funcionarios de la Administración están cada día más convencidos de que el Registro de la Propiedad es el mejor instrumento de conservación por el Estado del dominio de sus bienes (patrimoniales o demaniales). Parece ser que cuando alguna norma jurídica realza y dignifica el Registro de la Propiedad, son los Registradores los que la desconocen. Ellos no ven más que su Reglamento, Hipotecario.

Bien sé, cuanto se apartan estas opiniones de la dominante entre los tratadistas de Derecho hipotecario. Así, ROCA SASTRE, de lo dispuesto en el artículo 2.º, número 6.º de la Ley, y artículos 4.º, 5.º y 6.º, del Reglamento, pero con la vista puesta en los números 1.º y 2.º del artículo 1.º de la Ley de patrimonio del Estado, saca la consecuencia de que sólomente son inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios que integran el patrimonio del Estado; limitando éste a los bienes patrimoniales (5).

Para llegar a esta conclusión, no parte del contexto lógico-literal de la Ley de Patrimonio del Estado, sino de una serie de autorizadísimos tópicos, cuya vigencia actual es precisamente lo que ponemos en discusión (6). Estos autorizados tópicos son: que la distinción entre bienes patrimoniales y demaniales es fundamental y radical, que el Estado no tiene en los demaniales un derecho de propiedad, sino una facultad de salvaguarda o gestión que ejerce por imperium y no por dominium, que estando excluidos del tráfico jurídico no necesitan de la protección que el Registro brinda. Tratando de reforzar todo esto con la historia, menciona la distinción romana entre res, publico usui destinatae y res in patrimonii fisci; una disposición del Parlamento de Burdeos de 1866, donde late toda la doctrina francesa del domaine public y termina con una cita de BIONDI. Pero el problema no es tan sencillo: la doctrina romana de las cosas extra commercium y del tipo

(5) ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario*, 1968, III, pág. 683 y II, pág. 637. Aunque en ambos lugares mantiene Roca la postura tradicional sobre el dominio público, encontramos un cierto matiz más actual en el pasaje del tomo II.

(6) No empleamos aquí la palabra tópico en el vulgar y usual sentido peyorativo, sino en el puesto de moda por la obra de VIEHWEG.

específico de las res publicae es bastante complicada; fuera de Francia, nunca ha sido del todo comprendida la teoría de los administrativistas franceses de fin de siglo, y la cita de BIONDI nos parece imprecisa, pues precisamente se opone a los tópicos tradicionales, al decir que la historia de los bienes demaniales demuestra cómo su noción sigue el concepto de pertenencia: primeramente al populus, después al soberano, más tarde a la nación y, últimamente, al Estado. En esta última fase, pues, la distinción entre patrimoniales y demaniales, por razón del titular, tiende a desaparecer. No por otra cosa, la Ley de Patrimonio del Estado pretende la inclusión de los demaniales en su Inventario general (art. 6) y ordena la inscripción de todos los bienes y derechos del Estado en cuanto sean susceptibles de ella (art. 42).

Naturalmente, grandes zonas del demanio serán de difícil inclusión en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, muchas categorías del dominio público tendrán más dificultades para pasar al Registro de la Propiedad, aun siendo de naturaleza inmueble; pero creemos que en el momento actual no deberá ser alegado el artículo 5 del Reglamento para oponerse a la inscripción, solicitada por la Administración, de un inmueble demanial incluido en el Inventario general (7). El arcaico texto del artículo 5 del Reglamento, incorrecto en origen, creemos que hoy se encuentra al borde de la ilegalidad. La Ley de Patrimonio del Estado ha dejado al buen criterio de la Administración el decidir qué categorías del demanio pueden beneficiarse de las ventajas de la inscripción y cuando su artículo 43 se remite al 18 del Reglamento Hipotecario silenciando el 5, da suficientes muestras de no estar muy conforme con su normativa.

c) Defecto ¿subsancable o insubsancable?—El Delegado de Hacienda recurrente considera el defecto, denunciado por el Registrador como 4.º de su nota, insubsancable en relación con el asiento registral que se pretende. CAMY (8) se pregunta si el peticionario de la actuación registral puede determinar la clase de asiento que deba extender el Registrador y se contesta tácita y negativamente, por considerar aplicable la resolución de 4 de mayo de 1916.

La verdad es que el peticionario de la actuación registral puede determinar la clase de asiento que pretende, y de hecho, esta determinación, más o menos expresa, va contenida en toda solicitud al registrador. Lo que ocurre es que la negativa a verificar la actuación registral a través del asiento específicamente determinado por el solicitante es ni más ni menos que un rechazo de lo pedido similar a cualquier otro de los que se basan en defecto subsancable. Efectivamente, la simple modificación del petitum de acuerdo con el criterio del Registrador subsana el defecto. La insistencia del peticionario en su criterio no hace el defecto insubsancable, sino que tiene que derivar necesariamente en recurso contra la apreciación de un defecto subsancable (9).

(7) Y si se pretende conservar la titularidad de la nación sobre el demanio frente a la estatal sobre el Patrimonio, tampoco se encuentra mejor medio que la inscripción de aquél en el Registro.

(8) BUENAVENTURA CAMY, Comentario a esta misma resolución, en «Revista de Derecho Privado», abril 1970, pág. 415.

(9) Es interesante recordar aquí el caso resuelto por la resolución de 24 de noviembre de 1964. Cinco hermanos vendieron al Ayuntamiento de Córdoba diversas parcelas afectadas por un plan de urbanización por precio único global, estipulándose que el contrato quedaría resuelto en el caso de que se destinaran las parcelas adquiridas a finalidad distinta de zona verde, y solicitándose del Registrador la nota marginal del artículo 6 del Reglamento Hipotecario. El Registrador, en vez de la nota marginal pedida, toma anotación preventiva por

Y creo preferible la aplicación por analogía del artículo 434, apartado tercero del Reglamento Hipotecario, para recabar la conformidad con el asiento procedente, antes de calificar definitivamente la petición como defectuosa, que practicar in continenti la operación registral contra lo pedido con lo que se deja cerrada la posibilidad de recurrir salvo admitir la indeseable figura de recurso gubernativo contra una calificación favorable en lo fundamental.

T. C. G.

12. LIQUIDACIÓN DE HERENCIA.—LA PRESENCIA DEL CÓNYUGE, VIUDO, ES SIEMPRE NECESARIA EN LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN DE UNA HERENCIA, Y ELLO TANTO SI SE TRATA DEL SUPUESTO DE EXISTENCIA DE PLURALIDAD DE HEREDEROS, COMO EN EL CASO DE HEREDERO ÚNICO, BIEN PORQUE ÉSTE LO SEA DESDE EL PRIMER MOMENTO, BIEN POR HABER REUNIDO POR CESIÓN LA TOTALIDAD DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS.

Resolución de 6 de febrero de 1970 («B. O.» de 27 de febrero).

A) *Antecedentes de hecho.*—Don Antonio Porras Cabrera, hijo de doña María Cabrera Porriño, y casado con doña Josefa Carrión Sevillano, falleció en Almargen (Málaga), el 13 de marzo de 1958, bajo testamento otorgado el 14 de diciembre de 1957 ante el entonces Notario de Campillos, don José Luis Durán Gutiérrez, en el que, tras declarar que carecía de descendientes instituyó heredera a su madre, en la mitad de su herencia, a su esposa en el usufructo de la otra mitad, y a su hermano don Manuel Porras Cabrera, en la nuda propiedad de esta última mitad, y que en escritura de manifestación de herencia y

el defecto subsanable de no distribuirse el precio entre las fincas conforme al artículo 11 de la Ley.

La Dirección da la razón al Registrador en las dos cuestiones: en cuanto a la distribución del precio entre las fincas porque aunque entre la cláusula pactada y la condición resolutoria del artículo 11 de la Ley existen notables diferencias, dado que la resolución pactada podría afectar parcialmente a las parcelas transmitidas, parece conveniente esa distribución para prevenir una posible situación futura, facilitar la operación y dar a los asientos una mayor claridad. En cuanto al asiento procedente se inclina por el asiento de inscripción y no solamente en razón a la condición resolutoria a la que las fincas quedaban afectas en el caso, sino, al parecer, con un sentido más general, al decir que si como consecuencia de hechos posteriores los bienes de dominio y uso público pasan de nuevo a la categoría de inmuebles inscribibles por cambiar de naturaleza y transformarse en otros de servicio público, de propios, o incluso de propiedad privada, como en el caso, «volverían de nuevo a tener acceso al Registro y aunque esta materia no aparece regulada con la precisión que debiera, la aplicación de principios registrales tan esenciales como el de especialidad y tracto sucesivo aconsejan que más que una inmatriculación del inmueble se practique el asiento de inscripción en la misma hoja ya abierta...».

cesión de fecha 16 de diciembre de 1968, ante el Notario recurrente, don Eduardo Menéndez-Valdés Golpe, doña María Josefa Cabrera Porriño y don Manuel Porras Cabrera, después de describir los bienes relictos, otorgaron: I. Doña María Josefa Cabrera Porriño cede al otro compareciente la mitad que le pertenece en pleno dominio en la herencia aludida, en el precio de 150.000 pesetas, que la vendedora confiesa haber recibido del adquirente; y II. En virtud de la procedente cesión, don Manuel Porras Cabrera queda como único titular, en propiedad, de los bienes descritos; sin perjuicio del usufructo de la viuda del causante, a cuya efectividad quedan afectos los bienes descritos, en los términos del artículo 839 del Código civil. Presentada en el Registro primera copia del anterior instrumento, fue calificado con la siguiente nota: "No admitida la inscripción del presente documento por haberse otorgado sin la intervención del cónyuge viudo del causante; teniendo tal defecto carácter insubsanable, se deniega la inscripción en la forma solicitada a favor de don Manuel Porras Cabrera, sin que proceda la práctica de anotación preventiva". Interpuesto recurso gubernativo por el Notario autorizante contra la anterior calificación, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador. Alzado el Notario recurrente de la decisión presidencial, la Dirección confirma el auto apeado de 14 de marzo de 1903, 30 de abril de 1906 y 12 de junio de 1930;

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros*.—Vistos los artículos 807, 834 y 1.059 del Código civil, 14 de la Ley Hipotecaria y 83 del Reglamento para su ejecución, y las resoluciones de este Centro de 14 de marzo de 1903, 30 de abril de 1906 y 12 de junio de 1930.

Considerando que la cuestión debatida en este expediente exige determinar si puede inscribirse una escritura calificada de "manifestación de herencia y cesión" por la que uno de los herederos cede al otro la mitad que le pertenece en pleno dominio en la herencia, que de esta forma queda como único titular en propiedad de los bienes descritos, y en la que no ha tenido intervención la viuda del causante que aparece instituida en el testamento de éste como heredera en la mitad del usufructo, si bien a la efectividad del mismo se dejan afectados todos los bienes en los términos del artículo 839 del Código civil.

Considerando que la presencia del cónyuge viudo es siempre necesaria en las operaciones de liquidación de una herencia, y ello tanto si se trata del supuesto de existencia de pluralidad de herederos, como en el caso de heredero único, bien porque éste lo sea desde el primer momento, bien por haber reunido por cesión la totalidad de las cuotas hereditarias, pues la naturaleza especial de la legítima viudal y el carácter de heredero forzoso que al viudo reconoce el artículo 807, tercero del Código civil, impone que se dé cumplimiento al principio de unanimidad en la partición, sancionado en el artículo 1.059 del mismo Cuerpo legal.

Considerando que esta doctrina ha sido reiteradamente declarada por este Centro, entre otras en la resolución de 14 de marzo de 1903, que confirmó la no inscripción de una escritura en la que no intervenía el viudo ni se la adjudicaba su cuota usufructuaria, o la de 12 de junio de 1930 en donde se expone que por grande que sea la tolerancia con que se proceda corrientemente en esta materia, no puede autorizarse como práctica correcta el que no sólo deje de declararse el derecho de la viuda a la cuota usufructuaria legal, sino que se realice la partición en que ella aparece interesada, sin su concurso ni representación.

Considerando que dado que no se trata de dar entrada en el Registro al derecho hereditario en abstracto, en cuyo caso el asiento pertinente sería, de acuerdo con el artículo 42, sexto de la Ley Hipotecaria, la ano-

tación correspondiente, sino que se ha pretendido inscribir la adjudicación de los bienes concretos procedentes de la herencia del causante, el criterio adoptado en la escritura mediante el que se trata de salvaguardar el derecho del cónyuge viudo, a través de una afectación general sobre todos los bienes hereditarios, provocaría—de aceptarse—una indeterminación en las inscripciones del otro heredero, que es incompatible con las bases de nuestro sistema legal hipotecario, en donde ha de imperar siempre la claridad y seguridad de los asientos registrales, para la salvaguardia de los terceros y demás personas interesadas

C) Comentario.—*Dos distintas posiciones, se mantienen en el presente recurso, respecto a la interpretación de la escritura pública denominada de "manifestación de herencia y cesión". La de si la misma envuelve una simple cesión de derechos hereditarios—criterio del Notario autorizante—, o de si se trata de una verdadera operación particional—calificación del Registrador—. No es preciso insistir acerca de que la adopción de uno u otro criterio dará lugar a supuestos totalmente distintos dotados de diferentes repercusiones civiles y registrales.*

Así, la simple cesión del derecho hereditario—recogida entre otros por los arts. 1.067 y 1.000 del Código civil—puede efectuarse libremente por cualquier heredero antes de la formalización de la partición, y su cauce de entrada en el Registro solo puede tener lugar por el procedimiento de la anotación de los artículos 42 y 46 de la Ley. En cambio, la partición—arts. 1.058 y sigs. C. c.—exige el concurso de todos los herederos entre los cuales habrá de incluirse al cónyuge viudo. Esta "unanimidad" en su otorgamiento, se debe a la especial naturaleza jurídica de la operación particional que transforma el derecho en abstracto que corresponde a los herederos sobre todo el patrimonio hereditario, en titularidades concretas que pasan a ostentar cada uno de aquellos sobre los bienes ciertos y determinados que les fueren adjudicados. De ahí, que su reflejo en el Registro se produzca a través de la preceptiva inscripción recogida por el artículo 14 de la Ley y 83 y concordantes del Reglamento.

Dadas estas diferencias entre cesión y partición, el problema—como queda indicado—, se plantea en interpretar lo realmente querido por la referida escritura pública de manifestación de herencia y cesión; problema simple, ya que en ningún momento se ha pretendido la anotación preventiva del derecho hereditario objeto de cesión, sino la inscripción de todos los bienes de la herencia en favor de un solo heredero si bien dejando a salvo los derechos del cónyuge viudo mediante el juego de una afectación general sobre aquellos. Es decir, que el contenido del negocio es el de una verdadera partición en la que se ha incumplido el principio de la unanimidad.

Tampoco puede servir de base para la validez y eficacia de dicha escritura pública, el hecho de que no se cause perjuicio al cónyuge viudo, pues si bien—como ocurre en el presente caso—por estar el cónyuge instituido en usufructo, parezca lógico en principio que el propietario en pleno dominio de la mitad de los bienes y el nudo propietario de la mitad restante puedan sin concurso de aquel adjudicar los bienes concretos de la herencia, ya que la concreción en la titularidad de los bienes que supone la partición, no afecta al cónyuge viudo que conserva incólumes sus derechos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 405 del Código civil puesto en relación con el 839, apartado 3; esta salida, repetimos, tampoco es admisible ya que iría abiertamente en contra de las bases del sistema legal hipotecario. En el ámbito registral es el principio de especialidad el que por exigir la plena determinación de los derechos inscritos, diferencia con entera claridad el acceso al Registro

del derecho hereditario mediante la anotación y la inscripción de la partición en sus diferentes modalidades, una de las cuales exige, sin lugar a dudas, la intervención de todos los herederos, y ello en atención no sólo a lo dispuesto en los artículos 1.059 y 807 del Código civil, sino también a la finalidad de que por todos los interesados y para conocimiento de terceros, se concreten los bienes que se adjudican en usufructo al cónyuge viudo, pues de otro modo habría de constatarse en los libros del Registro una afección genérica sobre todos los bienes hereditarios que iría en contra del principio aludido.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
RAFAEL IZQUIERDO ASENSIO
Y FRANCISCO CASTRO LUCINI.

II. DERECHOS REALES

RETRACTO DE COMUNEROS. COMPUTO DEL PLAZO. VALOR DE LA CONFESION (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1969).

Resumen de la sentencia—Debe considerarse caducada la acción de retracto si se demuestra que el retrayente tenía conocimiento de la venta en documento privado y de la transmisión real de la propiedad desde hacía más de nueve días antes de su ejercicio. La confesión no supone prueba plena

El caso.—A. F. contra P. M. y otros.

Se vendió la mitad indivisa de un almacén a un extraño en documento privado de fecha, en principio no fehaciente, 23 de marzo de 1959, en el que constaba el precio de 200.000 pesetas. Posteriormente, en agosto de 1965, se formalizó la correspondiente escritura de transmisión de propiedad en la que figuraba como precio la cantidad de 60.000 pesetas. La copropietaria del almacén ejerció acción de retracto contra la adquirente y los vendedores, tomando como fecha de cómputo de plazo y como precio los de la escritura pública. La adquirente alega caducidad de la acción de retracto porque la actora conocía desde el principio la existencia del documento privado, y para el caso de no estimarse la caducidad, solicitaba se tuviera en cuenta el precio que aparecía en dicho documento.

El Juzgado de Primera Instancia de Carlet dio la razón a la retrayente. La Sala 1.ª de la Audiencia Territorial de Valencia, en cambio, estimó las

alegaciones de la adquirente. La retrayente recurre en casación por infracción de ley, estimando infringidos diversos artículos del Código civil: 1.232 (pues dice que la adquirente reconoció en el juicio que la transmisión tuvo lugar por la escritura pública), 1.218, 1.219, 1.432 (prueba del documento público y falta de tradición por el documento privado), 1.227 (falta de fehaciencia del documento privado) y 1.524.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso por los siguientes razonamientos de su considerando segundo:

«Considerando: Que los cuatro primeros motivos, todos al amparo del número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se encaminan a combatir las afirmaciones fácticas de la instancia; en el tercero, por el cauce del error de hecho, tomando como documento auténtico la escritura pública de 24 de agosto de 1965 y en los otros tres por error de derecho en la apreciación de las pruebas, con invocación de los artículos 1.232, en el primer motivo, 1.218, 1.219 y 1.462 en el segundo y 1.524 y 1.227 en el cuarto; y son motivos que han de ser desestimados en su totalidad, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: 1.ª En cuanto al motivo primero, alusivo a la eficacia de la prueba de confesión, en primer lugar, que aunque el artículo 1.232 dice que la confesión hace prueba contra su autor, la confesión no supone prueba plena, pudiendo el juzgador a través del resto de ellas afirmar cosa distinta de lo confesado y en segundo lugar, que dicha confesión prestada por persona letrada, no es absolutamente incompatible, al afirmar la transmisión efectuada cuando se le dio forma de escritura pública al convenio, con el hecho de que la transmisión real fuere hecha a los compradores y disfrutada por ellos la posesión desde 1959, antes de constatar la transmisión bajo fe notarial, que es lo que afirma la instancia, después de estudiar la copiosa prueba que, sobre el particular, se practicó en el pleito. 2.ª En cuanto al motivo segundo alusivo a que los documentos públicos hacen fe en cuanto a tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha, que lo que se afirma en la sentencia, no es que no haya existido transmisión de propiedad, ni que la escritura de 24 de agosto de 1965, fuera otorgada en fecha distinta de la que consigna el fedatario, lo que se afirma en la sentencia es que esa escritura supone la elevación a público de un contrato privado anterior de 23 de marzo de 1959, en virtud del cual se efectuó la transmisión y que su fecha ha de ser punto de partida para el cómputo del plazo para ejercitar el retracto, ya que era perfectamente conocido desde aquella fecha, por la actora. 3.ª Que la escritura de 24 de agosto de 1965 no puede ser documento auténtico para contradecir lo afirmado por la instancia en cuanto a la fecha en que se efectuó la transmisión, pues dicha escritura ha sido tenida en cuenta por la Sala de la Audiencia y, no obstante, tener conocimiento de ella, a través del estudio del resto de la prueba, llega a la convicción de que no fue la de la escritura la fecha de la transmisión real, sino la de formalización de la que se había realizado con anterioridad; afirmación, por otra parte, perfectamente compatible con el texto de aquella escritura. 4.ª Que en el cuarto motivo del recurso se desvía la argumentación por derroteros de fondo sobre el valor probatorio de los documentos privados en cuanto a tercero, sin tener en cuenta que en este caso no puede estimarse como tercero a la parte actora en estos autos, ya que no puede alegar desconocimiento del documento privado, desde el momento que en la sentencia se afirma no sólo que tuvo conocimiento

total y completo' de la transmisión efectuada en la fecha del contrato privado 'así como de todas sus circunstancias', sino que además, desde aquella fecha, reconoció como propietaria a la adquirente, reduciendo a la mitad el recibo de alquiler que antes cobraba en su integridad por cuenta de todos los comuneros: a cuya conclusión pudo llegar y llegó la instancia a través de la legal ponderación del conjunto de las pruebas que le fueron suministradas por las partes.»

Comentario.—Para evitar una generalización abusiva de la doctrina de esta sentencia a otros casos parecidos, pero de matices fundamentales distintos, conviene hacer unas precisiones.

Se trata de la interpretación del párrafo primero del artículo 1524 del Código civil, en la parte que subrayo: «No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal, sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta».

A primera vista parece que al legislador le basta con el conocimiento del contrato obligacional de venta. También a primera vista, parece que la sentencia parte, sin más, del conocimiento de un contrato de venta en documento privado como fecha de cómputo de ejercicio del retracto. En mi opinión no es así y creo que se desprende a segunda vista del artículo 1524 y de la sentencia, que lo que debe tomarse en consideración es la fecha de conocimiento de la transmisión real de la propiedad.

a) Interpretación del artículo 1524 del Código civil. Ciertamente, el artículo 1524 habla de tener «conocimiento de la venta», y «venta», según el mismo Código, supone que «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente» (art. 1.445). Pero el artículo 1524 será mejor interpretado si se relaciona con los artículos concretos del retracto en vez de relacionarlo literalmente con el artículo 1445 que define la compraventa, pues se trata de señalar el cómputo del plazo de la acción de *retracto*. Y entonces lo vamos a relacionar con el artículo 1521 del mismo Código, que dice: «el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que *adquiere* una cosa por compra o dación en pago». De este artículo se desprende que el retracto opera sobre quien ha adquirido ya la cosa, es decir, sobre quien ha *consumado* su compra, no que simplemente la haya *perfeccionado*. Es la idea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así la sentencia de 5 de febrero de 1952 (citada por BOWER en su «Código civil comentado» pág. 1.189), dice: «Es doctrina reiteradamente declarada por la Sala de lo Civil, entre otras sentencias en las de 20 de mayo de 1943 y 8 de julio y 21 de diciembre de 1946, que la acción de retracto, por su carácter real, no nace hasta que el adquirente de la cosa que se quiera retraer, *entre en posesión de la misma por tradición real o simbólica*, pues hasta ese momento en que *se consuma* el contrato de compraventa no se lesiona realmente el derecho de preferencia del retrayente, puesto que lo que se trata de retraer no ha salido aún del dominio del vendedor, aunque puede existir por parte del comprador una acción personal para reclamarlo».

De todo esto se desprende que mal puede empezar un cómputo cuando todavía no ha surgido el derecho. Por tanto, el artículo 1524, rectamente interpretado, alude como cómputo, en defecto de inscripción registral, al momento

en que el retrayente haya tenido conocimiento de la consumación de la venta, o sea, de la transmisión real de la propiedad.

La cuestión ofrece escasas consecuencias prácticas, si se quiere, cuando la venta se ha realizado en escritura pública, pues, en base al artículo 1.462 podría decirse que si se demuestra que se conoce la existencia de una escritura de venta, queda demostrado que se conoce la transmisión real de la propiedad, a menos que el contrato exprese lo contrario. Y ello, por la tradición instrumental.

Pero cuando la venta se ha realizado en documento privado, como es el caso de la sentencia, la tesis mantenida tiene importancia práctica grande, pues no basta para hacer ver la caducidad del retracto, con demostrar que se tenía conocimiento del documento privado de venta desde hacía más de nueve días, sino que habrá que demostrar que se tenía conocimiento de la posesión en concepto de dueño, es decir, de la tradición o modo. Porque una venta en documento privado no lleva consigo la transmisión de la propiedad, siendo necesaria la tradición real o simbólica. Esta demostración puede llegar a ser difícil, pero esa es precisamente una de las desventajas del documento privado, que no supone tradición instrumental, a diferencia de la escritura pública. Otra desventaja distinta es que no lleva consigo fehaciencia, según el artículo 1.227 del Código civil.

Ahora bien, resulta que precisamente en este caso las desventajas citadas han quedado superadas por las pruebas realizadas en el juicio, habiéndose llegado a demostrar que el retrayente tuvo conocimiento de la existencia del documento privado y también de la transmisión real de la propiedad, efectuada por una «traditio brevi manu» (pues el adquirente era arrendatario, cambiando su posesión arrendaticia por una posesión, en cuanto a la mitad *indivisa*, a título de dueño). En menos palabras, el retrayente conocía el título y el modo.

b) Delimitación del caso de esta sentencia. La sentencia se encuentra en la misma línea de interpretación del artículo 1.524. Para demostrar esto, basta transcribir la parte final del Considerando segundo, cuando dice: «no puede alegar desconocimiento del documento privado, desde el momento en que en la sentencia se afirma no sólo que tuvo 'conocimiento total y completo' de la transmisión efectuada en la fecha del contrato privado, 'así como de todas sus circunstancias', sino que además, desde aquella fecha, *reconoció como propietaria a la adquirente* reduciendo a la mitad el recibo de alquiler que antes cobraba en su integridad por cuenta de todos los comuneros...».

Sirva esto, caso de ser convincente, para evitar en futuros casos, ampliaciones de los «obiter dicta» de esta sentencia.

J. M. G. G

III. CONTRATOS

ARBITRAJE. INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. Cuesta Alfonso c. Acha Ormaechéa (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1968).

Alegando la cláusula del contrato por cuyo incumplimiento se le demandaba y según la cual «las dudas, diferencias y discrepancias que puedan surgir con motivo del contrato serán resueltas por medio de arbitraje de equidad», el demandado opuso la excepción de incompetencia de jurisdicción (art. 533-1.ª de la L. E. C.), la cuál fue desestimada. Condenado en ambas instancias dicho demandado, interpone recurso de casación denunciando en el motivo 1.º al amparo del núm. 6.º del artículo 1.692 L. E. C. exceso de jurisdicción con infracción de los artículos 9.º, 10, 11 y 19 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado. El Tribunal Supremo desestima el motivo manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que la cuestión que presenta a la casación el motivo primero, al amparo del número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el de exceso en el ejercicio de la jurisdicción alegando que, pactado en la cláusula 7.ª del contrato de 30 de octubre de 1961, que rige las relaciones entre las partes, «que las dudas, diferencias o discrepancias que pudieran surgir con motivo del contrato, serían resueltas por medio de arbitraje de equidad», se había entablado directamente la acción judicial; cuestión que había sido objeto, de una excepción dilatoria propuesta por el demandado al contestar a la demanda y desestimada por la instancia, o sea, versa el motivo sobre si debieron haberse tenido en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 9.º y 11 de la Ley de Arbitraje encaminados a obligar al cumplimiento del contrato preeliminar, antes de recurrir a los Tribunales de Justicia, cuestión que ha de resolverse en forma negativa, ya que la vía judicial estará sólo impedida, según el artículo 19 de la Ley de Arbitraje cuando se haya otorgado la escritura de compromiso y en este caso, ni dicha escritura se había voluntariamente otorgado, ni se había hecho uso, por el demandado de la facultad que le otorga el artículo 9.º de la misma acudiendo al Juez para pedir la formalización judicial del compromiso, antes de ser emplazado para contestar a la demanda.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: PRESCRIPCION DE LA ACCION. DERECHO FORAL DE NAVARRA. Mare Nostrum, S. A. y otros contra Mutua Nacional del Automóvil y otros (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1968).

En accidentes de tráfico ocurridos en Navarra el 3 de enero de 1965, se produjeron determinados daños por lo que, sobreseído el sumario por fallecimiento del presunto causante por auto de 23 de iguales mes y año, se interpuso el 22 de enero de 1966, demanda solicitando diversas indemnizaciones, la cual fue admitida por el Juzgado el 25 siguiente, siendo citados o emplazados los demandados el 8 de febrero de 1966. Estimada la demanda en ambas ins-

tancias se interpuso por la parte demandada recurso de casación, alegando en el motivo 1.º, que el Tribunal Supremo estima por lo que prescinde del examen de los demás, la infracción por interpretación errónea de la ley 9.ª, título 37, libro 2.º de la Novísima Recopilación de Navarra, así como por el mismo concepto la ley 3, párrafo 3 del título 39 del libro 7.º del Código de Justiniano y la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 31 de octubre de 1953, y 30 de septiembre de 1955, resultando infringido por inaplicación el artículo 1.968 del Código civil, todo ello por entender que cuando se produjo la citación de los demandados había transcurrido un año a partir de la fecha en que los actores pudieron ejercitar sus acciones, ya que conforme a los preceptos citados la prescripción se interrumpe en el Derecho Foral de Navarra no por la presentación de la demanda simplemente, sino por su notificación al demandado, a diferencia de lo que establece el Código civil en su artículo 1.973.

Considerando: Que... en orden a este motivo debe partirse de que en Navarra, de acuerdo con lo sostenido al respecto por la parte recurrente, y conforme a reiterada doctrina de esta Sala, rige como supletorio de primer grado el Derecho romano, con prioridad al Código civil, así como también sucedía en Cataluña—región en la que asimismo era de aplicar preferentemente el Derecho canónico—, desprendiéndose esa preferencia de normas del artículo 12 de nuestro Código civil; y visto lo dispuesto en la legislación aplicable, para que operen, en general, los efectos interruptivos de la prescripción, es necesaria la citación, notificación o enteramiento de la reclamación judicial, advirtiéndose que, cual sostiene algún eminente tratadista las notificaciones, citaciones y emplazamientos suelen comprenderse bajo la genérica de *notificación*, tomada esta palabra en sentido lato, pues aunque cada una de esas palabras tenga en el foro su significación propia y especial, todas tienen por objeto hacer saber las resoluciones o mandatos judiciales, y, en el caso examinado, el enteramiento es para conocer que la reclamación ha tomado estado judicial previa demanda o *instancia*, doctrina que no es de aplicar en el derecho común en que basta la interposición de la demanda, pues tal requisito no surge del artículo 1.973 del Código civil.

Considerando: Que en la sentencia recurrida, o sea, la dictada por la Audiencia, se aceptan y dan por reproducidos los considerandos de la apelada, en lo esencial, y en cuanto a la cuestión relativa a la prescripción, el fundamento segundo de la resolución impugnada, se refiere a la sentencia de primer grado con las frases «como más detalladamente expone, etc.»; más, en el fundamento cuarto de la sentencia de primera instancia se sostiene como argumento capital, con referencia a la aplicación a Navarra de las normas del Derecho romano y de su Novísima Recopilación, que ésta «no han de tener otro alcance que la imposibilidad de interrumpir la prescripción por vía de reclamación extrajudicial», citando en apoyo de esta teoría la sentencia de 15 de diciembre de 1922, dictada en un caso de aplicación de Derecho foral catalán, pero, aún admitiendo el paralelismo, por ser en ambas legislaciones forales aplicable como supletorio el Derecho romano, la mentada sentencia de esta Sala en la cual se contempla el «Usatge Omnes Causas» y la ley 2.ª, título XI, libro VII del Código de Justiniano, no dice lo que en la ahora recurrida viene a sostenerse sino que «no reviste eficacia jurídica para interrumpir la prescripción en toda clase de acciones el mero requerimiento extrajudicial a que se refiere el artículo 1.973 del Código civil», lo que obedece a que en el caso resuelto por la mentada sentencia de 15 de diciembre de 1922, en la dictada

en segunda instancia, revocando la de primera, se había absuelto a los demandados, y los recurrentes argüían entre otras cosas, que la prescripción aplicada por la Sala sentenciadora se había interrumpido por medio de un requerimiento notarial, siendo ésta la cuestión a que se refería la expresada sentencia de este Tribunal, sin que su doctrina, en concreto, sea aplicable al caso presente, aunque sí *descarta la aplicación del artículo 1.963 del Código civil*, como así ocurre en las dos sentencias primeramente citadas.

Considerando: Que, en consecuencia, los razonamientos que preceden, concuerdan, sustancialmente, con los argumentos que se desarrollan por la parte recurrente en el motivo primero, y, por ende, el Tribunal a que, ha incurrido en las infracciones que en dicho motivo se denuncian, siendo de aplicar el artículo 1.968, número 2.º del referido Código por estimarse transcurrido el plazo prescriptivo señalado por la Ley.

SIMULACION: DONACION DE INMUEBLES. Amat García c. Pignatelli Carrasco y Meca Sastre (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1968).

En la demanda se pedía sentencia declarando inexistente un contrato de compraventa por simulación absoluta. Los demandados opusieron que había existido una propia y verdadera compraventa o, alternativamente, que se trataba de una simulación relativa que encubría como negocio subyacente una donación remuneratoria. Desestimada la demanda en primera instancia fue estimada en apelación por lo que los demandados interpusieron recurso de casación alegando en un único motivo la infracción por interpretación errónea del artículo 1.276 del Código civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que como con reiteración ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, para que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.276 del Código civil, sean válidos y eficaces los negocios jurídicos encubiertos bajo la apariencia de otro simulado, es preciso que, por quien pretenda ejercitar en juicio las acciones de ellos derivadas, se acredite cumplidamente que los mismos se apoyan en una causa verdadera y lícita que se hallan revestidos de cuantos requisitos se exigen para la contratación en general y para la modalidad de que se trate en particular y que se han cumplido respecto a ellos las formalidades que la Ley prescribe, los cuales, cuando la obligación subyacente consista en una donación pura y simple de bienes inmuebles, serán las de su constancia en escritura pública con expresión de los demás datos que el artículo 633 de dicho Cuerpo legal señala, de lo que se infiere que para obtener la casación de una sentencia en la que se haya anulado por inexistencia de precio un contrato de compraventa, tras el que se pretende hacer valer un acto de liberalidad de los antes indicados, será menester, no sólo demostrar la infracción que el Tribunal *a quo* haya podido cometer respecto al mencionado artículo 1.276 sino también la que se le atribuya con relación al 633 regulador del caso concreto controvertido y como ello no ha sucedido en el supuesto aquí contemplado en el que el recurrente denunció tan sólo la interpretación errónea del primero de dichos preceptos y jurisprudencia que al efecto cita, de ahí que sus pretensiones carezcan de fundamento jurídico adecuado y que el único motivo del presente recurso, formulado al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil no pueda prosperar

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: PRESCRIPCION, Domínguez Zuazo c. Oyón Oyón (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1969).

Viajando el actor en un camión propiedad del demandado sufrió un accidente del que quedó con absoluta inutilidad, condenándose en la vía penal al conductor declarado insolvente y con reserva de las acciones relativas a la responsabilidad civil por no haber sido parte en la causa el responsable civil subsidiario. Presentada la demanda solicitando el pago de una indemnización sin acompañar certificación de haberse celebrado el acto de conciliación, lo cual se subsanó posteriormente, el demandado alegó que dicha presentación no interrumpió el plazo de prescripción y que cuando se acompañó la certificación aludida ya había transcurrido tal plazo. Condenado el demandado en ambas instancias, interpuso recurso de casación que el Tribunal Supremo desestima diciendo:

Considerando: Que contra esta desestimación se interpone el presente recurso, que, en su motivo primero, por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación por inaplicación del párrafo 2.º del artículo 1.968 del Código civil, porque como a la demanda no se acompañó certificación del acto conciliatorio, no puede aquélla interrumpir el plazo prescriptivo hasta la subsanación del defecto y cuando se subsanó ya estaba prescrita la acción, pero al razonar así el recurrente no tiene en cuenta: 1.º Que el artículo 1.973 del Código civil ordena que la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, y la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que para que se produzca dicho efecto basta la presentación de la demanda, formulada con los requisitos legales, y su admisión, y como de la redacción del número 6.º del artículo 533 sólo hay defecto legal en el modo de proponer la demanda cuando no se llenan los requisitos a que se refiere el artículo 524, ambos de la Ley Procesal, al no estar incluido en ellos la celebración del acto conciliatorio, la falta de éste no convierte a la demanda en ineficaz. 2.º Que cuando el Juez, con infracción del artículo 462, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, admite a trámite demanda a la que no se acompaña certificación del acto nulo, y por ello puede subsanar la falta, incluso de oficio, cuando la note, y como el acto conciliatorio es completamente independiente del procedimiento contencioso, son válidas las actuaciones practicadas sin dicho requisito. 3.º Que habiéndose presentado la demanda con todos los requisitos legales, y admitida a trámite, por el juzgador de primera instancia, no cabe duda de que ello produjo la interrupción del plazo prescriptivo, con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Sala, puesto que, a pesar del artículo 533 de la Ley Procesal la omisión de la certificación del acto de conciliación sólo produce los efectos antes señalados, entre ellos la validez de la providencia de admisión. 4.º Que por todo ello, hay que desestimar este motivo, y, además; porque la Sala sentenciadora no ha infringido el precepto que el mismo denuncia, dado que no ha puesto en duda ni se discutió por las partes el plazo de prescripción de la acción ejercitada, y sí sólo su interrupción, que es lo que no se combate con la cita del precepto adecuado.

Considerando: Que el motivo segundo, por igual cauce procesal que el anterior, denuncia la aplicación indebida del artículo 1.903 del Código civil, porque, al no haber sido parte en la causa penal no está obligado a soportar

las consecuencias jurídicas de dicho precepto, pero al razonar así olvida el recurrente que la jurisdicción penal (Sala Segunda de este Tribunal Supremo) le condenó como responsable subsidiario, y a petición suya, por no haber sido parte en la causa, se dejó sin efecto, reservando a los perjudicados las acciones correspondientes para su ejercicio ante la jurisdicción civil accediendo a lo manifestado por el peticionario, por lo que al vincularle tal petición no puede ir ahora contra sus propios actos, y como esta responsabilidad subsidiaria, en vez de resolverla el Tribunal de lo criminal, la reservó para el de lo civil, lo que es perfectamente legal, decae este motivo y con él todo el recurso.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: VALOR PROBATORIO DEL SUMARIO PREVIAMENTE INSTRUIDO. Huertas Núñez c. Tranvías Eléctricos de Granada S. A. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1969).

A consecuencia de un accidente de tráfico con resultado de muerte, se siguió el correspondiente sumario en el que recayó auto de sobreseimiento. La demanda posteriormente interpuesta por los herederos de la víctima solicitando una indemnización fue estimada en ambas instancias por lo que la parte condenada interpuso recurso de casación por infracción de ley al amparo de diversos motivos. Interesa destacar la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo respecto del motivo 2.º en el que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denunciaba la violación por inaplicación de la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1951, 14 de junio de 1947, 20 de marzo de 1965, 23 de diciembre de 1964 y 20 de marzo de 1950, según la cual «carecen de eficacia en juicio civil las pruebas practicadas en las actuaciones sumariales, sin las garantías propias del procedimiento civil por no estar presente la parte ni hacer repreguntas ni alegar tachas», «ni la apreciación de los hechos realizada en la jurisdicción criminal puede vincular a la jurisdicción civil, porque la primera aprecia las pruebas practicadas con arreglo a su conciencia, mientras que la segunda tiene que apreciarlas con sujeción a normas preestablecidas y, por tanto, las valoraciones de aquélla sólo podrán tener alcance y eficacia a los efectos de la jurisdicción penal».

Dice el Tribunal Supremo:

Considerando: Que, en el motivo 2.º, se acusa violación, por inaplicación de la doctrina que se dice mantenida por esta Sala, en torno a la posible validez y eficacia de las actuaciones sumariales, procedentes a la reclamación civil, de los daños producidos por culpa extracontractual; más, para ello, se contraria tal doctrina, extendiéndola a afirmaciones que, exceden de la jurisprudencia sentada, ya que lo que esta Sala ha proclamado y mantenido es que, sólo la relación de hechos, llevada a cabo en las sentencias condenatorias, a la declaración de no haber existido los mismos, en las absolutorias, son vinculantes para el Tribunal de lo civil que, posteriormente, conozca de los mismos, sin negar, en absoluto, el valor que lo actuado en juicio penal, puede merecer a quienes juzgan el pleito civil y, antes bien, reconociendo la conveniencia de sumar en lo posible, lo actuado en las diversas jurisdicciones, ya que, a tenor de lo dispuesto en el número 70 del artículo 596 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, tienen la consideración de documentos públicos y solemnes las ejecutorias y actuaciones judiciales de toda especie y, por tanto, mediante los oportunos testimonios, pueden presentarse como medios de prueba, a tenor del artículo 1.215 del Código civil y 578 número 2.º de la propia Ley Procesal y la valoración probatoria que, de las mismas y, en su vista, haga el Tribunal, sólo podrá impugnarse en casación, por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria.

En el Considerando 3.º se dice también: «que la culpa aquiliana no deriva sólo de la violación de un deber jurídico, sino de toda producción de un daño, interviniendo culpa o negligencia y, hasta cabe apreciar, que existe en el ejercicio desmesurado o abusivo de un derecho y no hay duda de que a la persona o entidad que explota un servicio público, incumbe procurar que se preste en forma que las cosas o actividad inherentes al mismo no dañen por falta de cuidado o precaución a terceras personas, sean o no usuarias de aquél».

SOCIEDAD CIVIL: «AFFECTIO SOCIETATIS» Independientemente de la clase de bienes que se aporten y del cumplimiento o no de los requisitos de tipo formal establecidos en los artículos 1667 y 1668 del Código civil, es absolutamente necesario para que se pueda declarar la constitución de una sociedad civil, acreditar los elementos que yuxtapuestos integran la «affectio societatis» (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1969).

COMPRAVENTA: RESCISION POR LESION EN CATALUÑA. Martí Roig contra Damiá Martínez (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1970).

La sentencia de apelación, revocando la de primera instancia, estimó la demanda en que se solicitaba la rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio de la venta de una finca sita en Cataluña. La compradora había opuesto en la contestación a la demanda, además de que no había existido lesión en el precio, la caducidad de la acción (art. 323 de la Compilación de Cataluña) alegando que aunque la escritura pública se otorgó el 14 de agosto de 1962 y la demanda fue presentada el 3 de agosto de 1966, es decir, dentro del plazo de cuatro años, en realidad la venta se había perfeccionado por un previo documento privado de 14 de julio de 1962 que la escritura se limitó a elevar a público para su acceso al Registro. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la compradora y confirma la sentencia de primera instancia. Dice el Alto Tribunal:

Considerando: Que el problema que el recurso plantea, lo entraña la determinación, de si la escritura de 14 de agosto de 1962, es contrato ajeno y distinto al privado de catorce de julio anterior, en que entre las mismas partes, se operó la venta de la misma finca, con señalamiento de igual precio y por tal si la escritura pública fue solemnización de la venta anterior, solo «contrato de fijación jurídica» o contrato nuevo.

Considerando: Que por cuanto hace el segundo motivo del recurso, superado en el número 1.º del artículo 1.692, por no aplicación de los artículos 1.281, 1.282 y 1.285 del Código, que el estudio detenido de los dos documentos, lleva

a la conclusión por la literalidad de sus términos, que el concierto de voluntades entre las partes, se refiere al mismo objeto de compraventa, con el mismo precio y las mismas condiciones esenciales y que no otra puede ser la intención que las guiaba al hacer la escritura, que solemnizar la venta ya perfeccionada anteriormente, pues así se desprende de la identidad sustancial de las condiciones de uno y otro documento, pues no son incompatibles, sino iguales en su fondo que no habiéndose dicho en la sentencia, ni alegado por las partes que sobre las 50.000 pesetas, primero entregadas, se cobraron las 140.000, no puede hablarse de precios distintos, lo que hace obligado la estimación del motivo, así como la del primero que con igual amparo, acusa la infracción de los artículos 1279, 1280 y 1258, porque la escritura se redactó dando la forma adecuada al convenio privado para su ingreso en el Registro de la Propiedad, haciendo constar la segregación de lo vendido de finca mayor, el pago del laudemio, y de circunstancias en suma que eran ineludibles, en armonía con lo mandado por el artículo 1.258 del Código, que obliga a las partes no sólo a lo expresamente pactado, sino a lo que sea su consecuencia según la naturaleza del contrato, de acuerdo con la buena fe, el uso o la Ley.

Considerando: Que en cuanto al motivo tercero con igual amparo, por infracción de los artículos 1.203 y 1.204 del Código y doctrina que cita, que aún dando por supuesta la existencia de algunas diferencias entre el documento privado y la escritura si no son antagónicas o incompatibles tales condiciones, como el concepto de novación extintiva, según reiterada doctrina, exige la creación de una relación obligatoria nueva, tan dispar y distinta de la que altera, que con ella sea incompatible, preciso es para admitirla, que tenga las características inexcusables mandadas por la Ley, por lo que si carece de ese rango, la novación extintiva no puede apreciarse, por ello en el caso debatido, aunque se pudiera estimar una novación modificativa, el contrato primitivo no ha dejado de existir y por tal, la escritura aunque en algo lo modificara, no puede decirse que constituye contrato distinto y ajeno al primero, lo que hace preciso la estimación del motivo, así como el cuarto, por interpretación errónea del artículo 323 de la Compilación citada, pues estimado que el documento privado entre las partes tuvo fuerza legal desde su fecha 14 de julio de 1962, al presentarse la demanda en 3 de agosto de 1966, habían transcurrido los cuatro años, para la apreciación de la caducidad de la acción, que en consecuencia ha de ser estimado.

ARRENDAMIENTOS

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: RETRACTO. PRECIO. *No puede equipararse la falta de precio metálico con el supuesto de existir éste con confesión del vendedor de haberlo recibido y, por tanto, no puede acudir a la investigación del valor de la finca cuando media precio cierto en moneda legal, equivalente al dinero metálico, ya que el precio de la compraventa independientemente del valor que a la misma pueda ser atribuido, es elemento constitutivo del propio negocio jurídico de enajenación o transmisión del dominio sobre las cosas, y estas a tales efectos, valen tanto como el precio que por ellas se puede obtener, pues este es un elemento real y cierto y aquel viene influenciado por circunstancias variantes, sin perjuicio, claro está, de ser el precio medida del valor a través de la moneda; y el precio que ha de tenerse en cuenta para que se dé lugar a la subrogación que el retracto legal implica es el que quede bien probado y se revele el intento de burlar el retracto o hacerlo más gravoso en perjuicio del retrayente (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1969).*

ARRENDAMIENTOS URBANOS. RESOLUCION POR CESION INCONSENTIDA. *Si la casa arrendada al Ayuntamiento de T. para la instalación de una Escuela Unitaria del Estado, se encuentra ocupada por una escuela de Patronato a cargo de la Hermandad de Labradores y Ganaderos de la expresada localidad, es llano que se ha producido la sustitución del arrendatario por un tercero, la citada Hermandad, en el goce o uso de la cosa arrendada, por lo que la sentencia del Tribunal "a quo" que así lo estima no ha infringido por aplicación indebida el artículo 25 de la L. A. U. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1969).*

ARRENDAMIENTOS URBANOS. TRASPASO ILEGAL. PRESCRIPCION DE LA ACCION RESOLUTORIA (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1969).

La demanda que instaba la resolución del contrato por traspaso ilegal fue desestimada en ambas instancias por entender prescrita la acción siendo igualmente desestimado con fundamento en la siguiente doctrina el recurso de injusticia notoria interpuesto:

Considerando: Que si bien es cierto que, como dice el recurrente, en los considerandos de la sentencia recurrida no se recoge circunstancia alguna que demuestre que la propiedad del inmueble tenía conocimiento de los hechos determinantes del traspaso ilegal, tampoco consta, ni se consigna que no lo tuviera y en cambio es inadmisibles la tesis de dicho recurrente de que no puede presumirse este conocimiento, pues tal presunción se impone *de jure* por el artículo 2 del vigente Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 con carácter general al decir «se presume que el contenido de los

libros del Registro es conocido y de todos y no podrá alegarse su ignorancia» y consta como premisa básica del fallo la existencia de dos hechos notorios admitidos también por el recurrente, a saber: que constituida la entidad demandada por escritura pública de 20 de febrero de 1943 fue inscrita en el Registro Mercantil el 13 de abril del mismo año figurando domiciliada en el local de autos y la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial de la transmisión de la marca Vasconcel a la sociedad demandada en concepto de ocupante del local de autos de 13 de febrero de 1945; y en su virtud no puede hablarse de ocultación del traspaso, ni de ocupación clandestina, por lo que habiéndose fijado con certeza la fecha de la ocupación y habiendo transcurrido en el disfrute ostensible de esta situación un lapso de tiempo superior al señalado en el artículo 1.964 del Código civil sin que haya habido obstáculo legal para el ejercicio de la acción, al estimar la sentencia recurrida la excepción de prescripción de la acción no ha interpretado con error, sino acertadamente el artículo 1.969 en relación con el anteriormente citado y hay que desestimar el único motivo del recurso, que a efectos de costas no se considera temerario.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: PLURALIDAD DE ARRENDATARIOS. INDIVISIBILIDAD Y LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1969).

El contrato de arrendamiento cuya resolución se pretende por la arrendadora fue celebrado actuando como arrendatario un señor, único demandado ahora, por sí y en representación de otros. Este demandado opuso la excepción de falta de legitimación pasiva (4.ª del art. 533 de la L. E. C.) alegando que existía un *litis consorcio* pasivo necesario. La demanda se estimó en ambas instancias pero interpuesto recurso de revisión la Sala 6.ª del Tribunal Supremo lo estima manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que de lo dispuesto en diferentes artículos del Código civil, como son principalmente el 1.139, 1.141, 1.144 y 1.252, se deduce que mientras en los casos de prestaciones solidarias, el proceso puede promoverse contra cualquiera de los interesados, y la sentencia que se dicte es obligatoria para los demás, cuando se trata de prestaciones indivisibles se debe promover contra todos los obligados al cumplimiento de las mismas, siendo esto lo que sucede con respecto a la pretensión objeto del desahucio a que se refiere el presente recurso, porque el contrato de arrendamiento de la finca reclamada fue concertado como arrendatario por don M. N. C., por sí y en nombre de los demás herederos de don J. N. G., lo cual significa que todos éstos son titulares del derecho de arrendamiento controvertido, siendo indivisible la prestación referente a la terminación del mismo, objeto de la demanda de desahucio, en cuanto ha de ser satisfecha por todos sin que pueda serlo aisladamente ni pueda ser reclamada a cualquiera de ellos con carácter vinculante para los demás, ya que, si bien es cierto que en la cláusula 14 del citado contrato se hace constar que la propiedad puede exigir de todos los herederos conjuntamente o de cualquiera de ellos indistintamente el cumplimiento de las obligaciones en él contraídas, renunciando expresamente los mismos al beneficio de excusión y prelación, ello sólo supone que los citados se obligaron solidariamente al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, que podrán reclamarse ju-

dicialmente a cualquiera de ellos, pero no significa que se obligaran con el mismo carácter solidario a dar por terminado el arrendamiento, pues ésta no es una obligación pactada o que se derive propiamente del contrato, por lo que no puede reputarse incluida en tal cláusula, puesto que, según lo dispuesto en el artículo 1.137 del Código civil y reiterada jurisprudencia, la solidaridad no se presume, sino que debe constar de un modo inequívoco con respecto a la obligación de que se trate; por ello, de acuerdo con lo declarado por esta Sala en sus sentencias de 30 de octubre de 1965 y 2 de enero, 14 y 29 de mayo de 1968, ha de estimarse que entre los herederos aludidos existe una situación de *litis consorcio* pasivo necesario, que imponía a la demandante la carga de haber dirigido la demanda de desahucio frente a todos, cuya exigencia no puede entenderse cumplida por el hecho de haber formulado la demanda contra el citado señor N. C. por sí y como apoderado de los restantes herederos, porque, aparte de que el apoderamiento conferido al mismo sólo consta por sus proplas manifestaciones, sin aparecer justificado documentalmente ni haber sido reconocido por los herederos a quienes se dice representar aquél, la circunstancia de que pudiera tener tal representación para concretar el arrendamiento y aún para actuar en su nombre y como arrendatario no implica que la tenga también para ser demandado y actuar procesalmente en nombre de ellos, como esta Sala ha declarado también en las sentencias antes citadas.

Considerando. Que, en virtud de lo precedentemente expuesto, el recurso de revisión formulado al amparo de la causa 3.ª, apartado 4, del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, en cuyos tres motivos se alega la infracción de los artículos 1.089, 1.139, 1.150 y 1.152 del Código civil y 2 y número 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se denuncia el incompleto *litis consorcio* pasivo necesario aludido ha de ser estimado, aún en el supuesto de que se apreciarán en su formalización los defectos procesales invocados por la parte recurrente en el acto de la vista del mismo, pues según conocida y reiterada jurisprudencia, la falta del indicado *litis consorcio* en que se funda el recurso y que ya fue denunciada en las instancias, puede incluso ser apreciada de oficio por el órgano judicial, a quien incumbe culdar de que sean llamados al juicio todos los directamente interesados en el derecho discutido, en evitación de que puedan resultar condenados sin ser oídos o de la posibilidad de que se produzcan fallos contradictorios; siendo, en consecuencia, procedente revisar la sentencia recurrida en que no se apreció la referida falta y, en su lugar, apreciar ésta y desestimar por ello la demanda sin entrar en el fondo de la cuestión debatida.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: SUBARRIENDO. *No concurre la causa de desahucio 4.ª del artículo 28 del Reglamento de 29 de abril de 1959 (subarriendo) si el arrendador entregó al arrendatario la finca con unos ocupantes de parcelas que traían causa del anterior arrendatario sin advertírsele al nuevo y sin ejercitar previamente contra el contraventor las acciones pertinentes y la sentencia que así lo estima no incurre en infracción por falta de aplicación del artículo 4.º del Reglamento citado, ya que para esto sería necesario que el arrendatario hubiese recibido la finca libre de ocupantes y después pactarse el subarriendo (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1969).*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RENUNCIA DE DERECHOS. *Si bien es lícita y tiene perfecta validez la renuncia por el arrendatario de local de negocio de los derechos y beneficios que la Ley le concede, salvo el de prórroga contractual, no lo es ni tienen eficacia jurídica la de derechos concedidos por las Leyes posteriores, aun los que, reconocidos con anterioridad, son regulados por aquella forma distinta, bien en su alcance, bien en la forma de hacerlos efectivos. Reparaciones. No es incompatible el que pueda seguir usándose el local para el uso a que fue destinado con el hecho de que deba ponerse en condiciones de un uso perfecto sin consecuencias dañosas* (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1969).

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: PRORROGA (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1969).

Mediante contrato de 27 de marzo de 1962, el demandante cedió al demandado diversas fincas rústicas en arrendamiento por plazo de cuatro años que, según la tesis del primero, vino a ser de seis años, de acuerdo con el artículo 9.º del Decreto de 29 de abril de 1959. Transcurridos los seis años, el arrendador requirió notarialmente al arrendatario para dar por terminado el contrato por proponerse cultivar y explotar las fincas directamente, y no atendido el requerimiento presentó la demanda de desahucio que se estimó en ambas instancias. La tesis mantenida por el arrendatario en el recurso de revisión se apoya en la cláusula 4.ª del contrato según la cual: «Este contrato se hace por cuatro años, considerándose prorrogado por la tácita, si una de las partes no avisa a la otra con tres meses de antelación al comienzo de la barbechera». A su juicio, de esta cláusula se desprende que fue pactado un plazo superior al mínimo legal o sea de ocho años, al no haber existido preaviso en la forma concertada y deber de entenderse dicha prórroga por un plazo igual al pactado. El T. S. desestima el recurso diciendo:

Considerando: Que el primer motivo de revisión, amparado en la causa 3.ª, del párrafo 4, del artículo 52 del Decreto de 29 de abril de 1959 comprensivo de la legislación especial de arrendamientos rústicos en el que se denuncia la infracción del párrafo 1.º del artículo 10, en relación con igual párrafo del artículo 11 del mismo, no puede tener favorable acogida, en primer lugar porque con olvido del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se expresa el concepto de la infracción, en segundo término, por tratarse de una cuestión nueva que, como reconoce la propia parte recurrente, no fue planteada en la instancia, y es sabido que el recurso extraordinario en cuanto censura una actividad *in judicando* no puede rebasar los límites en que se ejercitó, pero si estrechando el concepto, entenderíamos que no es cuestión nueva en casación —y por consiguiente en revisión— la que sin variar el tema se apoya en textos legales que no se citaron ante el Tribunal *a quo*, y aún más, que no puede serlo en ningún caso la que invoca preceptos de derecho necesario no tomados en consideración en instancia, tampoco podría prosperar el motivo porque siendo cierto el carácter de referencia, la cláusula contractual, según la cual «Este contrato se hace por cuatro años considerándose prorrogado por la tácita si una de las partes no avisa a la otra con tres meses de antelación al comienzo de la barbechera», era nula de pleno derecho y, como tal, sustituida desde la

propia fecha del pacto por las disposiciones legales que regulan el plazo de duración de los contratos de locación de fincas de aprovechamiento agrícola como son las de autos—conforme previene el párrafo 1.º de la normativa especial de 29 de abril de 1959, es decir, que se entendía que el contrato tendría la duración de seis años, prorrogable por otros seis a voluntad de arrendatario cuyo derecho de prórroga quedaría sin efecto cuando el propietario se propusiera cultivarlas o explotarlas directamente por sí o por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a tenor de lo dispuesto en los párrafos primeros de los artículos 10 y 11 de la dicha legislación arrendaticia y que son precisamente los preceptos que se entienden infringidos por la recurrente, quien equivocadamente estima que el no haberse avisado ninguna de las partes con tres meses de antelación a la finalización del plazo pactado de cuatro años, se prorrogó por la tácita durante otros cuatro, sin tener en cuenta que no podía prorrogarse, lo que era nulo de derecho, y así la Jurisprudencia de esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencias de 18 de septiembre de 1941, 19 de abril de 1945; 28 de mayo de 1951, 28 de noviembre de 1952, 30 de abril de 1953 y 14 de mayo de 1957, que la doctrina de prórroga de los arrendamientos rústicos con tácita reconducción, contenida en el artículo 1.566 del Código civil no subsiste en derecho positivo después de la vigencia de los preceptos que la legislación especial (Ley de 15 de marzo de 1935, 28 de junio de 1940, 23 de julio de 1942, comprendida en el Reglamento de 1959) dicta sobre la materia.

Considerando: Que después de la quiebra del precedente tema de casación, el único fundamental que se plantea declina fatalmente los segundo y tercero que, por el cauce de la causa cuarta, del número 4, del artículo 52 del Decreto de 29 de abril de 1959 sobre injusticia notoria por manifiesto error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas tratan de resaltar la equivocación del Tribunal Territorial al partir de la base de que, por imperativo legal, el plazo de duración del contrato de arrendamiento de autos era de seis años, cuando en la cláusula cuarta del documento privado de 27 de marzo de 1962, en el que se contrató aquél, lo establece en ocho años (cuatro, más otros cuatro de prórroga por la tácita pactada), cuestión que es meramente jurídica y ha sido tratada más arriba, por lo que no podían prosperar en ningún caso por la vía utilizada, según ya fue declarado por esta Sala en Sentencia de 15 de abril de 1953; pero es que, además, el segundo motivo se asienta en el error de derecho sin mencionar el precepto valorativo de prueba que haya sido desconocido por el Juzgador de Instancia al apreciar la prueba, como excepción que es al sistema de la libre apreciación imperante en nuestro enjuiciamiento, y según proclama reiterada jurisprudencia de éste Supremo Tribunal; y en cuanto al tercero, sobre error de hecho, sólo menciona como documento demostrativo el propio en el que se convino el arrendamiento de autos, el cual no es válido en el recurso extraordinario, pues que una jurisprudencia reiterada (sentencia de 23 de febrero y 5 de abril de 1954 y 7 de octubre de 1958, entre otras muchas) establece que los documentos sobre cuya interpretación se ha discutido en el juicio y resuelto en la sentencia carecen de autenticidad demostrativa que, para la aplicación del error de hecho, exige el precepto amparador del motivo.

R. I. A.

V. SUCESIONES

LEGITIMA FORAL VIZCAINA. PARIENTES TRONQUEROS. NULIDAD PARCIAL DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. SUBROGACION REAL. Artículos 6, 10, 21, 22 número 4 y párrafo final; 23; párrafos 1.º y 3.º; 27 y 57 de la *Compilación vizcaina* y 4.º, párrafo 1.º, 675; párrafo 1.º, 813, párrafo 1.º y 814; párrafo 1.º, del Código civil (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1970).

El dinero obtenido por el ejercicio de la saca foral no se subroga en lugar de la raíz vendida y, por tanto, no es troncal.

La enajenación onerosa de bienes troncales a quienes no sean parientes tronqueros es anulable, a diferencia de la enajenación gratuita, que es nula.

Las normas que rigen la reserva troncal no pueden interpretarse extensivamente.

Hechos.—Don M. L. B., vizcaino, vende sin previo llamamiento en escritura de 7 de diciembre de 1960 bienes inmuebles troncales, consistentes en la casa-ría O. y pertenecidos y la heredad del monte S., a don I. A. E., con el que no le unía parentesco alguno y es uno de los dos demandados en el pleito actual.

Los primos carnales del vendedor, don V. L. M. y don J. L. G., demandantes en este litigio, ejercitan, como parientes tronqueros del vendedor, su derecho de preferente adquisición conforme al artículo 57 de la *Compilación*, siguiéndose la vía judicial, y por sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia de Guernica de fecha 24 de noviembre de 1962 se declara la nulidad de la venta y la adjudicación de la raíz vendida a favor de dichos parientes por su justa valoración que se fija pericialmente en 500.000 pesetas, cifra que coincide con el precio confesado como real por el comprador, otorgándose la correspondiente escritura de compraventa.

Dentro del año siguiente a la venta y después de instado su derecho de preferente adquisición por los tronqueros, pero antes de llevarse a ejecución la sentencia, muere el vendedor don M. L. B. bajo testamento notarial otorgado en la misma fecha que la escritura de compraventa, 7 de diciembre de 1960, en el que instituye único y universal heredero al extraño don L. U. A., que es el otro demandado en el presente juicio.

En ese momento, los parientes tronqueros don V. L. M. y don J. L. G., que habían ejercitado el derecho de preferente adquisición respecto a los bienes raíces vendidos por el causante, demandan en juicio declarativo al comprador, don I. A. E. y al heredero, don L. U. A., pretendiendo que se declare la nulidad parcial de la institución de heredero a favor de éste en cuanto la misma afecte a los bienes troncales del testador vendidos a don I. A. E. y en lugar de los cuales debe entenderse subrogado su verdadero valor, que no es el de 500.000 pesetas, sino el de 978.337,50 pesetas, cantidad ésta que debe distribuirse entre los parientes tronqueros del causante (los dos actores, apelados y recurrentes y otros cuatro más que no litigan) por partes iguales.

Se da la particularidad que fue la parte demandada en el procedimiento sobre nulidad de la compraventa al efecto del ejercicio del derecho de adquisición preferente, la que instó la ejecución de la sentencia hasta que se otorgó la escritura de venta a favor de los hoy actores.

Por el Juzgado de Primera Instancia de Guernica se dictó sentencia estimando en todas sus partes la demanda, declarando nulo el testamento en la parte en que la institución de heredero pudiera afectar a los bienes troncales del testador, derivados de la ejecución de la sentencia dictada por el propio Juzgado en el juicio de nulidad y saca foral de tales bienes, por lo que se abre la sucesión intestada sobre tales bienes troncales en favor de los herederos parientes tronqueros del causante.

Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revoca la sentencia del Juzgado y desestima totalmente la demanda absolviendo a los demandados.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, rechaza la pretensión fundamental del recurso de casación, consistente en «que por el mecanismo de la acción de nulidad vuelve a la masa hereditaria, como consecuencia del ejercicio del derecho de saca, el precio, que tiene en este caso la condición de bien hereditario comprendido dentro de la herencia forzosa, a la que se refiere el artículo 22 de la Compilación vizcaina, bien que por otra parte tiene el mismo tratamiento jurídico que el bien raíz, como ocurre con las indemnizaciones que sustituyen a los bienes inmuebles, aunque se trate de cantidades en dinero, según disponen expresamente en nuestro ordenamiento jurídico los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria. Que esto es algo que al parecer no tiene en cuenta la resolución recurrida, dictada toda ella bajo la preocupación de que antes del testamento se vendieron los bienes raíces y que como estos bienes raíces fueron pagados con dinero, el dinero ya no es bien mueble (*sic* en la copia), lo cual será más o menos discutible pero inadmisiblemente jurídicamente hablando. Que el dinero cuando constituye una indemnización concedida o debida al propietario de bienes inmuebles por razón de los mismos, o es producto de una expropiación, que, en definitiva, y desde un ángulo privativo es una compraventa forzosa, sigue el mismo régimen jurídico que el bien inmueble al que sustituye. Que la sentencia del Juzgado de Guernica con una gran precisión técnica en sus considerandos 5.º y 6.º, recoge perfectamente esta tesis, que equivocadamente revoca la sentencia de la Audiencia». Y también desestima, como «cuestión nueva», el motivo articulado con carácter alternativo y subsidiario a cuyo tenor «es indudable que además el testador se produjo con indudable fraude de Ley, por lo que el testamento es nulo en cuanto forma parte de una conducta que tuvo como único designio y propósito burlar los derechos legítimos de los parientes colaterales tronqueros, como se desprende al vender sus bienes de aboingo y simultáneamente y con el número siguiente del protocolo ante el mismo Notario otorgar testamento; primero vendía los bienes troncales, para luego y una vez convertidos en dinero, instituir heredero universal al señor U.».

Nuestro más Alto Tribunal establece «que es premisa necesaria para la resolución del recurso planteado el estudio de la institución de la reserva troncal vizcaina y derechos que la compilación de tal derecho foral concede a los parientes tronqueros así como las limitaciones de disposición respecto a cierta clase de bienes a que sujeta al vizcaino y al efecto el artículo 9.º de la compilación define como bienes troncales con relación a la línea colateral, única que resulta interesada en el supuesto contemplado, los bienes raíces sitos en el Infanzonado que hayan pertenecido al tronco común del heredero y del causante de la herencia; respecto de tales bienes, el vizcaino, existiendo

parientes tronqueros no puede disponer a título gratuito más que a favor de éstos (artículo 10) y si dispone de ellos a título oneroso ha de cumplir las formalidades establecidas en el artículo 52, pues de no hacerlo así, los parientes tronqueros pueden instar, dentro del plazo y condiciones marcados en el artículo 57, la nulidad de la venta para que se les adjudiquen por su justa valoración ejercitando el derecho de saca.

Que limitado al plazo de un año a contar de la inscripción en el Registro o en otro caso desde que tuvieron conocimiento de la venta, el válido ejercicio por los parientes tronqueros del derecho de saca, quedando perfecta la compra-venta realizada, si dentro del mismo no ha sido ejercitada, es evidente que aquella es meramente anulable y sólo en el sentido de dar efectividad al preferente derecho adquisitivo de los tronqueros, puesto que el bien raíz enajenado no vuelve a ingresar en el patrimonio del vendedor.

Que de las reglas que rigen la institución de la reserva troncal vizcaina, señaladas en los Considerandos anteriores se desprende claramente la finalidad de tal institución que no es otra que impedir la disgregación del patrimonio inmueble de la familia vizcaina, estableciendo para ello las limitaciones imprescindibles al derecho de propiedad, más únicamente las que tienen tal carácter, por lo que, en forma alguna pueden ser objeto de interpretación extensiva las legalmente establecidas.

Que sentado lo anterior han de ser forzosamente desestimados los dos primeros motivos del recurso en que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 se denuncia respectivamente la violación de los artículos 21 y 22 de la Compilación, este segundo en su número 4.º y ambos en el último párrafo e interpretación errónea de los 6. 10 y 57 en relación con los 21, 22, párrafos 4.º y último, 23 párrafos 1.º y 3.º y 27 párrafo 2.º, todos de la Compilación y 813 párrafo 1.º y 814 párrafo 1.º del Código civil, ya que para fundamentar dichas infracciones se parte del inexacto supuesto de que al fallecer el testador existían bienes troncales, cuando en realidad, estos habían pasado a formar parte del patrimonio de los recurrentes en virtud del ejercicio del derecho de saca foral, sin que pueda ser admitida como acertada la interpretación extensiva de que el dinero procedente de la venta adquiriría la condición de bien reservable por subrogación real ya que no hay precepto alguno en la Compilación que la autorice.

Que la misma suerte desestimatoria ha de sufrir el motivo 3.º en que denuncia error de hecho en la apreciación de las pruebas por el cauce del número 7.º del artículo 1.692, puesto que las dos sentencias que, como documentos auténticos se citan no tienen, según constante jurisprudencia de esta Sala, tal carácter a efectos de casación y en el encabezamiento de la escritura de venta el Juez no hace otra cosa que proclamar posibles derechos a favor de sujetos indeterminados, derechos que, con acierto, han sido declarados inexistentes por la resolución recurrida.

Que la violación de los artículos 4.º, párrafo 1.º, 665, párrafo 1.º y 1282 del Código civil y 22, párrafos 4.º y último de la Compilación de derecho foral de Vizcaya que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia en el cuarto motivo alegando la existencia de un fraude de Ley, tampoco puede prosperar, porque al tratarse de cuestión nueva, no alegada oportunamente en la instancia no puede ser examinada en casación, pues dados los principios de unidad e inmanencia que caracterizan el juicio o proceso, no pueden modificarse sustancialmente las cuestiones planteadas en la demanda y porque además el ejercicio de una facultad legalmente reco-

nocida no puede ser origen de un fraude legal, tanto más en el presente caso en que el transcurso de casi un año entre el otorgamiento de la venta y el fallecimiento del vendedor alejan toda presunción en tal sentido.

Comentario.—Los dos fundamentos del recurso, en torno al que éste gira, son: 1. La subrogación real y su alcance, en cuya virtud, se dice, el dinero obtenido por la venta de un bien troncal es troncal y, por supuesto, raíz, bien se trate del precio pagado por el comprador o de la justa valoración abonada por los parientes tronqueros en ejercicio del derecho de adquisición preferente. Pero notemos que la equiparación no parece pueda mantenerse, pues en el último caso conduciría a admitir por dos veces el derecho troncal, la primera, al adquirir los bienes raíces y la segunda, al morir el causante si hay metálico en la herencia e, incluso aunque no lo haya, pues de mantener la tesis de la subrogación ¿por qué no va a actuar esta indefinidamente, respecto a cualquier otro bien ulteriormente adquirido con el dinero? Se ve claro que este camino extraviaría, por su amplitud, el sentido del Fuero y a ello parece aludir la sentencia cuando dice que no pueden interpretarse extensivamente las disposiciones forales al respecto.

Pero es que, además, el alcance de la subrogación no parece adecuadamente planteado. Una cosa es que el dinero pase a ocupar el lugar del inmueble vendido en la herencia del causante vendedor y, por ello, pueda revestir carácter privativo o común (en el limitado sentido en que pueda hablarse de subrogación real con referencia a algo tan sustancialmente fungible y no de subrogación de valor) y otra muy distinta que la subrogación real tenga por sí sola fuerza suficiente para modificar la naturaleza intrínseca o física del bien convirtiendo en inmueble jurídicamente lo que físicamente es un bien mueble fungible, ya que, a diferencia del Derecho aragonés que conoce la inmovilización de los muebles y la mobilización de los inmuebles (artículos 48, número 2.º y párrafo final del Apéndice de 1925, que recoge lo dispuesto en la Observancia 43, «De iure dotium», y 39 de la Compilación) no parece que el Derecho vizcaíno se haya inclinado por tal posibilidad, antes bien, del artículo 6.º de la Compilación resulta que respecto a los parientes colaterales llamados a suceder como legitimarios por el artículo 22, número 4.º, sólo la raíz (denominación muy gráfica) es bien troncal. Es más, no puede hablarse de legitimarios tronqueros si no existen bienes raíces, pues «la troncalidad en el parentesco se determina siempre con relación a un bien raíz sito en el Infanzonado» y, según el artículo 7.º, «son parientes tronqueros: 4.º En la línea—colateral, los parientes legítimos que lo sean por la línea paterna o materna de donde proceda la raíz de que se trate». Y resulta que sólo son bienes raíces a estos efectos, es decir, para determinar la troncalidad en el parentesco, los bienes comprendidos en los números 1.º a 7.º, inclusive, del artículo 334 del Código civil y las sepulturas en las iglesias (art. 6.º de la Compilación), con lo que se excluyen terminantemente los bienes muebles. Ni siquiera se aceptan como inmuebles los bienes comprendidos en los números 8.º, 9.º y 10.º del artículo 334 del Código civil. La razón de ello es que tales bienes no responden a las necesidades de una explotación familiar agrícola.

Con esta tendencia restrictiva, resulta por demás evidente que el dinero no merece el tratamiento de bien inmueble, pues no responde a la configuración del Derecho foral vizcaíno como un verdadero estatuto familiar agrario al servicio de la concentración patrimonial, según reza la exposición de motivos de la Compilación. Hasta tal punto es así, que ya tradicionalmente se

excluyeron las minas de entre los bienes troncales, porque, como dice ANGULO (*Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, pág. 186) el Fuero, «al hablar de bienes raíces no se refirió a las minas; no fue su propósito el comprenderlas en esa denominación general. Los raíces del Fuero, a la legua se distinguen como raíces *rústicos*, y más que rústicos (puesto que las minas también lo son, al menos para el Registro de la Propiedad), raíces cuyo aprovechamiento y explotación tienen un carácter esencialmente agrícola».

2. Otro motivo que destaca en el recurso es el fraude de la Ley. Efectivamente, otra hubiera podido ser la resolución si en vez del ejercicio del derecho de preferente adquisición y subsiguiente otorgamiento de la escritura de compra (actos con los que parece quedar enervada la ulterior alegación de fraude), se hubieran impugnado como actos fraudulentos íntimamente ligados la compra-venta y la institución de heredero, siendo la causa común a ambos privar a los demandantes de sus derechos legítimos. El Tribunal Supremo alude a esta posibilidad para desecharla porque «el transcurso de casi un año entre el otorgamiento de la venta y el fallecimiento del vendedor alejan toda presunción en tal sentido». Pero más bien parece que habría que atender a la simultaneidad de la venta y el otorgamiento del testamento, pues no se trata de que aquella—la venta—sea simulada, sino que es real pero hecha para que el precio de los bienes vendidos escape a la trayectoria forzosa impuesta en otro caso a los mismos bienes inmuebles. Por lo demás, la sentencia aparece como impecable habida cuenta del planteamiento del pleito.

VIUDEDAD UNIVERSAL Y COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA ARAGONESA. SANCION POR LA NO CONCLUSION DEL INVENTARIO DENTRO DEL PLAZO LEGAL. Artículo 68, párrafo final, del Apéndice aragonés (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1970).

La falta de conclusión del inventario dentro del plazo legal origina la pérdida del usufructo universal y, en su caso, nace la sociedad continuada entre el viudo y los herederos del cónyuge premuerto.

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 por infracción de Ley interpuesto por los demandados y apelantes contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza que confirmando la del Juzgado de Primera Instancia de Alcañiz había declarado la existencia de una sociedad conyugal continuada, incompatible según el Apéndice con la viudedad universal (art. 62), rechazando la existencia de ésta que alegaban los demandados y recurrentes en los dos únicos Considerandos siguientes, de los que se desprenden los hechos:

Considerando: Que el motivo 2º del recurso al amparo del número 1º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la interpretación errónea del último párrafo del artículo 68 del Apéndice Foral Aragonés, a cuyo tenor, «pasado el plazo legal sin que esté concluido el inventario, perderá el viudo todos los disfrutes de la viudedad, los cuales quedarán de derecho incorporados al caudal de la misma, hasta que se acabe de formalizar el inventario», que los recurrentes interpretan en el sentido de que el no otorga-

miento de inventario sólo ocasiona que los disfrutes no se hacen efectivos en favor del viudo, sino que quedan incorporados al caudal usufructuable, sin que cese o extinga la viudedad universal, motivo que es desestimable, ya que privada de contenido la viudedad universal, con la pérdida del usufructo universal sobre los bienes matrimoniales, necesariamente se pierde aquélla, desestimación del motivo examinado que acarrea la del primero en el que se denuncia la violación del artículo 64, párrafo 2.º del mencionado Apéndice, ya que al perderse la viudedad universal, nace la sociedad continuada entre el sobreviviente y los herederos del finado.

Considerando: Que los restantes motivos formulados subsidiariamente para el caso de que quedase firme la declaración sobre existencia de la sociedad continuada, tampoco pueden prevalecer, ya que sentado por los Juzgadores de instancia que respecto a la adquisición de la Torre de don J. o de C., aunque fuese en estado de viudez de la madre, al existir comunidad conyugal continuada, ha de pasar al caudal de la misma para su reparto y división siendo de recalcar una vez más que el dinero de su compra debió ser el caudal común, no sólo por las consecuencias de la no formalización de inventario, sino también porque han desaparecido más de 20.000 pesetas que eran comunes, y ello es de interpretar que con dicho dinero también fue adquirida la finca (Considerando décimo del Juzgado) y que hay que comprender entre los bienes de que dispuso en forma ilegal la viuda, la llamada «Torre de Cascajares» adquirida a la Marquesa de Valdeguerrero, ya que el dinero de su compra necesariamente tiene que venir del caudal común al desaparecer el dinero existente con anterioridad a su compra (Considerando cuarto de la Audiencia), ya que según reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia, la estimación de la prueba de presunciones incumbe por su naturaleza al Tribunal sentenciador, pudiendo únicamente prosperar la casación cuando se impugna la existencia y realidad del hecho base, o cuando la deducción no se sujeta a las reglas indeterminadas del criterio humano, resultando absurda, ilógica o inverosímil, nada de lo cual se aprecia en el caso de autos procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

Comentario.—Prescindiendo de la justicia intrínseca del fallo al afirmar la existencia de una sociedad continuada entre el viudo, en este caso la viuda y los herederos del marido, esto es, los hijos, justificada por las vicisitudes y régimen del largo tiempo transcurrido, incluso el de nuestra guerra, y porque la viuda murió sin haber formalizado el inventario, tal vez peque de excesivamente general y rigorista la afirmación, hecha con referencia al Apéndice—pues no cabría decir lo mismo si hubiera sido aplicable la Compilación—de que la no conclusión del inventario dentro del plazo legal acarrea la pérdida del usufructo universal, ya que la mayoría de los autores no admiten, bajo el régimen del Apéndice en el que la cuestión aparece como más oscura, que la sanción sea la pérdida de la viudedad, sino sólo la pérdida del derecho a los frutos que en vez de pasar al viudo negligente acrecen al caudal hereditario «hasta que se acabe de formalizar el inventario» (art. 68, párrafo final, del Apéndice).

Así, el profesor CASTÁN TOBEÑAS no enumera esta causa entre las de extinción del derecho de viudedad (Derecho civil español, común y foral, Oposiciones a Notarías, Madrid, 1944, tomo IV; pág. 535); tampoco se desprende de las referencias en la clásica obra de MARIANO RIPOLLÉS Y BARANDA. «Jurisprudencia civil de Aragón» (Zaragoza, 1897, págs. 260 y sigs.); el profesor MAR-

TÍN-BALLESTEROS dice que la actual norma del artículo 82 de la Compilación consistente en la pérdida temporal del disfrute del derecho de viudedad (no la extinción de ésta) concuerda con la del artículo 68 del Apéndice y el final del artículo 73 del mismo advirtiendo la diferencia con el Derecho navarro en el que, como ya hacían notar GIL Y GIL y ALBAREDA, la sanción es más fuerte, pues no supone suspensión, sino pérdida («De la viudedad», en *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, año VII, núm. 26, 1 de julio de 1967, pág. 121); BATALLA, recogiendo la opinión de LORENTE SANZ («La omisión de inventario en la viudedad» en el Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Pujol, Zaragoza, 1954) subraya cómo las disposiciones sobre el inventario están en completo desuso (a este desuso se alude en uno de los motivos del recurso), lo mismo que la sanción de la privación temporal de los frutos (por ello seguramente la Compilación ha modificado el régimen del Apéndice en este punto: mientras según el Apéndice procedía prestar fianza y hacer inventario, salvo dispensa expresa, ahora no se exigen ambos salvo que se impongan expresamente) (Cfr.: M. BATALLA GONZÁLEZ, *La viudedad en la Compilación aragonesa*, en el núm. 465 de esta REVISTA, marzo-abril 1968, páginas 460-461) y, en fin, por no hacer interminables las citas, en el mismo sentido se manifiesta el profesor SANCHO REBULLIDA en su exhaustivo estudio sobre el tema, de unas 200 páginas, publicado en el Anuario de Derecho aragonés 1955-56 y en el posterior a la Compilación publicado en el Anuario de Derecho civil, fascículo XX-4 correspondiente a octubre-diciembre 1967, páginas 755 y siguientes, especialmente las 798 a 801.

Parece que la solución de la sentencia apunta a la distinción latente, pero no desarrollada claramente en esta sentencia ni tampoco por muchos tratadistas, entre el supuesto en que se comenzó el inventario pero no se ha concluido todavía y aquél otro en que ni siquiera se comenzó o habiéndose comenzado no pueda ya concluirse por haber fallecido el viudo, caso este último que es el de la sentencia que comentamos. El problema parece haber recibido ya una solución clara y definitiva por el artículo 82 de la Compilación que, a diferencia del Apéndice, exige requerimiento de los herederos para que la sanción, consistente en la privación temporal de los disfrutes de viudedad que pasan a éstos, actúe.

Es tan importante la viudedad o usufructo foral para los aragoneses que aun excediendo los límites impuestos por el comentario a la sentencia, aprovecho la ocasión para sintetizar su régimen jurídico según resulta de sus precedentes históricos-doctrinales y de la regulación que de la misma hace la Compilación.

A continuación se hace referencia a su concepto, importancia, naturaleza jurídica, evolución histórica y régimen vigente.

I

CONCEPTO

Conforme a la Compilación, puede ser definida como el derecho expectante y recíproco, de naturaleza familiar, que la celebración del matrimonio atribuye a los cónyuges de usufructuar el *superstite* todos los del premuerto, a salvo la disposición paccionada o la unilateral de ellos.

II

IMPORTANCIA

Es muy grande, como se pone de manifiesto en la atención de los sucesivos proyectos del Apéndice—habiendo hecho fortuna la frase de ser «la institución más mimada de Aragón», contenida en la exposición de motivos del de GIL BERGES de 1904—, en la cuidada regulación de que fue objeto en el Apéndice de 1925 (no exenta de ciertas críticas) y por su regulación actual, siendo también índice de la misma los numerosos trabajos doctrinales al respecto.

III

NATURALEZA JURÍDICA

Discutida en otras épocas, se admite hoy con unanimidad que es una institución de naturaleza familiar y no sucesoria, como se demuestra:

— *Por su origen*, que se encuentra en las arras y en la sociedad continuada.
 — *Por su regulación histórica y vigente*, ya que tanto los textos históricos (fueros y observancias), como los sucesivos proyectos de Apéndice, éste mismo y la actual Compilación la han considerado y consideran como derecho de familia, regulándose en el libro a ésta correspondiente (que es el I de la Compilación).

— *Institucionalmente o por su propia naturaleza* es imposible concebir la viudedad como institución de heredero o legado, al ser un gravamen con el que los herederos reciben los bienes y que ellos y los acreedores del causante han de respetar. En efecto, el derecho del viudo:

— Tiene causa onerosa, por lo general.
 — Es preferente al de los acreedores, legitimarios, herederos y legatarios.
 — Es independiente de la voluntad del testador.
 — *Por sus caracteres técnicos*, de ser un derecho personalísimo, inalienable e intransmisible, en principio.

— *Por su nacimiento*, desde el mismo momento del matrimonio.
 — *Por su efectividad*, aun antes de morir uno de los cónyuges, pues no se trata de un derecho que nacerá a la muerte del esposo, sino ya nacido y adquirido en vida de los dos, hasta el punto que en su origen se prohibía la enajenación de los bienes sin consentimiento de ambos cónyuges (Fuero «Ne vir sine uxore» de la Compilación de Huesca), transformándose luego en la subsistencia del derecho de usufructo a pesar de las enajenaciones realizadas por un esposo sin el consentimiento del otro (Observancias, 2, 16 y 26)

Se trata, en suma, de un mismo derecho en el que pueden distinguirse tres fases sucesivas o distintas (SAPENA TOMÁS):

- 1.ª Derecho a adquirir viudedad sobre todos los bienes futuros del cónyuge respectivo.
- 2.ª Derecho expectante de viudedad sobre todos los bienes ya adquiridos por el cónyuge.
- 3.ª Derecho de usufructo sobre dichos bienes al fallecer su propietario.

Los requisitos para su existencia son:

1. Vínculo matrimonial válido en España.
2. Vecindad aragonesa del varón, originaria o adquirida. En este último caso no comprende los bienes que salieron del patrimonio del cónyuge antes de adquirirla.
3. El pacto o voluntad unilateral correspondiente si se trata de viudedad «particular» (pues la legal es hoy universal).

IV

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A) Origen.

MARTÍN BALLESTEROS lo encuentra en el espíritu caballeresco y de galantería de la Edad Media, siendo un germen o precedente muy estimable la devolución de las arras a la viuda y el consorcio o comunidad doméstica continuada entre ella y sus descendientes, según puede verse en el manuscrito 458 de los Fueros de Aragón conservado en la Biblioteca Nacional.

De modo que puede afirmarse, con SANCHO REBULLIDA, que su origen es consuetudinario y paccionado—lo que explica la preponderancia de esta regulación, que mantiene la Compilación—apareciendo legalmente por primera vez en el Fuero I «De iure dotium» de la Compilación de Huesca (1247).

B) Desarrollo.

Sucesivas disposiciones contribuyeron a fijar su régimen jurídico desde 1398 hasta 1678, en que aparece el último Fuero a ella relativo («De los que tuvieren viudedad»), siendo tema principal de los sucesivos proyectos de Apéndice y del de 1925 (aa. 63-75), cuya regulación adolecía de casuismo, barroquismo, articulado extenso y farragoso e imperfección sistemática.

V

RÉGIMEN VIGENTE

A) Legalidad.

Está constituida por los artículos 72 a 88 que, integran el título VI del libro 1.º dedicado al «Derecho de la persona y de la familia» de la Compilación de 8 de abril de 1967, a los que pueden aplicarse los calificativos de «afinada y certera» con que el informe del Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza y los Registradores de Aragón calificaba la regulación del primer Anteproyecto de la Comisión compiladora, siquiera, como es natural, se planteen algunas dudas en casos concretos, pero, desde luego, mejorando la regulación del Apéndice.

B) *Innovaciones respecto al Apéndice.*

Las principales son:

— La viudedad legal es universal (mientras que en el Apéndice para tener esta extensión tenía que pactarse así expresamente) a salvo el pacto, disposición mancomunada o unilateral en contrario. Con lo que se recoge una práctica e incluso una creencia muy generalizada entre los matrimonios aragoneses.

— Es compatible con la comunidad continuada, mientras que según el Apéndice determinaba la inmediata disolución de la sociedad conyugal.

— También en orden al inventario y fianza el régimen actual es el inverso al del Apéndice, ya que según éste procedían ambos salvo dispensa, mientras que ahora no se exigen salvo imposición expresa.

— Se establece la posible intervención de los nudo-propietarios en la administración y explotación de los bienes, con recursos a la junta de parientes y al juez, innovación que es depresiva para el viudo, improcedente y peligrosa, según el referido informe del C. N. de Zaragoza y Registradores.

De acuerdo con los tres capítulos en que se divide el título VI del libro 1.º de la Compilación distinguimos en nuestro estudio el régimen general, el régimen del derecho expectante y el régimen del usufructo viudal

C) *Régimen general* (arts. 72-75, Comp.).

a) *Fuentes.*—A la Compilación se anteponen la costumbre y el pacto, siendo el orden de prelación:

1) El pacto; 2) la costumbre, 3) la Compilación; 4) el Código civil

Según SANCHEZ REBULLIDA la anteposición de la costumbre indica que queda legalmente admitida la costumbre *contra legem*; para mí, más bien se tratará de «uso al que se remite la ley expresamente» (uso normativo).

b) *Interpretación.*—Se consagra el *favor viduitatis* al decir: «Las cláusulas contractuales y testamentarias relativas a la viudedad se entenderán siempre en sentido favorable a la misma».

La razón de no disponerse lo mismo para las unilaterales (si se entiende que las testamentarias aluden a las mancomunadas) pudiera ser que en aquellas predomina cierta gratuidad frente a la onerosidad (en el sentido de corresponsabilidad) de las bilaterales.

c) *Origen.*—El derecho de viudedad en su fase expectante, que consiste en afectar unos bienes a un posible y futuro usufructo, nace por y desde la celebración del matrimonio cuando el marido es aragonés en el momento de contraerlo

Se deja a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de mancomunado por ambos cónyuges.

No es obstáculo para su nacimiento que exista pacto de hermandad llana, pues son instituciones declaradas compatibles. Esto debe entenderse en el sentido de que como la viudedad legal es universal, pero por voluntad puede reducirse, el simple hecho de haber pactado la hermandad llana no implica que los cónyuges hayan querido limitar la extensión de la viudedad.

d) *Ambito objetivo*.—Ya hemos dicho que, en principio, la viudedad legal es universal, esto es, abarca «todos los bienes del que primero fallezca». Ahora bien, puede reducirse su alcance mediante actos formales y solemnes:

— Si la reducción es paccionada (en instrumento público o testamento mancomunado) no tiene límites.

— Si la reducción es unilateral (en testamento o instrumento público) tiene dos límites, pues no pueden excluirse los bienes inmuebles por naturaleza ni las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles o industriales, ni ser inferior el valor de los bienes que comprenda a la mitad del valor del caudal hereditario.

Si bien «los ascendientes no pueden prohibir o impedir que el cónyuge de su descendiente tenga viudedad en los bienes que transmitan a éste por donación o sucesión», sí puede prohibirlo quien no sea ascendiente, siempre que se trate de transmisión gratuita, bien mediante prohibición expresa, bien imponiendo sustitución fideicomisaria.

e) *Caracteres*.—Los principales son los siguientes:

1. El derecho de viudedad en sí es inalienable (y por lo mismo, no susceptible de gravamen), si bien concurriendo el viudo con los nudo-propietarios puede enajenarse la plena propiedad de *bienes determinados*.

La razón es que se trata de un derecho familiar, no un mero lucro sucesorio, cuya finalidad es mantener la cohesión y autoridad familiar y la consideración social del cónyuge viudo.

La referencia que el artículo 74, apartado 1.º hace al artículo 87 es resultado de un *lapsus calami* padecido por la Comisión compiladora al redactar el Anteproyecto definitivo, consecuencia del reajuste de artículos, y deberá ser subsanada entendiendo que se refiere, en realidad, al artículo 83.

2. Puede ser renunciado, total o parcialmente, en documento público.

3. Tiene carácter oneroso o mejor, no gratuito, si bien será en parte lucrativo si uno de los cónyuges, sin relación alguna con el régimen de bienes paccionado y sin reciprocidad por parte del otro, reduce el derecho de viudedad de éste en la medida del artículo 72.

D) *Régimen del derecho expectante* (arts. 76-78).

f) *Bienes afectos al derecho expectante*.—Quedan afectos:

— Los bienes inmuebles por naturaleza y las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, al adquirir su pleno dominio.

— Los bienes muebles que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude del derecho de viudedad.

Pero, en realidad, los bienes muebles no están afectados al derecho expectante, sino al usufructo viudal, en su caso: sobre ellos los cónyuges tienen una expectativa de derecho y no un derecho expectante.

g) *Eficacia*.—El derecho expectante de viudedad no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes a que afecta, a menos que se renuncie *expresamente*.

Al exigir renuncia expresa, parece que no cabe, al menos en principio, considerarla implícita en el consentimiento requerido por el artículo 51, para los

actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles comunes, de donde resultará que se superpondrán dos consentimientos distintos de la esposa: uno, para que se enajenen esos bienes y otro (o una renuncia) acerca del derecho expectante de viudedad que tenía sobre los que se enajenen. En cambio, a estos efectos, la renuncia no puede ser suplida por la aprobación de la junta de parientes o el juez, pues es personalísima.

h) *Responsabilidad de los bienes afectos*.—Al decir la Compilación que «queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente al tercero de buena fe», debe entenderse que quiere decirse que cuanto los bienes afectos deban responder conforme a la Compilación, sólo subsistirá el derecho expectante en los casos de responsabilidad por deudas privativas posteriores al matrimonio.

i) *Extinción del derecho expectante*.—Las causas son:

— Las establecidas para el usufructo, indignidad para suceder y declaración de nulidad del matrimonio, en cuanto sean aplicables.

La que suscita mayores dudas es la prescripción, que no parece aplicable, lo mismo que el matrimonio putativo, que no juega en este caso.

— La separación judicial en tanto que no medie reconciliación.

E) *Régimen del usufructo viudal* (arts. 79-88).

j) *Comienzo*.—El fallecimiento de un cónyuge transforma el Derecho expectante del otro en usufructo viudal, con la posesión (civilísima) de los bienes afectos.

k) *Inventario y fianza*.—Acerca del mismo estudiaremos:

a') *Cuando procede*.

1. Cuando lo haya establecido el causante en testamento u otro instrumento público.

2. Cuando lo exijan los nudo-propietarios, salvo disposición contraria del causante.

3. Cuando lo pida el Ministerio Fiscal para salvaguardar la legítima.

b') *Plazo*.—Debe formalizarse dentro de cincuenta días contados desde el fallecimiento en el primer caso y el requerimiento en los otros dos, so pena de pérdida de los disfrutes.

c') *Formalidades*.—Tienen derecho a asistir, por sí o representados, todos los herederos nudo-propietarios, debiendo citarse a los que fueren vecinos y los que lo hayan pedido. Si no asisten todos, deben concurrir por los ausentes dos testigos capaces, vecinos y de buena fama.

d') *Medidas de aseguramiento*.—Pueden solicitarlas los nudo-propietarios del juez municipal o comarcal del lugar de los bienes hasta tanto que se formalice el inventario o se preste la fianza.

1) *Disponibilidad.*

a') *Del derecho de viudedad.*—Aunque es, en principio, inalienable, el viudo puede pactar con los herederos del premuerto que no dejó descendencia lo que estime oportuno, respetando las cargas establecidas por el difunto.

b') *De bienes determinados.*—En todo caso, haya o no descendencia, puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo y los nudo-propietarios, pero, salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado.

m) *Derechos y obligaciones.*

a') *Frutos naturales e industriales y gastos.*—Se reparten en proporción a la duración del respectivo derecho. Los civiles, día a día.

b') *Expensas y mejoras.*—Se aplica al viudo lo dispuesto en el Código civil para el poseedor de buena fe.

c') *Reparaciones.*—Tanto las ordinarias como las extraordinarias son a cargo del viudo si los nudo-propietarios fueren descendientes suyos legítimos.

d') *Alimentos.*—Los debe el viudo incluso a los descendientes no comunes del premuerto, conforme al Código civil.

n) *Intervención de los nudo-propietarios.*—Si el viudo desatiende las indicaciones o advertencias que le hagan los nudo-propietarios sobre administración y explotación de los bienes, podrán aquéllos acudir a la junta de parientes o a la autoridad judicial, ante la cual también serán apelables los acuerdos de dicha junta.

Si el viudo no se aviniera o no pudiera cumplir el acuerdo de la junta parental o la decisión judicial, los nudo-propietarios podrán pedir la entrega de los bienes y la sustitución del usufructo por una renta a su cargo no inferior al rendimiento medio obtenido en los cinco últimos años y revisable cuando varíen las circunstancias objetivas.

c) *Extinción de la viudedad.*—Se extingue:

- Por renuncia explícita que conste en documento público.
- Por nuevo matrimonio, salvo pacto en contrario.
- Por llevar el viudo vida licenciosa.
- Por corromper o abandonar a los hijos, o por atentar al pudor o fomentar la prostitución de las hijas.
- Por incumplir con negligencia grave o malicia las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad, salvo la negligencia en la formación de inventario, que sólo produce la pérdida de frutos.
- Por no reclamar su derecho durante los veinte años siguientes a la muerte del otro cónyuge.
- Por las mismas causas de extinción del derecho expectante si se producen o conocen en fase de usufructo viudal.
- Por las causas de extinción del usufructo que se aplican íntegramente a la extinción del usufructo viudal sobre bienes determinados y mediante la conveniente adaptación a la institución (v. gr.: la renuncia ha de ser formal y explícita).

Una vez extinguida la viudedad, los propietarios podrán entrar en posesión de los bienes usufructuados por interdicto de adquirir.

COMPILACION DE DERECHO CIVIL ESPECIAL DE CATALUNA, NULIDAD E INVALIDEZ DE TESTAMENTO. PRETERICION ERRONEA. Artículos 109, 141 y 252, números 2.º y 3.º de la Compilación y 850 y 855 del Código civil (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1970).

Los hechos de esta Sentencia, que hubiera podido ser interesante de no haberse desestimado el recurso por defectos formales, son, en síntesis, los siguientes:

Don M. F. R. falleció en Barcelona en 1965 estando separado de hecho de su esposa con la que había tenido dos hijos—uno de los cuales había nacido después de la separación—desde fines de 1931. Durante ese tiempo el causante tuvo relaciones con J. M. A., de las que nació una hija, la demandada C. F. M., y de sus relaciones con la también demandada H. R. B. nacieron dos hijos, los asimismo demandados C. y M. R. B.

En su testamento notarial de 13 de mayo de 1948 don M. F. R. lega a su hijo legítimo J. F. R. su legítima, sin mencionar a la hermana de éste, y deja el resto de su herencia a H. R. B., sustituida por sus hijos C. y M. R. B.

A demanda de la consorte separada de hecho y de sus dos hijos, el Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Barcelona dictó sentencia, que fue confirmada íntegramente por la de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, declarando la nulidad e invalidez del testamento y la apertura de la sucesión intestada a favor de los dos hijos legítimos por parte iguales, correspondiendo a la viuda el usufructo de la mitad de la herencia, con salvedad de la legítima correspondiente a los dos hijos, y que el régimen de bienes del matrimonio era el de la sociedad legal de gananciales.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, desestima el recurso por defectos formales en su formulación, sin entrar, por tanto, en el fondo del litigio, conforme a las siguientes consideraciones:

Que el recurso de casación, por su carácter esencialmente técnico, se configura en todos los ordenamientos legislativos con un criterio rigorista, no sólo en cuanto a exigir determinados requisitos de procedibilidad, sino también respecto a los que deben concurrir en el escrito de formalización, y a los restringidos motivos en que puede fundarse.

Que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, haciéndose eco de estas exigencias, dispone, de manera terminante en el artículo 1.720, que en el escrito en que se interponga, se exprese el párrafo del artículo 1.692, en que se halle comprendido, y que se citen, con precisión y claridad, la ley o doctrina legal que se crea infringible y el concepto en que lo haya sido, así como también, que se expresen, en párrafos separados y numerados, los fundamentos o motivos del recurso, cuando fueren varios.

Que las recurrentes, con manifiesto olvido de lo que tan terminantemente está ordenado, en el motivo primero del recurso, después de alegar que la sentencia recurrida comete «errónea interpretación de los artículos 141 y 252 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, al acordar la nulidad del testamento impugnado, por preterición de una hija del testador», y agregar que lo

misimo se puede decir del artículo 109 de la repetida Compilación—pues hubo designación de heredero e incluso, de sustituto—, aún añaden: *a*) que dicho testamento reúne, los requisitos exigidos en los artículos 694 al 697 del Código civil, en relación con el 667, *b*) que, frente al criterio de la resolución impugnada, existe la sentencia de 19 de enero de 1921—sic—; *c*) que también ha sido *desviadamente interpretado y aplicado* el artículo 252 de la mencionada Compilación, al estimar a las recurrentes, incapaces de suceder, y establecer como herederos *ab intestato* a los recurridos; y *d*) que existían motivos justificados para desheredar a la esposa, por su irregular conducta y por el abandono de su marido durante treinta años, lo que supone, en aplicación del artículo 549 de la Ley de Enjuiciamiento civil, un reconocimiento de las causas de desheredación establecidas en los artículos 855 y 105 del Código civil, por lo que resulta infringido aquel artículo de la citada Ley ritual.

Que dada la amalgama de preceptos invocados dentro del mismo motivo, de contenido tan diferente y heterogéneo, y la falta de precisión y claridad en que dicho motivo incurre, así como también la omisión del concepto en varias de las infracciones denunciadas, y la incorrecta calificación de algunos de tales conceptos, resulta evidente que dicho motivo adolece de tan graves defectos de formalización, que hacen imposible su examen, y provocan, en esta fase del recurso, la desestimación de aquél.

Que aunque se pudiera prescindir de esos graves defectos de formalización y cupiera entrar a estudiar el fondo del motivo, tampoco éste podría prosperar, porque no es exacto que la sentencia recurrida, funde la nulidad del testamento de don M. F. R., exclusivamente en la pretensión de su hija legítima doña J. F. R., sino que tal nulidad la basa al Juzgado en que la heredera instituida en ese testamento, era culpable de trato adulterino con el causante, y el sustituto designado, era hijo nacido de tal unión adulterina, por lo que, excluye la sentencia, «es evidente la nulidad de la cláusula de institución de heredero, contenida en el testamento citado... por concurrir, en ambos instituidos, la incapacidad de suceder, establecida en los números 2.º y 3.º del artículo 252 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña», añadiendo que al mismo resultado se llegaría en aplicación del artículo 141, por «la preterición errónea efectuada en relación a la hija legítima del testador, doña J. F. R.», y la Audiencia, después de proclamar que la nulidad del aludido testamento, hay que declararla por la preterición de la hija legítima J., en otro Considerando reitera «que asimismo procede la invalidez y nulidad del testamento cuestionado, por la incapacidad sucesoria concurrente en los designados herederos, doña M. R. B. y su hijo don C. R. B., pues acreditado aparece en autos que la primera es culpable de trato adulterino con el testador, y el segundo, nacido en ese concubinato, y, por tanto, incapaces ambos para suceder al testador», es decir, que la aludida preterición no se utiliza como causa única y determinante de la decretada nulidad, sino que se emplea como argumento *ad majoreus*.

Que las demás alegaciones que en dicho primer motivo se esgriman, resultan completamente fuera de lugar y además aparecen formuladas defecuosamente y alguna de ellas constituyen cuestiones nuevas que, por tanto, no pueden ser examinadas en casación.

Que en el motivo segundo del recurso, se incurre en los mismos defectos de forma que en el primero, ya que, después de invocarse el amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se alegan: *a*) Que son improcedentes las declaraciones tercera, cuarta, quinta y sexta de las contenidas en el fallo, para hacer las cuales—se argumenta por los recurrentes—, se em-

plearon preceptos y disposiciones, contradictorias, que se han aplicado caprichosamente, unas veces recogidas del Derecho Común o Código civil, y otras, de la Compilación..., que son incompatibles entre sí»; b) que si se aplicaron disposiciones de esta Compilación y se admite que el testador llevaba más de diez años de residencia en Barcelona, no se puede hablar de gananciales, sin incurrir en grave contradicción, pues en Cataluña no hay bienes de esta clase, salvo que se pacten expresamente; c) que, además, aún en el supuesto de que se pudiera hablar de gananciales, como la señora R., no vivió con su marido durante los treinta y cinco años últimos de éste, no puede sostenerse que haya aportado esfuerzo alguno a la sociedad conyugal, ni estuvo «en constante matrimonio» con su marido, por lo que se infringió el artículo 1.401 del Código civil; d) que, en último término, dicha señora, había renunciado, por ante Notario, «a nada reclamar a su marido—sic—; y e) que era nulo todo lo actuado, por no haberse aportado a los autos la certificación acreditativa de haberse celebrado o intentado el acto conciliatorio con aquellos litigantes que no eran menores de edad.

Que el párrafo número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, autoriza el recurso de casación «cuando el fallo contenga disposiciones contradictorias», por lo que quedan fuera de este supuesto todas cuantas alegaciones hacen las recurrentes, en este segundo motivo en el que ni siquiera se invoca la incompatibilidad de unas disposiciones del fallo, con otras de dicho fallo, pues lo que se esgrime es la improcedencia de ciertas declaraciones de la parte dispositiva de la sentencia—que no les favorecen—, y la incompatibilidad de unos determinados fundamentos de ella, con otros que sirven de apoyo a ciertas declaraciones del fallo, entremezclándolos, además, con otros preceptos—incluso alguno de orden procedimental—, que nada tienen que ver con el motivo, y pretendiendo hacer depender la permanencia del vínculo matrimonial, de la vida común de los esposos, como si siempre la cesión de ésta—aún sin decisión de autoridad competente—hiciera cesar el «constante matrimonio», que otorga la naturaleza de bienes gananciales, a los adquiridos mientras no se disuelva el vínculo o se suspende la vida, común por la oportuna resolución eclesiástica o civil.

SUCESION EN TITULOS NOBILIARIOS. POSESION CIVILISIMA. LEYES 4^a Y 45 DE TORO (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1970).

La posesión civilísima corresponde a cualquier llamado al título respecto a quienes ostentan un derecho de categoría inferior.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco de la Puerta, desestima el recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante, don E. L. S., contra la sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que había confirmado la del Juzgado número 4 de los de Primera Instancia de Bilbao, según la siguiente doctrina:

Que por la carta real de 21 de junio de 1920 fue rehabilitado el título de Marqués de Monte Rico a favor del demandado, para sí, sus hijos y sucesores legítimos, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, y la sentencia recurrida declara el preferente derecho del actor, a cuyo efecto establece el presupuesto de hecho, no impugnado en el recurso, que si bien ambos contendientes son

parientes consanguíneos en línea colateral del primer Marqués de Monte Rico, el demandante lo es en el grado civil dieciocho y el demandado en el grado civil veintisiete.

Que los dos motivos del recurso se amparan en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el primero se denuncia la infracción, por interpretación errónea, de la Ley 45 de Toro, y en el segundo la violación de la Ley 41, también de Toro, sosteniéndose, 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 aquél 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, ha de estimarse contraído el caso excepcional del derecho del propietario o sucesor único del título, y no al de los múltiples parientes del causante originario que pueden pretenderlo, por lo que, y toda vez que, según el recurrente, ha venido poseyendo plena, pública y pacíficamente el título cuestionado durante más de cuarenta años, esa posesión debe prevalecer sobre cualquier aspirante a poseer en precario el mismo Título, cual lo es el demandante, tesis la expuesta, que se apoya fundamentalmente en la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 1964.

Que pese a la sólida argumentación del recurso se impone su desestimación, por estar la tesis que en él se sustenta en abierta pugna con la constante doctrina de esta Sala, mantenida con anterioridad a la resolución antes citada, en las sentencias de 14 de marzo de 1960 y 3 de noviembre de 1962, entre otras muchas, y con posterioridad, en las de 30 de junio de 1965, 29 de noviembre y 2 de diciembre de 1967, doctrina que establece; en primer término, 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 prellamado legitimamente, es decir, al que tenga un 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 sólo tienen con carácter relativo, esto es, en relación con quien ostente un derecho de categoría inferior; en segundo lugar, que esa posesión civilísima constituye la base y fundamento de la imprescriptibilidad de los títulos y grandezas; y 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 sucesión.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por Jesús González Pérez.

EL RECURSO DE REPOSICION PREVIO AL ECONOMICO-
ADMINISTRATIVO Y EL SILENCIO
ADMINISTRATIVO

SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1970.

I. INTRODUCCIÓN.

Si, en general, el recurso de reposición es una de las instituciones que más problemas prácticos ha planteado, en el previo al económico-administrativo, estos problemas alcanzan su punto culminante.

La razón no es otra que la deficiente regulación que ofrece el Ordenamiento vigente. En efecto:

a) En la Ley de Procedimiento Administrativo, no se hacía alusión alguna a otro recurso de reposición que no fuera el previo al contencioso-administrativo. Y el Reglamento de procedimiento económico-administrativo, al regular las reclamaciones económico-administrativas, tampoco se refiere al recurso de reposición previo al económico-administrativo.

b) Los representantes de la Hacienda pública, esforzados defensores de la peculiaridad de esta parcela de la Administración pública respecto de cualquiera otra, montaron la curiosa teoría de que el viejo Reglamento de las reclamaciones económico-administrativas de 1924 no había sido derogado por el nuevo en cuanto se refería al procedimiento de gestión y, concretamente, al recurso de reposición. Por lo que, después de la Ley de Procedimiento Administrativo y del Reglamento de procedimiento económico-administrativo, todavía siguen vigentes aquellos preceptos del Reglamento de 1924. Esta interpretación llegó a tener acogida en parte de la doctrina y en algún fallo de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo.

c) Llega la Ley general tributaria, y en sus artículos 160 y 162 regula el recurso de reposición. Pero tan parcamente, que no son objeto de regulación buen número de aspectos del régimen jurídico del recurso de reposición previo al económico-administrativo.

Entre estos aspectos, merecen destacarse todos los que derivan de la aplicación de la doctrina del silencio administrativo al recurso de reposición, por la sencilla y elemental razón de que el Reglamento de 1924, al regularlos, se inspiraba en principios sustancial y radicalmente distintos a los que inspiran el actual Ordenamiento jurídico-administrativo español.

Ante normas inspiradas en principios tan dispares, ¿cómo resolver los problemas que el silencio administrativo plantea?

Precisamente por referirse a los mismos la sentencia que hoy comentamos ofrece especialísimo interés.

Los problemas que principalmente plantea la aplicación del silencio administrativo al recurso de reposición son tres:

a) Plazo para que se produzca la denegación presunta por silencio administrativo.

b) Producida la denegación presunta, ¿qué plazo existe para deducir el ulterior recurso económico-administrativo?

c) Dictada resolución expresa, ¿reabre el plazo para deducir el recurso económico-administrativo?

d) Si no se produce la resolución expresa, ¿existe algún procedimiento para que el particular pueda obtener esa resolución, a efectos de deducir la reclamación económico-administrativa?

Antes de exponer la solución de la sentencia comentada sobre cada uno de estos problemas, estudiaremos cómo se ha planteado cada uno de ellos.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN PREVIO AL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO.

1. *Plazo para que se produzca la denegación presunta* (1).

En el supuesto de que no recayese resolución expresa, se prevé la presunción de su desestimación por silencio administrativo. El artículo 160, párrafo 3.º, de la Ley general tributaria, dispone: «Se entenderá tácitamente desestimada, a efectos de ulterior recurso, cuando en el plazo que regularmente se establezca no se haya practicado notificación expresa de la resolución recaída.» La ausencia de norma y la falta de Reglamento plantea un delicado problema interpretativo. ¿Qué plazo rige para que se presuma desestimada la petición?

Una vez más, surge como vía interpretativa cómoda la de entender subsistente el precepto del artículo 4.º del Reglamento de 1924, que consideraba desestimado el recurso por el transcurso de tres días desde la interposición (2). Mas en esta ocasión hemos de pronunciarnos rotundamente por la negativa. Porque la norma que sobre el silencio administrativo se contenía en el artículo 5.º del Reglamento de 1924 pugna abiertamente con el sistema de garantías que sobre el silencio administrativo estructuraron en nuestro Ordenamiento la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por ello, en tanto no se dicte la norma reglamentaria que prevé el artículo 160, párrafo 3.º, de la Ley general tributaria, no queda otra solución que la imperfecta de acudir a la Ley de Procedimiento Administrativo y a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa como supletorias y entender que el plazo para que se produzca la denegación presunta por silencio adminis-

(1) Sobre el problema, me remito a mi trabajo *Los recursos administrativos*, 2.ª ed., Madrid, 1969, págs. 237-239.

(2) Es la opinión de PERULLES: *Manual de Derecho fiscal (Parte general)*, Barcelona, 1961, págs. 445-446.

trativo es el de un mes, que el artículo 54, párrafo 1.º, de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, establece para el recurso de reposición previo al contencioso. El artículo 187 del Reglamento General de Recaudación de 1968 dice que «el Tesorero resolverá el recurso en el plazo de quince días siguientes a la presentación del mismo». Este plazo, dado su texto, no es de silencio administrativo; pero del mismo se desprende que no puede regir el de tres días del Reglamento de 1924. El párrafo 2 del mismo artículo 187 dice que el reclamante deberá personarse en la citada dependencia dentro de los tres días siguientes al término del plazo indicado para ser notificado, y si no lo hiciere se tendrá por efectuada la notificación. Lo que viene a corroborar que no es un plazo de silencio administrativo, pues si personado el interesado no hay resolución, no podrá considerarse desestimado el recurso.

En la esfera local rige plazo distinto: el artículo 235 del Reglamento de Hacienda Locales establece el plazo de quince días (3). ¿Ha de considerarse vigente este plazo después de la entrada en vigor de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la Ley de Procedimiento Administrativo? Es muy discutible la vigencia, sobre todo después de la Ley de Procedimiento Administrativo. No obstante, en la práctica se viene admitiendo así. Y así lo establece la sentencia de 10 de noviembre de 1969 (Ponente: BOMBIN), que sienta una correcta doctrina sobre el silencio administrativo.

Por tanto, a tenor de la doctrina dominante y de la jurisprudencia (sentencia de 10 de noviembre de 1969), en la esfera local, el plazo para que se entienda producida la denegación presunta del recurso de reposición por silencio administrativo es de quince días, a contar desde el día siguiente a la interposición del recurso.

En la esfera estatal, estamos ante una evidente laguna de la Ley.

2. *Plazo para recurrir contra la denegación presunta.*

Aplicando elementales principios, es obvio que el plazo para deducir recurso económico-administrativo contra la denegación presunta es el general de quince días que establece el artículo 94, párrafo 2, del Reglamento de procedimiento económico-administrativo, contado a partir del día siguiente a aquel en que se presume denegado el recurso de reposición.

Así lo ha señalado la sentencia de 23 de abril de 1962 (4).

3. *Posibilidad de recurrir contra la resolución expresa.*

Si después de transcurridos los plazos para que se produzca la denegación presunta se dicta resolución expresa, será admisible el recurso económico-administrativo contra ésta.

Es más, como la producción del silencio administrativo no excluye el deber de resolver expresamente, el interesado puede, teóricamente, renunciar a recurrir contra la denegación presunta y esperar a que se produzca la resolución expresa.

(3) Plazo que consideran vigente TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, en *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1965, I, págs. 884-885. Y HERNÁNDEZ CORCHERO: *Manual práctico sobre procedimientos y recursos administrativos y el contencioso-administrativo*, Pamplona, 1969, págs. 123-124.

(4) Así, HERNÁNDEZ CORCHERO: *Manual práctico*, cit., pág. 171.

Pero en modo alguno es aconsejable esta solución en la práctica. Al menos cuando se trata del recurso de reposición previo al económico-administrativo. Pues dados los hábitos tradicionales, la forma de concebir este recurso y la redacción del artículo 160, párrafo 3.º, de la Ley general tributaria, la espera puede resultar vana ante la falta de medidas eficaces para hacer efectiva la obligación de resolver expresamente y, en consecuencia, quedarse sin la posibilidad de deducir el recurso económico-administrativo. No hay que olvidar que el artículo 161 de la Ley general tributaria, al decir que el plazo para el recurso económico-administrativo *volverá* a contarse desde «la desestimación tácita», hace suponer que automáticamente empieza a correr el plazo de nuevo.

En la esfera local, sin embargo, se ha dictado una correcta doctrina, al declarar que, «interpuesta la reclamación económico-administrativa dentro de los quince días siguientes a la notificación de la resolución expresa por una Corporación local del recurso de reposición formulado ante ella, dicha reclamación está dentro de plazo, aunque hubiera transcurrido ya el establecido para estimar desestimado por silencio administrativo el recurso de reposición» (sentencias de 25 de marzo y 8 de noviembre de 1963, 22 de junio de 1964 y 10 de noviembre de 1969).

4. Posibilidades de recurso cuando no se produce la resolución expresa.

Es evidente que el silencio administrativo no excluye el deber de la Administración de resolver expresamente (5). Así lo dice el artículo 94, párrafo 3, de la Ley de Procedimiento Administrativo. Una sentencia de 23 de junio de 1967 (Ponente: CRUZ CUENCA) se refiere a «la incorrección de la práctica viciosa que representa decretar el archivo del expediente una vez transcurrido el plazo que, equivocadamente, se supone establecido para resolver, cuando el silencio durante el mismo no exime del deber de dictar un proveído expreso». No se trata, simplemente, de una facultad, sino de una obligación de la Administración, que podrá dar lugar a la responsabilidad subsiguiente. Establecer una simple facultad de la Administración supondría dejar en el aire las garantías del interesado que decidiera «esperar la resolución expresa». De aquí que insistir en el deber de resolver expresamente tal y como lo hace el párrafo 2.º del artículo 94 es una consecuencia lógica del principio general establecido en su párrafo 1.º (6). En el mismo sentido, una sentencia de 21 de mayo de 1960 (Ponente: MARROQUÍN DE TOVALINA) dice que el artículo 38 de la Ley jurisdiccional «establece que la denegación presunta no excluye el deber de la Administración de dictar resolución expresa», y la de 18 de octubre de 1960.

La sentencia de 18 de mayo de 1964 dice que es «legal y obligado para la Administración el resolver expresamente toda petición que se le formule, sin consideración a plazo, y, por tanto, sin sujeción a la desestimación presunta». El Auto de 6 de junio de 1964 reconoce la eficacia de la resolución expresa tardía. Pero en sentido contrario se pronuncian, entre otras, las sentencias

(5) Sobre el problema, me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 512-517.

(6) Sobre la doctrina jurisprudencial contraria anterior y sus funestas consecuencias, MARTÍNEZ USEROS: *La teoría del silencio administrativo, en el régimen jurídico municipal español*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 32, páginas 165-167.

de 20 de febrero y 3 de octubre de 1962, 25 de marzo y 25 de abril de 1963, 16 de marzo de 1964, 30 de junio de 1965 y 29 de marzo de 1966.

En sentencia de 5 de julio de 1965 (Ponente: CORDERO TORRES), se dice: «el hecho de que la resolución de la alzada recayera transcurrido el plazo que fija el artículo 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no supone su invalidez, tanto por el ejercicio de la facultad que al particular interesado concede el artículo 94 de la misma Ley como porque, en definitiva, la Administración cumplió tardía, pero válidamente, el deber de resolver expresamente lo que aquel precepto le señalaba». Otra sentencia de 14 de diciembre de 1966 (Ponente: SUÁREZ MANTEOLA) sienta la correcta doctrina de que el que «haya formulado solicitud primaria le es dable esperar al acuerdo expreso de su petición, sin que la excesiva tardanza de la Administración en producirla le prive del derecho de acudir a la vía que corresponda contra ella dentro de los plazos legales, una vez haya tenido lugar y aun cuando se hubieran agotado anteriormente los términos para recurrir contra las estimaciones presuntas, si optó por no iniciar su derecho contra éstos por preferir esperar a conocer la resolución expresa y sus fundamentaciones (sentencias de 8 de marzo de 1959, 1 de diciembre de 1964 y 16 de marzo de 1965)». Otra sentencia de 30 de junio de 1967 (Ponente: CRUZ CUENCA) se refiere a que «la doctrina o normativa de la denegación presunta no significa, en forma alguna, que ésta se haya producido, sino que constituye únicamente una ficción legal en beneficio de los administrados que no les priva del derecho de recurrir, una vez haya tenido lugar el pronunciamiento, aun cuando se hubieran agotado anteriormente los plazos para impugnar las denegaciones presuntas».

Ahora bien, ¿qué medios arbitra la Ley para hacer efectiva esta categórica obligación? Existe, naturalmente, la posibilidad de exigir responsabilidad. Pero no parece que nadie confíe en esta teórica medida. Por ello es necesario regular otras que, al menos, garanticen al particular frente a la inactividad de la Administración.

Pues al mismo tiempo que se admitió el silencio administrativo con carácter general, se establecieron unos plazos para deducir los oportunos recursos a partir de la denegación presunta por silencio administrativo. De aquí que si el particular, confiado en la obligación de la Administración de dictar resolución expresa, deja transcurrir aquellos plazos esperando confiado en la notificación, la pasividad de la Administración—que puede en este caso ser intencionada—supondría, pura y simplemente, cerrar el paso del interesado a toda impugnación ulterior.

Para remediar esta situación únicamente caben dos soluciones:

a) Si existe obligación de resolver expresamente, es lógico que los plazos para deducir los oportunos recursos no caduquen hasta que los mismos transcurran desde la notificación de la resolución expresa.

Por tanto, si en virtud de silencio lo que se reconoce al particular es la posibilidad de recurrir anticipadamente por la presunción legal de la denegación, el plazo no debe caducar hasta que, producida la notificación, transcurra el plazo previsto por la Ley. Es decir, no debe existir plazo alguno, a contar desde la denegación presunta por silencio administrativo. Si éste es una ficción en favor del particular, cuando opte por esperar a que la Administración cumpla con una de sus más elementales obligaciones, ha de admitirse su recurso contra la denegación presunta en cualquier momento. Cuando se can-

se de esperar, cuando agotada su paciencia vea que no se llega a resolver expresamente su petición o recurso, ha de admitirse el recurso que proceda contra la denegación presunta.

Y no se diga que ello supone consagrar indefinidamente la inseguridad jurídica, dejar la seguridad al arbitrio del interesado. Pues lo cierto es que la Administración puede acabar con aquella situación por un procedimiento simple y sencillo: resolviendo expresamente y notificando la resolución.

b) La otra solución posible sería la siguiente: como en los casos de no resolución expresa se está infringiendo un precepto concreto de la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 94, párrafo 3.º), en estos casos el particular podrá deducir escrito de queja, basado en la infracción del artículo que obliga a dictar resolución expresa. Y si transcurre un mes desde la presentación de la queja sin que se notifique resolución, a partir de este momento quedan abiertos los plazos para deducir el recurso que proceda (7).

Esta podría ser una fórmula para que quedaran garantizados los derechos de los particulares. Cualquier otra solución supone dejar a merced de la Administración el cumplimiento de la norma que la obliga a dictar resolución expresa.

La revisión de 1963 de la Ley de Procedimiento Administrativo se ha quedado en el camino y no arbitra una garantía eficaz. Se limita a redactar el inciso 2.º del párrafo 3.º del artículo 94 en la forma siguiente: «Contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse reclamación de queja, que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente.» Todos sabemos lo que sirven estas platónicas declaraciones de responsabilidad.

Sin embargo, una sentencia de 26 de mayo de 1965 sienta la inexplicable doctrina de que no cabe calificar de vulneración de trámites y plazos el que no recaiga resolución expresa, dada la regulación decidente de la desestimación tácita.

Por tanto, aun cuando sería deseable una reforma de nuestra legislación en el sentido expuesto, a fin de hacer efectiva la obligación de resolver expresamente, es lo cierto que, hoy por hoy, en nuestro Derecho vigente, no existe ninguna medida eficaz.

Por eso, una reciente sentencia de la Sala 4.ª, la sentencia de 7 de noviembre de 1969 (Ponente: SUÁREZ MANTEOLA), hace las siguientes declaraciones:

«... Se alza otra doctrina por este Tribunal Supremo, superando la precedente reseñada de fechas de 22 de junio y 31 de octubre de 1964, 6 y 16 de marzo y 22 de junio de 1965, 17 de marzo de 1967, 7 de noviembre de 1968, 1, 4, 13, 27 y 31 de marzo del corriente año, en que se señala que: «es innegable que para imprimir el silencio administrativo su auténtica significación puntualiza claramente en el preámbulo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, se ha rectificado la orientación jurisprudencial que acaba de extractarse, y con arreglo a la

(7) Sobre el problema, me remito a mi trabajo *Sistema de recursos y autonomía local*, publicado en «El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados», número 29, Madrid, 1962, pág. 1266 Véase, también, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre silencio administrativo y recurso contencioso*, «Revista de Administración Pública», núm. 47, págs. 207-227.

tesis imperante más atinada, no resulta ya ortodoxo la afirmación de que el acto presunto se convierte en firme después del año, sino que el interesado, frente a la facultad derivada del silencio administrativo, puede combatir facultativamente la desestimación tácita o presunta o esperar a que se dicte resolución expresa, cualquiera que sea el momento en que ello ocurra; de donde se sigue, la posibilidad de la Administración de hacer lo que precisamente se le impone como deber, incluso bajo la responsabilidad personal de la autoridad o funcionario negligente o imponiendo al administrado que, habiendo demostrado su disconformidad con la decisión inferior, tiene derecho a la espera relacionada por no ser susceptible por lo argumentado, de crear cualquier tipo de firmeza, por constituir tan sólo una mera presunción legal, que puede utilizar en su favor el interesado, acudiendo a la vía contencioso-administrativa o esperando la desestimación expresa de la alzada para impugnarla cuando se produzca; claro está que, en el último supuesto, *corre evidentemente el riesgo de no ver llegar el momento y razón de su aplazado recurso, pese a la advertencia legal—verdaderamente conminatoria a la Administración de que la denegación presunta no excluye su deber de dictar resolución expresa—, lo cual, conjugado con el principio fundamental de la ejecutividad administrativa, puede hacer que una tal solución de optar por la espera deja colocado al operante en situación de consecuencias prácticamente irreparables*».

III. LA SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1970.

1. La sentencia de la Audiencia,

A) Los hechos.

a) El Ayuntamiento de V. notifica a C. varias liquidaciones de arbitrio de plusvalía.

b) La Sociedad interpone contra las liquidaciones recurso de reposición potestativo previo al económico-administrativo.

c) El Ayuntamiento no resuelve el recurso de reposición.

d) La Sociedad interesada, después de varios meses de la fecha de interposición del recurso de reposición, denuncia la mora. Y, una vez transcurridos tres meses desde la denuncia de la mora, entiende denegado el recurso de reposición y deduce la reclamación económico-administrativa.

e) La reclamación económico-administrativa se declara inadmisibile, por considerarse interpuesta fuera de plazo.

f) La Sociedad interpone recurso contencioso-administrativo, que es resuelto por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos de 31 de octubre de 1969.

B) La sentencia.

La sentencia de la Audiencia, de que fue ponente don Antonio Nabal Recio, sentó una doctrina sumamente interesante, avanzadísima en la línea de las garantías. Pero no respondía a lo que, por desgracia, está vigente en nuestro Ordenamiento.

En su intento de estructurar un régimen de garantías del administrado, sentó la siguiente doctrina en sus Considerandos:

Considerando: Que no se advierten con facilidad los motivos para negar la aplicabilidad del artículo 94 de la Ley de 17 de julio de 1958, en cualquiera de sus párrafos, a las reclamaciones económico-administrativas. Precisamente el artículo 1.º, inciso 3, de la Ley citada, dispone que «el silencio administrativo y el ejercicio del derecho de recurso en vía administrativa que estuviere reconocido en disposiciones especiales se ajustarán, en todo caso, a lo dispuesto en los artículos 94 y 95 y en el título V de esta Ley, respectivamente». El artículo 94 de la Ley de procedimiento administrativo, en consecuencia, y en particular su párrafo tres, cuando afirma que «la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa», se convierte de esta forma en una norma básica, e incluso en un principio interpretativo, para la aplicación de los distintos cuerpos legales o reglamentarios que regulan el quehacer de la Administración en sus varios ramos y servicios. Siendo ello así, ninguna diferencia en contrario puede obtenerse de que la Ley General Tributaria, dictada sólo veintiséis días después que la Ley de 2 de diciembre de 1963, insistiera en el criterio del citado artículo 94, no haga referencia alguna al silencio administrativo, tratando sólo de los recursos de queja en su artículo 106. Igualmente, por lo que respecta a las Corporaciones locales, el criterio del artículo 94, párrafo 3, les es también aplicable no sólo como supletorio en una materia que su ordenamiento propio no trata de manera específica, sino como principio interpretativo y explicitador de una conclusión que era ya innanente a su calidad de Administración pública, aunque no se hubiere declarado de modo expreso para los supuestos de silencio administrativo.

Considerando: Que ocurre además, por otra parte, que el criterio del párrafo 3 del artículo 94 en cuestión, confirmado y ampliado unos años después, al disponer que necesariamente sea siempre dictada una resolución expresa, incide de modo directo en otros preceptos del ordenamiento jurídico global, que devienen así inoperantes o quizá contrarios a su propósito inicial. Es muy posible que *estas consecuencias no fueran previstas por el legislador al redactar el artículo citado, pues en tal caso hubiera rectificado también los preceptos ya no concordantes, pero corresponde siempre a los Tribunales, sin embargo, el integrar las normas nuevas y preexistentes en un conjunto coherente y organizado, renovando así de modo constante la unidad lógica y axiológica del ordenamiento jurídico. Ocurre así que al tener la Administración el deber de resolver de modo expreso, carece de sentido la fijación de un plazo final —no del inicial— para recurrir en los supuestos de silencio administrativo, pues tal plazo sería necesariamente renovado si la Administración, como sería de esperar, cumpliera después con su obligación. De esta manera, la expresión condicional que emplea el artículo 58, párrafo 4.º, de la Ley reguladora de esta*

jurisdicción, la de «si con posterioridad recae acuerdo expreso», ha perdido hoy todo significado jurídico, pues la resolución ha de recaer en todo caso, y ha perdido también su intención el amplio plazo final para recurrir que este precepto disponía, de suerte que su mantenimiento puede ser hoy incluso contraproducente. En otros términos, si la Administración tiene que resolver de modo expreso, y su resolución abre otra vez el plazo de los recursos, la única resolución ahora razonable es estimar tal plazo abierto mientras la Administración no dicte una resolución expresa, hasta el momento en que prescriban las acciones de que se trate. Esta solución, además de incitar a la Administración a resolver, como es su obligación legal es la única que puede evitar las confusas situaciones que de otra suerte se producirían, y como ya se producen en estos autos, pues al negarse el Ayuntamiento a dictar un acuerdo expreso, según intenta justificar en el folio 5 de su contestación, impediría el ulterior enjuiciamiento de las resoluciones ahora litigiosas. En consecuencia, estima esta Sala que está aún vigente en este caso el plazo para recurrir ante ella, como lo estaba en su día cuando se interpuso la reposición ante el Organismo jurídico administrativo de Alava, pues estos razonamientos son aplicables tanto a la vía contenciosa como a la administrativa».

C) La apelación.

Contra la sentencia de la Audiencia, interpuso recurso de apelación el Ayuntamiento de V., que fue resuelto por la sentencia comentada.

2. La sentencia de 19 de mayo de 1970.

La Sala 3.^a del Tribunal Supremo, en esta sentencia de que fue ponente don Víctor Serván Mur, sentó la siguiente doctrina (Considerandos 6.º y 7.º):

Que recogidos en el anterior los ineludibles antecedentes fácticos, y entrando ya en el ámbito *de iure*, se hace preciso establecer como fundamentales premisas que permitan concretar la doctrina, cuya aplicación al presente caso conduzca a resolver la cuestión de si existe o no la formulación extemporánea que determinó la inadmisión de la reclamación económico-administrativa, las siguientes: A) Que, en primer lugar, y en términos generales, ha de ponerse de relieve que la «denuncia de mora» que establece el artículo 94, párrafo 1.º, de la Ley de procedimiento administrativo, es aplicable a las peticiones que se deduzcan a la Administración, pero no a la resolución de recursos, pues así se deduce de los términos, claros, que el precepto legal emplea, y lo ha proclamado la doctrina de este Tribunal Supremo que en la sentencia de 7 de noviembre de 1962, definiendo la naturaleza de la institución de la «denuncia de mora», como una llamada de atención sobre el órgano actuante para que acelere su decisión, rechaza su aplicación en un recurso de alzada; y en la de 23 de noviembre de 1964, insistiendo en la distinción entre que la interpelación del particular se produzca por vía de petición o de recurso, reprobando que la denuncia de mora se pueda utilizar para provocar un nuevo acto tácito, acaso para cubrir la caducidad del plazo de igual duración fijado por la interposición del recurso. B) Que en cuanto al plazo para que en el recurso de reposición ante el Alcalde Presidente del Ayuntamiento se entienda

tácitamente desestimado por aplicación de la doctrina del silencio administrativo, esta cuestión ha de resolverse conforme a los artículos 232 y 235 del Reglamento de Haciendas Locales, aprobado por Decreto de 4 de agosto de 1954, que disponen, el primero, que «el plazo para interponer el recurso de reposición es el de quince días hábiles siguientes a la notificación o publicación del acto o acuerdo y se entenderá desestimado si transcurren otros quince días sin que se notifique su resolución», y el segundo de los citados textos reglamentarios, reiterando el criterio normativo, previene que «el recurso de reposición se resolverá por la Corporación o Autoridad que hubiese dictado el acto administrativo, en el plazo máximo de quince días, a contar desde el siguiente al de la presentación», añadiendo en su párrafo 2.º, que «transcurrido dicho plazo sin haber recaído acuerdo el recurso se entenderá desestimado»; por lo que en contemplación de dichos preceptos, hemos de establecer que el acto presunto del Alcalde denegatorio, por el silencio administrativo, de recurso de reposición, ha de entenderse producido al transcurrir los quince días de su interposición sin haberse dictado por la Autoridad municipal resolución expresa quedando desde aquella fecha expedita la utilización de los recursos procedentes, y contándose desde ella los plazos señalados por la Ley para interponerlos. C) Que, por consiguiente, a partir de esa fecha ha de computarse el plazo para acudir a la vía económico-administrativa, plazo que es también de quince días, conforme al artículo 94, párrafo 2, del Reglamento de procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas, aprobado por Decreto de 26 de noviembre de 1959. D) Que el artículo 94 de la Ley de procedimiento administrativo sólo puede interpretarse en el sentido de que si bien concede a los recurrentes en el supuesto de que la Administración no dicte resolución expresa del recurso en el plazo legal, el derecho a optar entre deducir frente a la denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o esperar la resolución expresa del mismo, sin embargo, la etiología del precepto pone de manifiesto que la opción, que pudiera denominarse activa, contra el acto presunto, ha de manifestarse interponiendo el correspondiente recurso dentro del plazo legal a contar de aquél, y que, por el contrario, el transcurso del mismo, con abstención recurrente ha de entenderse como expresión de voluntad de esperar la resolución expresa de la Administración, debiendo, en consecuencia, rechazarse que se pueda dejar transcurrir el plazo legal para recurrir, y caducado ya, se pretende rehabilitarlo, pues ello va en pugna del principio de seguridad jurídica y del de respeto de los plazos legales, cuya obligatoriedad por igual para la Administración y para los interesados, sin necesidad de apremios, consagra el artículo 56 de la Ley de procedimiento administrativo» (6.º Considerando).

«Que, teniendo en cuenta que en el presente caso, y según se recoge en el 5.º Considerando de esta sentencia, los recursos de reposición formulados ante el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de V., por C. V., contra las liquidaciones números 1.458, 1.460, 1.461, 1.457 y 1.459, giradas por el arbitrio sobre incremento de valor de los terrenos fueron presentados en el Ayuntamiento el día 16 de julio de 1966 para las tres primeras y el 15 de marzo de 1967 para las otras dos, la aplicación al presente caso de la doctrina que en el anterior se consigna, no puede llevar a otra conclusión, que a la de establecer que al transcurrir los quince días hábiles siguientes al 16 de julio de 1966 y 15 de marzo de 1967, sin que la Autoridad Municipal de V. resolviera los recursos de

reposición, se produjo el acto presunto, denegatorio del mismo, por aplicación de la doctrina del silencio administrativo, y empezó a correr el plazo de quince días para producir la reclamación económico-administrativa que establece el artículo 94 del Reglamento de 26 de noviembre de 1959, y como éste se interpuso por C. V., ante el Organismo Jurídico-Administrativo de la provincia, con relación a todas las liquidaciones, que acumuló el 4 de mayo de 1968, no puede ofrecer duda alguna que se produjo extemporáneamente, sin que pueda atribuirse efecto alguno rehabilitador del plazo a la denuncia de mora, que la Empresa tantas veces mencionada hiciera a la Corporación Municipal en sus dos escritos de fecha 14 de enero de 1968, por las obvias razones de que, como ya destacamos, la institución de «denuncia de mora» sólo es aplicable en las peticiones de la Administración pero no en vía de recursos, y porque como declara la sentencia de este Alto Tribunal, también citada, de 23 de enero de 1964, no puede admitirse que la denuncia de mora se utilice para provocar un nuevo acto tácito, para cubrir la caducidad del plazo de igual duración, fijado para la interposición del recurso» (7.º Considerando).

IV. APRECIACIÓN CRÍTICA.

De lo expuesto en el apartado II se desprende que la sentencia comentada interpreta fielmente nuestro Ordenamiento jurídico.

Si la misión de los Tribunales es—como dice el artículo 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial—«aplicar las leyes... juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», no cabía otra solución que la dada por esta sentencia de 19 de mayo de 1970.

Lo que viene a demostrar la existencia, efectivamente, de un grave defecto de la regulación del silencio administrativo, defecto reiteradamente denunciado por nosotros.

Porque si la Ley da una opción al interesado para recurrir contra la denegación presunta o esperar la resolución, lo que no ofrece es garantía alguna para que, cuando opta por esto último, pueda hacer efectiva la obligación de resolver.

De aquí las certeras observaciones que se hacen en la sentencia de la Sala 4.ª de 7 de noviembre de 1969, en el Considerando antes transcrito, al decir que, cuando el particular opta por esperar la resolución expresa, «corre el evidente riesgo de no ver llegado el momento y razón de su aplazado recurso...», lo cual, conjugado con el principio fundamental de la ejecutividad administrativa, puede hacer que una tal solución por la espera deja colocado al optante en *situación de consecuencias prácticamente irreparables*.

J. G. P.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

SECCION QUINTA: IMPUESTO DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS)

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.

10. *REGIMEN FISCAL DE COOPERATIVAS: Es de la competencia exclusiva del Ministerio de Hacienda decidir en vía administrativa sobre las exenciones otorgadas a estas Entidades* (RESOLUCIÓN DE 8 DE MAYO DE 1969).

A) *Hechos*.—El acto liquidable, motivo del presente Recurso, se refería a un préstamo concedido por el Patronato del Fondo Nacional de Protección al Trabajo, a una Cooperativa agro-ganadera, destinado a la mejora de sus instalaciones, obligándose dicha Cooperativa, en la escritura de constitución, a garantizar su devolución con hipoteca, tan pronto lo exigiera la Entidad acreedora.

La Abogacía del Estado giró liquidación a cargo de la Cooperativa mencionada por el número 5 de la Tarifa al 1,90 por 100.

El recurrente utilizó con carácter alternativo este doble argumento: a) que por tratarse de una Cooperativa protegida conforme al Decreto de 9 de abril de 1954, debía gozar de la exención del Impuesto por aplicación del artículo 146, números 5 y 64, de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, y b) que, aun en el supuesto de no estimarse la exención solicitada, la liquidación se había practicado erróneamente por la Oficina Gestora al aplicar el número 5 de la Tarifa correspondiente a Constitución de Hipoteca, cuando en realidad debió aplicarse el número 11, referente a Préstamos Personales.

El Tribunal Provincial respectivo consideró improcedente someter al Ministerio de Hacienda la decisión sobre la aplicación o no de la exención solicitada, como pedían los recurrentes, y se limitó a desestimar el recurso, en atención a que el artículo 65, número 1, de la Ley del Impuesto, declara exentos los actos y contratos, mediante los cuales las Cooperativas protegidas «llevan a cabo adquisición de bienes inmuebles o derechos», caso que no es el aquí planteado, ya que la escritura liquidada no contenía ninguna adquisición de este tipo y sí solamente un contrato de préstamos garantizado con fianza.

A ello se contestó por el recurrente en la alzada que el contrato por el cual los asociados consiguen un préstamo para hacer posibles dichas adquisiciones, también debe estar exento, no por analogía, sino porque la adquisición de bienes inmuebles o derechos requiere como condición previa la disponibilidad de dinero, y a este efecto se había solicitado del Patronato antes citado.

B) *Doctrina*.—Que, según tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo, es de la competencia exclusiva del Ministerio de Hacienda decidir en vía administrativa sobre las exenciones fiscales otorgadas a las Sociedades Cooperativas y resolver las cuestiones incidentales que se planteen en dicha materia, conforme dispone el artículo 9.º del Decreto de 9 de abril de 1954.

Que el alcance de la exención, regulada en el número 5 del artículo 146 de la Ley de Reforma Tributaria de 1964, ha de entenderse inoperante en la actualidad por aplicación del párrafo 6.º, artículo 230, de la propia Ley, en el que se establece que subsistirán las normas especiales que regulan el régimen peculiar fiscal, de las Entidades Cooperativas, hasta tanto que por Decreto dictado a propuesta del Ministerio de Hacienda, y previo informe de la Organización Sindical, se establezca un nuevo Estatuto Fiscal de las mismas.

Queda sin abordar en el presente recurso la cuestión de fondo que lo motiva. El Tribunal Central se limita, pues no podía hacer otra cosa, a fijar competencias e invocar el artículo 230 de la Ley de Reforma Tributaria, anuncio de un nuevo Estatuto Fiscal, dirigido a acomodar los preceptos de la Reforma a la especial naturaleza de las Cooperativas. Pues bien, se da la curiosa circunstancia de que el día siguiente a la fecha de esta Resolución, el 9 de mayo de 1969 vió la luz el esperado Estatuto, por lo que consideramos de interés trazar en breves líneas el Régimen Fiscal vigente para estas Entidades en lo que al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales se refiere.

No ofrece duda que el fenómeno cooperativo exige un tratamiento fiscal específico, en atención a la función social que cumple y al elemento humano que lo integra, generalmente, de escasos recursos económicos. En España se dictaron con esta finalidad, a partir de 1885, disposiciones de muy distinto rango y alcance, carentes de sistemática y contradictorias en muchos casos. Como dice Jose Luis del Arco (1), a fuerza de querer eludir la solución del problema, se había llegado a un estado de absoluta inseguridad jurídico-fiscal, que tanto perjudicaba al Fisco como a las Cooperativas merecedoras de protección aparte. Una Orden del Ministerio de Hacienda de 27 de enero de 1948 vino a remediar en parte esta grave situación, acomodando las dispersas exenciones existentes a la nueva terminología legal de las Cooperativas y creando una llamada Junta Consultiva del Régimen Fiscal de las Cooperativas. En base a un proyecto elaborado por dicha Junta, el Ministerio de Hacienda dictó el Decreto de 9 de abril de 1954, que con algunas modificaciones posteriores constituía el Derecho vigente hasta la publicación del actual Estatuto, que viene a resolver los numerosos problemas planteados en esta materia a partir de la reforma de 1964, especialmente. El nuevo Estatuto de 1969 ha seguido las líneas fundamentales del Decreto de 1954, pero con importantes modificaciones. Como dice su Exposición de Motivos, las Cooperativas están en principio sometidas al Derecho Fiscal

(1) Régimen Fiscal de las Cooperativas, Madrid, 1969.

Común; sin embargo, se establece un Régimen Fiscal especial para algunas de ellas, en atención a la condición de sus socios o a la índole de sus actividades. De ahí que se mantenga la clasificación de las Cooperativas en «protegidas» y «no protegidas», pero regulando con detalle los requisitos exigidos para el disfrute de aquella condición.

Es importante destacar, por cuanto constituye precisamente el tema de la Resolución que comentamos, que los Tribunales Económico-Administrativos recobran su competencia para conocer de las controversias que se susciten en relación con el Régimen Fiscal de estas Entidades, competencia que, como hemos visto, estaba hasta la publicación del nuevo Estatuto, atribuida exclusivamente al Ministerio de Hacienda. Se mantiene no obstante, el previo informe de la Junta Consultiva.

En resumen, y con referencia al Impuesto de Transmisiones, único que aquí nos interesa, las Cooperativas protegidas gozan en el nuevo Estatuto de los beneficios fiscales siguientes:

a) *Exención total para los actos de constitución, unión, modificación o disolución.*

Esta exención alcanza a las adjudicaciones que, al disolverse las Cooperativas, se realicen a favor de sus asociados, pero deberá girarse liquidación por exceso de adjudicación cuando el valor de los bienes adjudicados al asociado rebase el de la cuota a que tenga derecho.

La referencia a las adjudicaciones era, según Del Arco (2), muy necesaria, dado que algunas Oficinas Liquidadoras declaraban la exención en cuanto al acto de disolución, sujetando, en cambio, en todo caso, las adjudicaciones, sin atender a que existiera o no exceso en las mismas. Un supuesto específico de aplicación de estas normas lo tenemos en las Cooperativas de viviendas cuando se adjudica a cada socio la que le haya correspondido. Dicha adjudicación deberá declararse sin duda alguna exenta pero bien entendido que la exención se limitará a las adjudicaciones realizadas en caso de disolución y, por tanto, no entrará en juego si la Cooperativa subsiste con posterioridad a las mismas, aunque sea para seguir cumpliendo sus fines específicos u otros directamente relacionados con aquéllos.

b) *Exención total para los actos y contratos, mediante los cuales realicen adquisiciones de bienes inmuebles o derechos para sí o sus asociados, siempre que tiendan directamente al cumplimiento de sus fines sociales y estatutarios, y recaiga sobre las Cooperativas la obligación de satisfacer el Impuesto.*

Esta exención se halla limitada por un triple condicionamiento. En primer lugar, ha de tratarse de adquisiciones de bienes inmuebles. Inicialmente, la exención se extendía a todos los actos y contratos, después se limitó a los contratos de adquisición de bienes muebles, inmuebles o derechos, y, finalmente, la Ley de 11 de junio de 1964 la redujo a los supuestos que ahora recoge el estatuto siguiendo la pauta que aquella le marco.

En segundo lugar, es preciso que la adquisición tenga por objeto el cumplimiento de fines sociales y estatutarios, circunstancia que deberá deducirse explícitamente de los antecedentes o disposiciones que constituyan el negocio

(2) Ob. cit., pág. 118.

juridico, objeto de liquidación Finalmente, ha de recaer sobre la Cooperativa la obligación de satisfacer el Impuesto, lo que debe interpretarse en el sentido de que dicha obligación debe resultar de un precepto legal y no del simple pacto de los otorgantes.

En cuanto al Impuesto sobre los Bienes de las Personas Jurídicas, el Estatuto, a diferencia del Decreto de 1954, no contiene declaración alguna expresa de exención. Ello es explicable porque las Cooperativas, en orden a las transmisiones de bienes o derechos de que son titulares, funcionan a modo de Sociedades Mercantiles, y, por tanto, hay que considerarlas ajenas al ámbito de este Impuesto. Mas que de exención, como decía el Decreto de 1954, se trata de no sujeción. No es imaginable que una Cooperativa sea titular de bienes o derechos reales excluidos del tráfico, o de la sucesión hereditaria, llegado el caso de su disolución (3).

En general, la aplicación de los beneficios fiscales reconocidos a las Cooperativas es automatico o de pleno derecho, sin necesidad de declaración previa, pero quedan fuera de esta regla los Impuestos de Sucesiones, Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, en los cuales, según el artículo 12 del nuevo Estatuto, es preciso un previo reconocimiento de las exenciones por las Abogacías del Estado u Oficinas Liquidadoras del Distrito Hipotecario competente, ante las cuales se hayan presentado los correspondientes documentos.

Muy conectado con las Cooperativas ha estado siempre el problema fiscal que venían planteando los Grupos Sindicales de Colonización. Un Decreto de 17 de diciembre de 1959 declaró aplicable a estos Grupos, el de 9 de abril de 1954. Derogado este último por el nuevo Estatuto, era lógico esperar una disposición similar; de ahí que, por reciente Decreto de 8 de junio del presente año, se haya mantenido la equiparación a efectos fiscales de ambos tipos de Entidades. Como única especialidad cabe destacar la relativa a la composición de su Junta Consultiva, que se constituirá sustituyendo al representante del Ministerio de Trabajo por otro del Ministerio de Agricultura, y a los tres representantes de la Obra Sindical de Cooperación por otros tantos de la Obra Sindical de Colonización.

11. **ESTABLECIMIENTOS DE BENEFICENCIA PARTICULAR:** *En cuanto a los bienes aportados en el acto de su constitución, no es inexcusable la presentación de la Orden de clasificación para el reconocimiento de los beneficios fiscales de que disfrutaban. Bastará que se establezcan a favor de personas o instituciones pobres para presumir la posterior decisión ministerial favorable, sin perjuicio de la reglamentaria revisión en caso contrario (RESOLUCIÓN DE 26 DE JUNIO DE 1969).*

A) **Hechos.**—Se constituyó una fundación mediante escritura pública, de la que se derivaban los siguientes hechos de trascendencia jurídico fiscal:

a) Su finalidad consistía en recoger a los niños de determinado pueblo y darles gratuitamente, formación religiosa cultural o física.

(3) DEL ARCO, ob. cit., pág. 135.

b) Se le atribuía carácter exclusivamente benéfico-social y se le dotaba con determinados bienes, cuyos rendimientos no podrían dedicarse a otros fines que los benéfico-sociales prescritos en la escritura fundacional.

c) No se preveía retribución o premio de clase alguna para las personas que constituían el Patronato de la Fundación.

d) Finalmente, se justificaba haber promovido ante el Gobierno Civil respectivo la clasificación de la misma.

La Abogacía del Estado acordó en principio aplazar la liquidación hasta que se acreditara la clasificación de la Fundación mediante presentación de la Orden Ministerial correspondiente, y transcurrido un plazo que no se especifica, giró liquidación por el número 7 F de la Tarifa al 68 por 100, recurrida por estimar el Patronato que era de aplicación al caso la exención prevista en el artículo 19, número 5, de la Ley del Impuesto, en relación con el artículo XX del vigente Concordato.

El Tribunal Central revoca la liquidación y declara exento el acto, pero, como vamos a ver, en base a normas distintas de las alegadas por los recurrentes:

B) *Doctrina.*—Que en el recurso de alzada se postula la revocación del fallo de primera instancia, porque, según se razona, es aplicable la exención del número 5 del artículo 19 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, en relación con el artículo XX del Concordato vigente con la Santa Sede, más el epígrafe f) de esta norma concordada que se invoca, y que se refiere a «los colegios u otros centros de enseñanza, dependientes de la jerarquía eclesiástica, que tengan la condición de benéfico-docente», no es aplicable al caso, pues la Fundación a que se adscriben los bienes ni es exactamente un Centro de enseñanza, aunque en sus locales también se atiende a la formación cultural de los niños que, en sucesivos turnos en ella, se acojan, ni tampoco depende de la Jerarquía eclesiástica, pues se establece su exclusivo gobierno por una Junta de Patronos, de la que forman parte, entre otros, el Párroco y el Alcalde, por razones de sus cargos, y sobre la que se ejercerán las funciones de Protectorado previstas en las correspondientes Instrucciones sobre Beneficencia particular.

Que ello no obstante, el artículo 46 del Reglamento de procedimiento económico-administrativo permite al órgano jurisdiccional pronunciarse en cualquier instancia sobre las cuestiones que ofrezca el expediente de reclamación, hayan sido o no planteados por los interesados, lo que hace preciso enjuiciar si a la Fundación recurrente le es aplicable la exención del número 8.º del artículo 19, en relación con el número 65-1C del artículo 65, ambos del Texto Refundido de la Ley del Impuesto por tratarse de un establecimiento de beneficencia particular, en el que los cargos de patronos y representantes legales son de carácter gratuito.

Que es forzoso optar por la afirmativa, ya que concurren en la Fundación recurrente los requisitos que establece el artículo 2.º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 para las instituciones de beneficencia particular y el artículo 2.º del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912 para las benéfico-docentes.

Que para la aplicación de tal beneficio fiscal no es necesaria la presentación de la Orden Ministerial de clasificación de la Fundación como benéfica

o benéfico-docente, pues el artículo 28 del Reglamento de 15 de enero de 1959, aplicable al caso, a tenor de la 6.ª Disposición transitoria del Texto Refundido de la Ley, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, distingue claramente cuando se transmitan bienes a favor de establecimientos o Fundaciones de beneficencia ya existentes, en cuyo caso, para gozar del beneficio fiscal, es preciso que estén clasificados como tales; y cuando por actos *inter vivos* o por testamento se destinen bienes o derechos a la fundación de establecimientos o instituciones de beneficencia o instrucción, en el que no es inexcusable la presentación de la Orden de clasificación, bastando con que las Oficinas Liquidadoras pongan en conocimiento del Ministerio respectivo la cláusula fundacional de que se trate, y los bienes a que se refiere, a los fines del Protectorado del Gobierno; obligación ésta que también impuso a Notarios y Registradores de la Propiedad la Real Orden de 21 de abril de 1968, con lo cual la investigación referente a Fundaciones de beneficencia particular queda asegurada a través de la intervención de tres funcionarios distintos y calificados.

12. SUSPENSIÓN DE INGRESO DE LA LIQUIDACIÓN GIRADA: *Su concesión es facultad discrecional del órgano competente para conocer de la reclamación (RESOLUCIÓN DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1969).*

El Tribunal Central ha dictado en esta misma fecha tres Resoluciones, que, si bien difieren en los supuestos de hecho que les sirven de base, contienen idéntica doctrina. Haremos por ello un comentario común a todas.

La cuestión debatida radicaba en si interpuesta reclamación económico-administrativa contra una liquidación, y solicitada al propio tiempo suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, procede o no en todo caso su concesión, previa presentación de la oportuna garantía o aval, bancario a satisfacción del Tribunal.

El Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo de 26 de noviembre de 1959 dispone, en su artículo 83, que: «Los órganos competentes, para conocer las reclamaciones, podrán acordar, a instancia del interesado, que se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado mientras dura la substanciación del procedimiento económico-administrativo, exigiendo, en todo caso, la constitución de garantía». Como claramente resulta de este precepto, el aplazamiento o suspensión no constituye un derecho del reclamante que es obligado conceder en todo caso, sino que muy al contrario, su concesión es facultad discrecional del órgano que conoce de la reclamación («podrá acordarla», dice el precepto). El hecho de presentar la solicitud de suspensión obliga únicamente a concederla con carácter preventivo, hasta que el órgano competente resuelva sobre su concesión o denegación (apartado 8.º del mismo artículo citado).

En los casos contemplados por las Resoluciones a que hemos hecho referencia, el aplazamiento se deniega en términos generales «por no observarse las circunstancias muy cualificadas que obliguen a concederla», pero sin concretar cuáles sean.

Llegado a este punto, es de tener en cuenta que el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 admite, de modo general,

que la Autoridad, a la que compete resolver un recurso, pueda suspender, de oficio o a instancia de parte, la ejecución del acuerdo recurrido, en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. Y PERA VERDAGUER (4) no ve inconveniente en que en principio sirva de norma orientadora, ésta de la dificultad o imposibilidad en la reparación de los daños o perjuicios que con la ejecución pudieran producirse. Análoga orientación se advierte en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los casos en que se ha pronunciado sobre este tema, como consecuencia de recursos contencioso-administrativos. Concretamente tiene declarado en 3 de mayo de 1927, que debe accederse a la suspensión si el daño a causar deriva de la venta en procedimiento de apremio de bienes embargados para hacer efectivas responsabilidades administrativas previamente declaradas a favor del erario municipal; y de modo más general, el 7 de febrero de 1933, que es procedente la suspensión en los casos de venta de inmuebles embargados, mucho más hallándose indicios, si bien aquélla debe decretarse siempre sobre la base de que no se siga menoscabo al servicio público (13 y 20 de abril de 1931). La noción de «daños irreparables» ha sido fijada con precisión en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1914-15, no debiendo estimarse como tales aquellos que sin gran dificultad pueden ser tasados y apreciados los perjuicios. En definitiva, la apreciación de si concurren o no las circunstancias precisas para acordar la suspensión, corresponde en última instancia a los Tribunales.

13. **COMPROBACION DE VALORES:** La Administración puede acudir indistintamente a cualquiera de los medios ordinarios y, en consecuencia, no está obligada a utilizar con carácter preferente el valor que resulte de la renta catastral (RESOLUCIÓN DE 2 DE OCTUBRE DE 1969).

A) *Hechos.*—Se trataba de una escritura de compraventa, en la que se tomó como base la valoración formulada por un Ingeniero Agrónomo del Servicio del Catastro de Rústica de la Delegación de Hacienda, conforme al número 12 del artículo 80 del Reglamento de 1959. Dicho procedimiento fue impugnado por entender el recurrente que en caso alguno podía llegarse a esta tasación pericial sin haber previamente iniciado la comprobación por los datos relativos a la renta catastral.

B) *Doctrina.*—Que a la vista de lo dispuesto en el número 12, párrafo 1.º del artículo 117 del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967, se hace necesario establecer que la Oficina Liquidadora no viene, en caso alguno, obligada a utilizar, como medio de comprobación, los registros fiscales o trabajos catastrales debidamente aprobados a que se refiere el número 2.º del propio precepto legal como el interesado afirma en su escrito, sino que igualmente podía acudir a cualquier otro que estuviera dentro de la enumeración de medios ordinarios contenidos en el mismo.

(4) *Procedimiento Económico-Administrativo*, Editorial Hispano-Europea, Barcelona, 1960, pág. 171.

El interesante problema planteado en el presente recurso se concretaba a dilucidar si el Liquidador del Impuesto, al practicar el expediente de comprobación de valores, puede acudir directamente y tomar como buena la valoración que formule un funcionario técnico al servicio de la Administración, prescindiendo de los que tradicionalmente se han venido considerando como procedimientos preferentes. Esto es, los datos catastrales o el Índice de Precios Medios en su caso.

Entendemos que la respuesta varía sustancialmente según se aplique el Reglamento de 1959 o la moderna normativa contenida en el Texto Refundido de 1967.

En efecto, el artículo 80 del Reglamento citado, bajo el calificativo de medios ordinarios, enumera una serie de procedimientos, de los cuales, los tres primeros tienen, según el apartado 3.º del mismo artículo, carácter preferente, debiendo el liquidador acudir, en primer lugar, a alguno de ellos y después indistintamente a los demás. Como tercera posibilidad prevé el Reglamento el medio extraordinario de la tasación pericial.

Hasta aquí la argumentación del recurrente era correcta, y el mismo Tribunal Central lo tiene admitido en algunas resoluciones, citemos, por ejemplo, la de 3 de octubre de 1968 (1), si bien se hace constar en ella que «el hecho de que el resultado de cualquiera de los medios ordinarios no figure en el expediente, no autoriza a pensar que no fuesen tenidos en cuenta». No hace falta, por tanto, consignar expresamente en el expediente que se han utilizado, pues se presume que ha sido así.

Ahora bien, en el presente recurso, el Tribunal Central empieza por dejar sentado que la disposición aplicable no es el Reglamento de 1959, sino el Texto Refundido de 6 de abril de 1967. Y es el caso que en este texto ha desaparecido la preferencia citada.

El artículo 117 enumera una serie de medios ordinarios, pero no impone un orden preceptivo en su utilización; de ahí que el recurso no pudiera prosperar.

La confusión del reclamante surgió—como pone de manifiesto el propio Tribunal Central—, porque al ser notificado no se le advirtió de su derecho a solicitar la tasación pericial, que prevé el número 4 del artículo 119, y ello le hizo pensar que la Oficina Liquidadora había empleado directamente este medio extraordinario.

F. M. C.

(1) Véase núm. 470 de esta REVISTA, pág. 221.

LIBROS

BAVIERA, IGNACIO: *L'Adozione Speciale*, Milano, Giuffrè, 1968, 300 páginas.

En el número de la "REVISTA", de septiembre-octubre de 1969, nos ocupábamos de las nuevas perspectivas de la adopción a escala de su unificación internacional y también en Francia tras la reforma operada a partir de 1966. Algo semejante ha ocurrido igualmente en Italia, tras la importante Ley de 5 de junio de 1967. Este panorama es el que nos disponemos a contemplar con el comentario de la presente obra, con lo que tendremos abordado el de las dos legislaciones latinas principales, cosa de suma importancia para España, en vísperas de reforma de la institución.

Lo mismo que en Francia, también en Italia la adopción ofrecía una fisonomía uniforme, de acuerdo en ello con la tradición napoleónica, sin que hubiera importantes cambios con el paso del antiguo Código Civil de 1865 al nuevo de 1942. No aparecía, pues, la distinción de raigambre romanista entre "adopción plena" y "menos plena", que en España adoptó la Ley de reforma de 24 de abril de 1958. Sin embargo, lo mismo que en Francia, también en Italia se impusieron las exigencias de la vida real, y si en aquélla la figura de la "legitimación adoptiva", fue cobrando cada vez más auge, en ésta fue el instituto de la *affiliazione* el que surgió pujantemente a raíz del Código de 1942. No obstante, mientras con la reforma francesa la legitimación adoptiva quedaba subsumida en la nueva figura de la adopción plena, en su fundamental aspecto de equiparación del hijo adoptivo al hijo legítimo, en Italia la creación de la "adopción especial" junto a la ordinaria no ha supuesto alteración de la *affiliazione*, que desde luego ofrece perfiles muy singulares. En efecto, su naturaleza presenta matices híbridos entre la adopción y la tutela, y además una notable proyección administrativa más allá del ámbito puro de Derecho Privado, ya que como ponen de manifiesto los autores, lo que predomina es la función de acogimiento de la infancia desvalida colaborando así los particulares con las entidades públicas destinadas a ese fin. Para lograr en cambio una total inserción en el ámbito familiar, es pertinente la adopción especial; más como ésta se halla rodeada de unos requisitos rigurosos, la adopción ordinaria—incorporación parcial al círculo familiar—todavía sigue desempeñando su papel. Esta es la tesis básica de la obra que examinamos.

Como la nueva Ley dispone que la adopción especial confiere al adoptado extranjería la nacionalidad italiana, siguese que la misma tiene una importante proyección en el Derecho Internacional Privado. Materia que siempre interesa a los juristas italianos al ocuparse de instituciones del Derecho de Familia es el papel que la voluntad de los particulares desempeña en las mismas, de manera que pueda hablarse con propiedad o no de negocios jurídicos. La función de la autoridad judicial aparece en efecto como muy importante. Mientras

en la tutela como en la *affiliazione* es el Tribunal tutelar el que interviene decisivamente, en la adopción—singularmente en la nueva— es el Tribunal de Menores el que ha de prestar su concurso (Notemos marginalmente que en Italia, a diferencia de España, no existen dudas acerca del carácter jurisdiccional del organismo de tal nombre, ya que entre nosotros la doctrina se ha inclinado a veces a darle una naturaleza administrativa). No obstante, conviene subrayar que en Italia, lo mismo que en España, los Tribunales actúan en materia de adopción en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

Por todo lo antedicho, no resulta extraño que gran parte de la obra aparezca destinada al examen de cuestiones procesales.

El parecer del autor, tras haber examinado a fondo otras opiniones de sus compatriotas, es que, no obstante, la voluntad del particular constituye el elemento decisivo en la adopción, por lo que ésta debe insertarse sin titubeos en el ámbito del Derecho Privado.

Tanto al ocuparse de la génesis de la nueva Ley como en otros muchos lugares de la obra, el autor no sólo recurre a argumentaciones puramente jurídicas, sino también a todas las motivaciones sociológicas psicológico-éticas, estadísticas, etc.

Presupuestos de la adopción respecto de los adoptantes serán: que se trate de personas físicas; que estén unidas en matrimonio al menos por un lapso de cinco años, y sin estar separados, y con una edad que oscile entre los veinte y los cuarenta años con respecto a la del adoptado (algunas de estas exigencias ha parecido a la doctrina demasiado rigurosa). También se exige aptitud para poder educar al adoptado y condiciones económicas suficientes.

Con respecto al adoptado, destaca mucho la nueva Ley (y el autor aún lo encarece más), el que la adopción se haga en su exclusivo interés y beneficio, cosa que como ya sabemos es el verdadero *leit-motiv* de todo el Derecho moderno. No existe límite mínimo de edad, aunque sí máximo de ocho años. Debe mediar una etapa previa a la declaración de adopción de unos seis meses de duración. El plazo máximo para que tenga lugar la declaración es de un año o excepcionalmente de dos. El menor adoptando debe estar en situación de abandono, material y moral, por parte de sus padres o parientes, siempre que ésta no obedezca a causa de fuerza mayor.

A diferencia de la adopción ordinaria, no estima imposible el autor la adopción de los hijos habidos fuera del matrimonio, siempre que se den los demás requisitos. Por el contrario: lo estima particularmente conveniente con respecto a los hijos naturales. También será posible en su caso la adopción del hijo legítimo del otro cónyuge o de otros descendientes de aquél.

En cuanto al inicio de los procedimientos, se establece una verdadera *actio popularis* para que cualquier persona pueda señalar a la autoridad el estado de abandono de todo menor de ocho años. Sigue luego un período de informaciones dirigido por la autoridad judicial en colaboración con toda clase de organismos. Tras ello, el Tribunal de Menores del distrito donde se encuentra el menor puede declarar el inicio de la fase preliminar preadoptiva. Todos los órganos intervinientes quedan sujetos a unas muy estrictas y rigurosas responsabilidades en su actuación ante cualquier omisión o negligencia, pudiendo todo ello ser fiscalizado debidamente por los particulares.

Se pasa luego a la etapa decisiva, que es la declaración del "estado de adoptabilidad". Con ello se produce la suspensión de la patria potestad que exista sobre el menor. Ello no quita la posibilidad de que, en caso de desconocerse, sigan haciéndose averiguaciones sobre el paradero de los padres del menor, o el que éstos puedan comparecer a justificar su posición; ni tampoco el que en esta fase se sigan con-

tra los mismos las pertinentes reclamaciones de alimentos (Quedan también abiertas en su caso las acciones penales respectivas).

Como consecuencia de la antedicha suspensión de la patria potestad, puede seguir el nombramiento de un tutor y la adopción por el Tribunal de otras medidas que juzgue pertinentes.

Contra la declaración del estado de adoptabilidad ofrece la Ley un "juicio de oposición" y un repertorio de motivos de impugnación. Igualmente se prevé la oportuna transcripción registral de aquélla.

Superada la fase preadoptiva, tiene lugar la declaración judicial de adopción, concurrente al efecto con la voluntad de las partes. También se solicitará en su caso el parecer del cónyuge del adoptado. La decisión aparecerá oportunamente motivada. También se prevén los motivos que pueden dar lugar a su impugnación, revocación, nulidad o anulabilidad. Su efecto más importante es la concesión del *status* de filiación, cesando así toda relación con la familia de origen, salvo en lo relativo a impedimentos matrimoniales o normas penales que tengan en consideración el parentesco. Se transmitan los apellidos del adoptante. No se forma sin embargo relación de parentesco entre el adoptado y los parientes colaterales de los adoptantes.

Por último, en el orden penal, la nueva adopción provoca la aparición de la circunstancia mixta atenuante o agravante de parentesco según la índole de los delitos.

La obra que hemos comentado (que expone también cumplidamente las normas transitorias de la nueva Ley), se halla dividida en trece Capítulos.

PEDRO-ANTONIO FERRER SANCHÍS.

Doctor en Derecho y Profesor Ayudante.
Valencia.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Granada, 1969, vol. I, 844 págs.

La contraposición que en el campo jurídico se hace entre el hecho y el Derecho también puede servirnos aquí para encuadrar el perfil del autor de la obra, que nos ha tocado recensionar. Se puede conocer a una persona "de hecho" por su presencia física, pero también se la puede conocer "de derecho" por la lectura de las obras que ha escrito. Son dos conocimientos diferentes que provocan dos concepciones distintas del autor y que muchas veces no se corresponden. ¿Habéis pensado como era físicamente Ihering? ¿Alto, bajo, flaco, gordo?

Pues bien, a BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE solamente le conozco "de derecho". A pesar de tener ambos encomendada una función jurídica superior, la de la calificación, no he tenido la gran ocasión del encuentro personal. El va ya en el pelotón de los destacados y yo en el de los que cierran marcha. Por ello, todo lo que pueda decir de él me viene de "oidas" o "leidas". Quizá de esta forma la objetividad de estas líneas quede asegurada.

BUENAVENTURA CAMY llega a la redacción de lo que ha de ser su monumental obra—pues se habla de varios volúmenes—, precedido de un

trabajo jurídico serio y respetable. En su minucioso "Repertorio Alfabético" nos ofrece sus siete u ocho salidas aireadas en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, en las que trata diversos temas de diferentes parcelas del Derecho, destacándose su estudio sobre el Registro Mercantil. En la Revista de Derecho Privado son varios los artículos que recogen sus ideas, perfilándose para mi gusto el que dedica a la "Propiedad Horizontal". También en dicha Revista es asiduo comentarista de jurisprudencia en su doble faceta fiscal y registral. Como todo buen jurista ha sabido transmitir sus conocimientos a los que junto a él preparan la oposición. Me han hablado de su biblioteca y de su amplio fichero. He leído también lo que publicó en el Boletín de Información del Colegio Nacional de Registradores. Y aquí se acaban mis conocimientos respecto al autor, aunque ahora, claro está, me he leído este primer volumen de su obra.

CAMY, sin embargo, no es autor de lectura fácil. Exige mucha colaboración del lector. Sus párrafos largos, en los que parece adivinarse el "mañana continuará", provocan en la lectura un trabajo de insistencia. A CAMY hay que leerle despacio, pero sobre todo hay que releerle. En este volumen I, inevitablemente no reniega de su estilo. Existen alusiones a "preguntas" en vez de a capítulos o epígrafes, lo cual hace pensar en una reconstrucción de temas de oposición. También existe la utilización de fichas que colocadas en el texto no están "cosidas" hábilmente para darle continuidad. Es de esperar que estas "pequeñeces" y ciertos errores no advertidos en la corrección de pruebas, los sepa subsanar el autor en sucesivas ediciones.

La obra, por ahora, no puede ser enjuiciada globalmente. Solamente tenemos un volumen, pero en él se recogen una serie de cuestiones fundamentales que ofrecen al estudioso un campo interesante y hacen de este primer volumen un verdadero elemento de trabajo. Es obra de consulta, y en esa constante labor de calificación creo que debe tenerse muy cerca. Al material que en ella se acumula se añaden dos cosas importantes: las sugerencias que el autor hace sobre ciertos puntos y la experiencia registral que el autor aporta.

No obstante, debemos decir que el autor arranca de muy alto al pretender ocupar el lugar que los comentarios de MORELL Y TERRY dejaron. Aunque es de alabar su sinceridad al plasmarlo en sus palabras previas, creemos que el verdadero acierto hubiese sido poner al día dichos Comentarios que siguen siendo insustituibles para el que quiera profundizar en el estudio del Derecho Hipotecario.

El contenido del volumen que presentamos comprende el comentario de los nueve primeros artículos de la Ley Hipotecaria y, como es lógico, de los correspondientes del Reglamento. Se hace preceder todo ello de un estudio sobre la historia de la publicidad que se remata con las inevitables referencias al Derecho Español. A ello le sigue un acertado Capítulo, que es el primero de la obra, reproduciendo todas las Exposiciones de Motivos que ha tenido la legislación hipotecaria y se completa con ocho más, que hacen los nueve contenidos en el volumen I. El autor anuncia que brindará al lector un Índice alfabético amplio, que servirá de guía al que ya se le vaya borrando el contenido de los artículos de la Ley Hipotecaria o al que nunca los haya sabido. El volumen I carece de notas al pie de páginas. Se reduce la bibliografía a siete obras debidamente reseñadas. En el texto se hacen otras citas bibliográficas, pero insuficientemente referidas, pues van entre paréntesis, sin página, sin edición, sin fecha, etc. Esto es, la minuciosidad del autor tantas veces demostrada en otros trabajos, falla en este inexplicablemente. En una obra de esta entidad, la cita bibliográfica completa se impone por razones obvias.

Para ofrecer al que leyere el contenido recensionado de esta obra

nos ajustamos respetuosamente al orden que el autor marca. Haremos ocho apartados:

A) HISTORIA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Los apeaderos históricos en los que se detiene la exposición son los de la India, Israel, Grecia, Egipto, Roma y el Derecho Germánico. Llama poderosamente la atención las transcripciones que el autor hace de ciertos pasajes del Génesis y de Jeremías, de los cuales se inducen ciertas alusiones a la publicidad y a la forma de adquirir por retracto. La parte más amplia es la destinada al Derecho Germánico que lo estudia, dividiéndolo en las tres clásicas etapas: fase antigua, de influencia romanista y de resurgimiento de la publicidad. En el Derecho español, se recogen los antecedentes históricos producto de las influencias romanas y germánicas y se concluye con una exposición abreviada de las Antiguas Contadurías de Hipotecas.

B) EXPOSICIONES DE MOTIVOS

Literal y cuidadosamente reproducidas se recogen acertadamente todas las Exposiciones de motivos de la legislación hipotecaria, lo cual quiere decir que no solamente se comprenden las de la propia Ley en su carácter de tal, sino las que preceden a cada uno de los Reglamentos que se han ido sucediendo en las diferentes reformas legislativas.

La recensión debe reducirse aquí a una enumeración de las diferentes que se ofrecen: a) Exposición de Motivos de las normas legales preparatorias de la Ley Hipotecaria. b) Exposición de la Comisión de Códigos sobre los motivos de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861. c) Exposición de Motivos de la Ley de 1869. d) Exposición de Motivos del proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria de 1908. e) Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1909. f) Exposición de Motivos de la reforma de 1944. g) Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1946. h) Exposición de Motivos del Reglamento Hipotecario de 1915. h) Exposición de Motivos del Reglamento Hipotecario de 1947. i) Exposición de Motivos de la reforma del Reglamento de 1959.

C) LEGISLACIÓN HIPOTECARIA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Comprende este capítulo los comentarios del artículo primero de la Ley Hipotecaria que perfila lo que tiene por objeto el Registro de la Propiedad y el ámbito y organización territorial que lo rige en orden a las inscripciones y demás asientos que en él han de ser practicados. Inevitablemente unido a ello va el comentario de los artículos 1, 2 y 3 del Reglamento Después de la reproducción íntegra de los artículos, ofrece el autor la jurisprudencia que los comenta. Es una jurisprudencia abreviada, de ficha, pero lo suficientemente orientadora para reflejar la doctrina legal. En este caso, las fechas tope se cierran en el año 1966.

Parte de la tesis de LACRUZ al considerar que la Legislación Hipotecaria es Derecho Civil, aunque su afirmación de que ningún profesional del Derecho podría atribuirse la cualidad de especialista en Derecho Civil si desconoce la Ley Hipotecaria, que aporta como un argumento más para defender su postura es, en la realidad jurídica, inexacta. El ser lego en Derecho Hipotecario es lo más frecuente, aun

en figuras de cierto relieve. Sitúa el concepto del Registro de la Propiedad—después de recorrer algunas definiciones célebres que del mismo se han dado—diciendo que “es un órgano estatal de ordenamiento jurídico, que mediante la apreciación de la legalidad de los datos que se le aportan declara una situación jurídica respecto de un derecho real inmobiliario, cuya declaración es plena en cuanto al aspecto jurídico, pero susceptible de prueba en contrario en cuanto al de hecho”. Esta definición de tipo descriptivo se complementa con otra finalista que dice: “Es el órgano jurídico estatal que, recogiendo la vida de los derechos reales sobre inmuebles, posibilita el que adquieran la plenitud de efectos que el ordenamiento jurídico les reconoce según su peculiar naturaleza”.

Expresamente estudia el ámbito territorial de los Registros y solamente excepciona al territorio registral coincidente con los partidos judiciales, el caso de Grandas de Salime, cuando son algunos más. Tampoco ha recogido la política de agrupación actualmente existente, aunque es de esperar que esto lo reserve para otro lugar de la obra. Con el examen de los artículos 2 y 3 del Reglamento y los diversos problemas que plantean termina su exposición capitular. Notamos la falta de ciertas alusiones a casos de actualidad como la Ley de Centros y Zonas Turísticas que plantea problemas en relación con el párrafo 2 del artículo 2 del Reglamento Hipotecario.

D) BIENES, DERECHOS Y SITUACIONES INSCRIBIBLES.

Dos artículos de la Ley—el dos y el cinco—y los concordantes del Reglamento (4.º al 20, 30, 31, 67, 69, 71, 73 y 84) son estudiados en este capítulo, seguidos de la correspondiente jurisprudencia que toca las decisiones de la Dirección General de los Registros en la estimación o desestimación respecto a la inscripción de ciertos derechos, en los requisitos que debe contener un derecho para ser considerado como real, en las adjudicaciones en o para pago, en arrendamientos y en incapacidades.

En este apartado debemos incluir no sólo el contenido del citado capítulo, sino del siguiente que el autor destina a la misma materia. Lo hacemos en honor a la brevedad, a la identidad de conceptos y en evitación de repeticiones. Un comentario general preside la materia que se afronta en estos capítulos y cuyo pensamiento central parece ser el siguiente: crítica negativa del artículo 2 de la Ley Hipotecaria y muchos defectos en la redacción del artículo 334 del Código civil al enumerar los bienes inmuebles. Desde el punto de vista estrictamente registral debemos destacar cómo el autor precisa que si bien cualquier derecho real sobre inmuebles, salvo excepciones, puede ser objeto de un negocio jurídico inscribible, ninguno de ellos es bastante para constituir por sí solo el “objeto” del folio registral: éste lo es sólo la finca o la concesión administrativa, en tanto que los derechos reales sobre esos inmuebles serán objeto de un asiento registral, pero no, repetimos, del folio en sí...

Contrariamente a lo que opina la Comisión de Estudios Hipotecarios en el “Boletín” número 26, del año 1968, y a lo que atinadamente apunta MARTÍNEZ DE BEDOYA en la recensión que hace esta Revista sobre la obra “El deslinde de los bienes de la Administración”, de VÍCTOR MENDOZA OLIVÁN, el autor expone clásicamente el contenido de los artículos 5.º y 6.º del Reglamento Hipotecario. Pero lo que extraña al recensionista es que considere raro el cambio de naturaleza patrimonial de los bienes, sobre todo cuando la Ley de Costas vigente exige un deslinde inmediato y dentro de un breve plazo y, lo que es más

grave, que el cambio deba reflejarse en el Registro a través de una inscripción a favor de la Entidad Pública y a su margen se extienda la nota correspondiente. Pregunto ¿y si la sentencia en que concluye un litigio ordena la cancelación de todos los asientos registrales referentes a la finca deslindada?

Al afrontar el problema de los derechos reales inmobiliarios inscribibles nos ofrece una clasificación original que es la que le sirve para la sucesiva exposición:

- a) *Derechos reales de contenido pleno.*—Sitúa dentro de ellos solamente al dominio rechazando la posesión como figura que constituya un derecho real típico.
- b) *Derechos reales de uso de cosa ajena.*—Sistematiza la materia distinguiendo tres clases: 1. Los derechos reales de uso total de la cosa ajena (usufructo y superficie). Debo destacar la importante aportación jurisprudencial que en forma de fichas hace el autor sobre el problema o los problemas del usufructo en relación con su inscripción. En el derecho de superficie, sin embargo, el estudio es parco. 2. Derechos reales de uso parcial de cosa ajena (entre los que incluye y estudia los derechos de servidumbres personales en sus diferentes variedades y el derecho real de vuelo en su proyección forestal. 3. Derechos reales de contenido impreciso de un uso sobre cosa ajena (como son los de uso y habitación y los censos).
- c) *Derechos reales de consumo parcial de cosa ajena.*—Ofrece dentro de este grupo los derechos de usufructo especial sobre minas, montes, rebaños u otros de análogo contenido.
- d) *Derechos reales de ampliación de las facultades dominicales.* Está destinado a las llamadas servidumbres prediales.
- e) *Derechos reales de garantía.*—Dentro de ellos estudia brevemente el derecho real de hipoteca, el de prenda, el de anticresis y la retroventa o derecho de retracto nacido con ocasión de la venta a pacto de retro.
- f) *Derechos reales de retención en garantía.*—El examen se concreta al llamado derecho de retención.
- g) *Derechos reales de adquisición preferente.*—Siguiendo la terminología moderna sitúa el autor dentro de estas clases a la opción, al retracto y al tanteo convencional.
- h) *Derechos reales de concurrencia en las titularidades.*—Se estudian los referentes a la medianería, los muros o cercados de fincas en Galicia, la propiedad horizontal, las comunidades de aguas privadas, las de pastos y leñas y las de montes vecinales, la sociedad de gananciales y las comunidades con fin subordinado.
- i) *Derechos reales no regulados en el ordenamiento.*—Realmente el contenido de este epígrafe se reduce a ciertas exclusiones (promesa, motivos, intenciones) y a centrar la doctrina del *numerus apertus*.

- j) *Actos y situaciones jurídicas con eficacia real.*—Se comprenden las llamadas reservas autenticadas, las diversas clases de anotaciones preventivas, los derechos reales sometidos a condición suspensiva y ciertas alteraciones en la cosa que no la supongan en el derecho real (excesos de cabida, deslindes, agrupaciones, agregaciones, etc.).
- k) *Adjudicaciones.*—Centra su estudio exclusivamente en las adjudicaciones en pago y para pago, aunque de las primeras dice que al constituir transmisiones de dominio, plenas, sin condicionamiento, ya realmente están comprendidas en el número 1 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria. A la segunda las encuadra dentro de los negocios fiduciarios, distinguiendo las adjudicaciones en que el pago consiste en la obligación de elevar a escritura pública la venta ya realizada y las que obligan a una transmisión ulterior.
- l) *Arrendamientos.*—Recoge las diferentes posturas doctrinales sobre la naturaleza de esta figura y la razón histórica de su inclusión en la legislación. Termina considerando conveniente y necesaria la existencia de una publicidad de los arrendamientos rechazando el Registro especial para ellos.
- ll) *Incapacidades.*—Al comentar el número 4 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria hace, siguiendo a gran parte de la doctrina, una crítica contraria al precepto.

Debo aclarar que los cuatro últimos apartados expuestos los he incluido dentro de los derechos reales inscribibles, aunque su autor los estudia en epígrafes independientes.

E) DOCUMENTOS ORIGINADORES DE LOS ASIENTOS REGISTRALES.

Especialmente se estudian los artículos 3 y 4 de la Ley Hipotecaria, y los 33 a 38 y 224 del Reglamento Hipotecario, así como los artículos 1.220 y 1.221 del Código civil. La jurisprudencia se estructura distinguiendo la referente a documentos notariales, judiciales, administrativos, documentos extranjeros, documentos con forma hábil para su inscripción y títulos inscribibles.

Antes de entrar en los conceptos que expone, precisa que en toda actuación registral se requieren los siguientes elementos básicos: la finca, el derecho real, el título jurídico obligacional referente al mismo, los sujetos intervinientes en ese negocio obligacional y el documento en que se recoja dicho título jurídico obligacional. Sentada esta premisa, distingue:

- 1. *Título-causa.*—Entiende por tal aquel por el que se adquiere, modifica o extingue un derecho real, siendo esencial para que esas situaciones creadas tengan su reflejo en el Registro. Plantea el problema del modo adhiriéndose a la tesis de LA-CRUZ BERDEJO.
- 2. *Título-documento.*—Son aquéllos que recogen un acto o un negocio jurídico referente a un derecho real, o sea, uno de los títulos-causa que como inscribibles enumera el artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Estudia las escrituras públicas, la ejecutoria, los documentos administrativos auténticos, los docu-

mentos extranjeros (extrajudiciales y judiciales) y los espafios otorgados en el extranjero, así como los documentos privados y los redactados en idioma no español.

3. *Título-inscribible*.—Mientras el título-causa tiene su encaje en el artículo 2.º de la Ley y el título-documento en el artículo 3, el título-registral o inscribible, que es el conjunto de los otros dos, está contenido en el artículo 33 del Reglamento Hipotecario. Rechaza la tesis de que dicho artículo contenga una definición de título en su aspecto formal e instrumental.

F) DE LA PETICIÓN DE INSCRIPCIÓN.

El contenido de este capítulo es el estudio del artículo 6 de la Ley Hipotecaria y los correspondientes 39, 40, 418 y 433 del Reglamento. Complementariamente reproduce ciertos artículos de la Ley de Concentración Parcelaria, Ley y Reglamento de Montes, Reglamento de Entidades Locales, Ley del Patrimonio del Estado y Ley de Patrimonios Familiares. Le sigue, como en los demás capítulos, una exposición de jurisprudencia referida a la presentación, petición y voluntariedad de la inscripción.

El comentario se centra en el examen del principio de rogación, el hecho de la presentación con sus distinciones entre petición de inscripción, presentación de documentos y peticiones verbales, presentantes y renuncia al asiento de presentación. Creo que debemos destacar esa parte en la que el autor estudia el artículo 39, con su presunción de representación. Sus tesis es que si no se exige la prueba de la representación, voluntaria o legal, y el interesado manifiesta que no concedió ninguna o que el representante no lo era legalmente, motivaría necesariamente en el orden registral el que se tuviera que declarar nula toda la actuación basada en aquella representación, pues no debemos olvidar que, según el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, la inscripción no convalida los actos nulos. Creo que esta postura está poco fundamentada, sobre todo pensando en una regulación legal de la gestión de negocios ajenos sin mandato y ese artículo 614 del Reglamento Hipotecario muy de acuerdo con los 1.888 y siguientes del Código civil.

Mantiene también la tesis de la posibilidad de renunciar al asiento de presentación bajo la idea de que lo accesorio sigue a lo principal. Si se puede renunciar a lo principal ¿Cómo no va a poderse renunciar a lo accesorio?

G) FOLIO REGISTRAL: LA INSCRIPCIÓN Y LA FINCA.

Incluimos en este apartado dos capítulos de la obra. El primero comenta el artículo 7 de la Ley y los 41, 42, 43, 312 y 377 del Reglamento; el segundo, se refiere al artículo 8 de la Ley y 44 a 50 del Reglamento. Ambos van seguidos de la correspondiente jurisprudencia sobre las materias tratadas.

El primer capítulo está destinado, como ya hemos apuntado, al estudio del folio registral (al que da tanta importancia el autor que llega a definir el Registro como "la colección ordenada de folios registrales"), al asiento "reina", esto es, a la inscripción, su naturaleza y clases y otros diversos puntos. En la materia de la naturaleza de la inscripción el autor trata de compatibilizar las opiniones vertidas al hablar de los bienes, derechos y situaciones inscribibles (en la que recordamos que decía que ningún derecho real es bastante para constituir por sí solo

el objeto del folio registral, siéndolo solamente la finca) y una nueva versión del objeto de la inscripción que ahora se desdobra en mediató e inmediato. El objeto mediató es la finca y el inmediato es el derecho real. Rechaza como posibles objetos inmediatos de la inscripción al título-causa y al título-documento.

Después de estudiar la sustantividad de la inscripción frente a terceros, tanto hipotecarios como civiles, y frente a las partes pasa a la clasificación de las inscripciones entre las que distingue las voluntarias, constitutivas, obligatorias y necesarias. Dentro de las inscripciones primeras estudia las del dominio, posesión, condominio y dominio dividido. Es de esperar que en la materia de inmatriculación afronte el problema de la publicación de edictos para aquellos casos de quedar inmatriculada la finca sólo en una cuota indivisa. Culmina el capítulo con el estudio del artículo 312 del Reglamento Hipotecario.

Respecto al segundo capítulo aquí incluido se refiere a la finca y sus modificaciones. Después de precisar el concepto de finca normal, apoyándose en el sentido tradicional de la doctrina, pasa al estudio de las fincas anormales (concesiones, censos, fincas discontinuas, propiedad horizontal, patrimonios familiares y aguas). Ya he elogiado al comienzo el trabajo que sobre propiedad horizontal publicará en la "Revista de Derecho Privado" y que aquí reproduce ahora. En materia de modificaciones utiliza una terminología especial, pues además de agrupaciones, agregaciones y segregaciones, nos habla de "reuniones" (formación de una finca discontinua por adscribirse a una explotación única, varias fincas registrales o varias porciones de ellas, no colindantes entre sí, y "separaciones". Muy acertada resulta la conclusión en torno a la necesidad de excluir como documento "único" a la escritura pública, pues el artículo 3 declara inscribibles otros documentos. Debíó añadir la razón histórica que provocó el precepto reglamentario, esto es, evitar la instancia privada para esas operaciones.

H) DE LA FORMA DE LA INSCRIPCIÓN: INSCRIPCIONES EN GENERAL.

El último capítulo del volumen comentado se refiere al comentario del artículo 9 de la Ley Hipotecaria y complementarios del Reglamento (51, 52 y 382). Este capítulo va seguido de una jurisprudencia que, se nos antoja, la más amplia de todos los comentados y va comprendiendo prácticamente cada una de las circunstancias de la inscripción desde la descripción de la finca hasta la mención del pago del impuesto. Prácticamente los comentarios se ciñen en su exposición a esta serie de circunstancias, seguidos de unas observaciones sobre lo que el autor llama inscripciones subordinadas en cuanto a la finca, inscripciones concisas, semiconcisas (la del artículo 382 del Reglamento), requisitos formales accesorios de la inscripción (numeración de la finca, de los asientos, redacción, modelo de asientos, folio registral y actuaciones complementarias), para terminar ofreciendo unos modelos de inscripción normal, de extensa y concisa y de semiconcisa y dos últimos referidos a una concisa respecto a un documento que haya originado una semiconcisa y una subordinada en cuanto a la descripción de la finca.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

FUENTES LOJO, J. V.: *Viviendas de Protección Oficial*. De la colección *Lo que usted necesita saber*, Ediciones Nauta, Enciclopedia práctica para la vida de los negocios, Barcelona, 1969.

Un nuevo título se añade a los que ya hemos venido comentando en otras recensiones. La Enciclopedia práctica para la vida y en la colección "Lo que usted necesita saber", dirigida por Editorial Nauta, ofrece al público esta obra basada en el estudio que sobre ella hace FUENTES LOJO del Decreto de 24 de julio de 1968, que aprueba el Reglamento sobre Viviendas de Protección Oficial, cuya entrada en vigor se inició el primero de enero de 1969.

FUENTES LOJO no hace en esta obra más que un esquema comentado de la legislación sobre Viviendas de Protección Oficial que el autor reserva en su dosificación doctrinal para obra de más amplios vuelos. Realmente eso es lo que leemos en la Introducción. También en esta parte se refleja la idea de que estos esquemas se ofrecen con la intención de que sirvan tanto al profesional como al que no lo es, para que ambos puedan tener una idea del mismo. Ya he dicho en otra ocasión que el esquema es al profesional útil y al lego inútil y perjudicial. Estos esquemas, especie de instrumentos orientadores de un trabajo, deben ser encerrados en una caja fuerte y aislados de las pecadoras manos de "un aficionado al Derecho". Sólo pueden ser utilizados por quien ostentando el título de Licenciado tenga la suficiente preparación jurídica. El caso contrario podría significar un peligro nacional. Algo así como la clásica institución del centinela ibérico al que han ordenado disparar si el que se le acerca no se para...

La presentación ofrece el mismo formato que las publicaciones anteriores: tipo holandesa, páginas divididas en dos partes, la de la derecha para el texto y la de la izquierda para anotaciones marginales y notas. Abajo, en negrita, se condensa una frase que como resumen o principio de la legislación se ofrece al lector. Va sistematizado el texto convenientemente, lleva una tabla de abreviaturas, una indicación del plan seguido, un Anexo con textos legislativos y un índice alfabético que permite la localización rápida de la materia que se trate de buscar.

Del amplio plan que la obra comprende haré una clasificación personal, procurando seguir el orden expositivo, para más fácil orientación del lector. Pretendo distinguir únicamente seis partes. La primera referida a los conceptos generales de la legislación; la segunda, relativa a los beneficios de dichas viviendas; la tercera, a las obras y su calificación; la cuarta, al uso y disposición de dichas viviendas; la quinta, a la extinción del régimen y, la sexta, a determinadas clases especiales de viviendas.

A) CONCEPTOS GENERALES DE LA LEGISLACIÓN.

Dentro de este apartado incluimos cuatro capítulos esquemáticos de la obra: el ámbito de la nueva legislación, las definiciones previas, la clasificación de las viviendas, la adquisición y enajenación de terrenos y la figura del promotor.

Para situar el alcance objetivo de la protección se divide la materia en tres puntos: las viviendas a construir, las viviendas ya construidas y calificadas y los proyectos de viviendas que presente la Obra Sindical del Hogar y de Arquitectura en relación con los planes nacionales. Para determinar las viviendas y locales de negocios que quedan protegidos se acude a la definición de ellas: las que, dentro de un Plan Nacional de la Vivienda y de los programas de actuación, se construyan con arreglo a proyectos que el Instituto Nacional de la Vivienda apruebe, por reunir las condiciones que se señalan en la misma y en las correspondientes Ordenanzas. En el estudio de los Planes futuros se exponen sistemáticamente los extremos que los mismos legalmente han de comprender. Se remata la exposición con los objetivos del II Plan de Desarrollo económico y social.

En la materia de definiciones previas y clasificación de viviendas se recogen una serie sistematizada de conceptos: superficie total construida, superficie construida para vivienda y local de negocio, superficie útil, instalaciones especiales, presupuesto de ejecución, general y protegible, costes, módulos, etc. A tres clases se reducen las viviendas: primer grupo, segundo y viviendas promovidas por titulares de familia numerosa. También se estudian los presupuestos especiales exigidos en ciertos casos (locales de negocio, talleres artesanos, espacios de profesionales oficiales, edificaciones, garajes, terrenos y obras de urbanización, construcción de grupos de más de cien viviendas, etc.).

Debe destacarse en la adquisición y enajenación de terrenos las normas por las que se rige la materia: artículos 9 al 21 del Reglamento de 24 de julio de 1968 y los Decretos de 16 de junio de 1966 y 22 de julio de 1967 sobre enajenación de terrenos de servicios de interés público o social, derogándose expresamente el Decreto de 17 de mayo de 1962. Convenientemente sistematizadas van las diferentes normas y trámites a seguir bien se trate de terrenos adquiridos o enajenados.

Remata este apartado que hemos configurado con el estudio de los promotores (particulares, sociedades, Ayuntamientos y demás entes públicos, Patronatos, Delegación de Sindicatos, Ministerios, Instituto Nacional de Colonización, Instituto Social de la Marina, etc.). A cada uno de ellos, en su enumeración de diecisiete, se les destina un apartado con su legislación y peculiaridades.

B) BENEFICIOS DE DICHAS VIVIENDAS.

A cinco se reducen los beneficios que son expuestos en el presente esquema: exenciones y bonificaciones tributarias (en el impuesto de transmisiones, en el de actos jurídicos documentados, en el del aumento del valor de las fincas, en el general de sucesiones, en el de rentas de capital, en el general sobre la renta de sociedades, en el general sobre el tráfico de empresas, la contribución territorial urbana, recargos, arbitrios y tasas estatales provinciales o locales, plusvalías, etc.). préstamos con interés, así como los posibles anticipos sin interés, subvenciones y primas a la construcción y el derecho a la expropiación forzosa de los terrenos. Se concluye en forma de capítulo independiente con el estudio de los expedientes para la concesión de los beneficios.

C) OBRAS Y CALIFICACIÓN.

Respecto de las obras el estudio comprende las dos formas de su ejecución (directa y libre y ejecución por subasta o concurso), así como ejecuciones especiales, rescisión del contrato de ejecución, iniciación de las obras y plazo de conclusión de las mismas.

En materia de calificación se esquematizan los trámites para el otorgamiento de la misma que concluye con una referencia a la inscripción en el Registro de la Propiedad. Concluye este estudio una acertadísima esquematización de las ordenanzas de la construcción.

D) USO Y DISPOSICIÓN DE DICHAS VIVIENDAS.

Convenientemente estructurados se van exponiendo al lector los problemas que plantean el uso, el arriendo y la venta de dichas viviendas cuyo régimen proteccional dura cincuenta años. Así, en el uso y disfrute de las viviendas se destacan los problemas de la cédula de calificación, la cédula de habitabilidad, la ostentación de la placa, la tenencia de varias viviendas, la dedicación a residencia habitual y permanente, etc.

También se comprenden en sendos capítulos la problemática de los arrendamientos en su dimensión de aplicación y en el régimen jurídico que les afecta, distinguiéndose las prohibiciones (con muebles, mixto de vivienda y local y subarriendo y cesión), los arrendamientos de viviendas destinadas a la venta, la enajenación de las viviendas destinadas a arrendamiento y los alquileres y repercusiones. Se acompaña un formulario. En materia de venta se estudian separadamente estos puntos: de la venta en general de las viviendas, del régimen jurídico especial y acceso diferido a la propiedad (que es el sistema al que deben acogerse las Cooperativas, Patronatos, etc.). Se acompañan formularios.

E) EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN.

En este apartado situamos tres puntos que se corresponden a otros tantos capítulos: el desahucio, la extinción del régimen e infracciones y sanciones. En el desahucio el estudio se divide a su vez en tres puntos: el desahucio según la legislación común, para las Viviendas de Protección Oficial y desahucio de alojamientos provisionales. En materia de extinción se concreta el estudio a las causas de general extinción: plazo, descalificación voluntaria, por acta de invitación y en virtud de sanción. Respecto de las infracciones (que pueden ser leves, graves y muy graves) se expone la materia en la forma acostumbrada; igualmente sucede con las sanciones (multas, pérdida de la condición de promotor, pérdida del préstamo, inhabilitación, descalificación, reintegro a adquirentes, arrendatarios o beneficiarios, etc.) y con los expedientes sancionadores.

F) DETERMINADAS CLASES DE VIVIENDAS.

Los capítulos que agrupamos en este punto hacen referencia a las viviendas construidas al amparo de disposiciones protectoras anteriores, los poblados dirigidos y el estudio del Instituto Nacional de la Vivienda, como órgano rector. En el primero se recoge la situación de las casas baratas y económicas, viviendas protegidas, viviendas bonificables, viviendas de renta limitada y viviendas suvencionadas. En el segundo todo lo que se refiere a su creación, organización y adjudicaciones de locales y servicios. El estudio del Instituto Nacional de la Vivienda es un breve esquema de sus funciones y estructura.

Se completa la obra, como ya dijimos, con el texto del Decreto de 24 de julio de 1968 por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de

Protección Oficial, se hace seguir de un índice alfabético de materias y, como en todos las otras publicaciones anteriores, se acompaña de una ficha que da derecho a la puesta al día mediante anexos sucesivos.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Editorial Tecnos, Madrid, 1968.

Nos ofrece el profesor GULLÓN BALLESTEROS una obra de una proyección eminentemente docente. Es encomiable que los eruditos del derecho que desarrollan una función docente saquen a la luz obras que, como la que comentamos, se caracterizan por su fácil comprensión, sacrificando, quizá, en la mayoría de las ocasiones, el lucimiento personal, o la indudable atracción de la discusión teórica.

El autor presta especial atención a la jurisprudencia más reciente. Las citas bibliográficas abarcan los trabajos más modernos y se caracterizan por su brevedad y sencillez.

Los contratos se clasifican, no por sus caracteres abstractos, sino teniendo en cuenta principalmente su finalidad, en forma análoga a la difundida clasificación de Casso.

Dentro de los contratos traslativos del dominio se estudian la compraventa, la permuta y la donación. En el contrato de compraventa, juntamente con la problemática del mismo en el Código civil, se examinan aquellos problemas que surgen de las Leyes más modernas. El problema de la validez de la compraventa en la que el precio resulta de prácticas restrictivas de la competencia se resuelve, siguiendo a BÄDENES GASSET, en el sentido de que ello no afecta a la validez del contrato, pero sin perjuicio del derecho que asiste a los particulares, para ejercitar acciones judiciales de resarcimiento de daños y perjuicios.

También se presta especial atención a la venta de bienes muebles a plazos, caracterizándola, de acuerdo con la Ley de 1965, como un contrato real, y no consensual, puesto que la perfección se da cuando se entrega la cosa y se percibe parte del precio, si bien no parece que este último requisito sea totalmente esencial, ya que su no existencia produce únicamente una sanción al vendedor. La financiación de dichas ventas se califica de pieza fundamental del sistema. De igual forma se examina con detenimiento la venta con pacto de exclusiva, a la luz de las sentencias de 23 de marzo de 1955 y 18 de marzo de 1966. El autor propugna para este contrato, de tanta importancia práctica en nuestros días, una regulación especial en la que se exija como requisito esencial su limitación temporal y espacial.

Como contratos traslativos del uso y disfrute se estudian el arrendamiento de cosas y el préstamo en sus dos especies de mutuo y comodato. Es interesante el examen detenido que se hace de la legislación especial de arrendamientos rústicos y urbanos. Se critican las teorías que conciben el mutuo como un contrato unilateral, aunque exista el pacto de pagar intereses, sin considerar que el pago de los mismos es la contraprestación por el uso del dinero o cosa fungible recibida, y cuya devolución se aplaza.

Dentro de los contratos de prestación de actividad en servicio ajeno, incluye el autor los de arrendamiento de servicios, de obra y transporte,

mandato, mediación y depósito. Acertadamente, a nuestro juicio, se omite el estudio del contrato de trabajo, pues hoy día constituye el objeto de otra disciplina jurídica. Dentro del contrato de obra, se estudia la figura de la subcontrata. El transporte se considera como una especie de contrato de obra, puesto que el porteador no se obliga únicamente a desplegar una actividad, sino a conseguir un resultado; por ello el transporte no es un contrato mixto de arrendamiento de obra y servicios, pues, si bien algunas de las prestaciones le hacen asemejarse a éste, no se puede olvidar que son prestaciones accesorias, instrumentales para la realización del resultado querido. El transporte gratuito no se concibe como un verdadero contrato, ya que existen en la vida actual una serie de deberes impuestos por la cortesía, o nacidos de la pura benevolencia, que no originan relaciones contractuales. Ello no implica que el porteador se libere de toda responsabilidad, pero esa responsabilidad no será la contractual, sino la extracontractual y amplia del artículo 1.902.

Juntamente con la sociedad, y dentro de los contratos de estructura asociativa, se incluyen los contratos parciarios.

Dentro de los contratos aleatorios, y al lado de los clásicos de renta vitalicia, juego y apuesta y seguro, el autor estudia el contrato de premios para la difusión de productos. Se considera ociosa la distinción entre juego y apuesta, ya que, por una parte, la regulación del Código es unitaria para ambos, y por otra, como dice Díez Picazo, la distinción entre ambos contratos más difundida, que es la que hace VALSECCHI, basada en que en el juego existe una actividad que desempeñan los contratantes, falla por completo cuando se la lleva a la práctica. Se niega a los premios para la difusión de productos el carácter de contrato de apuesta, por considerarse que dicha figura entrará más bien dentro de la de promesa unilateral. También se examinan los pronósticos organizados, como son en nuestro país las apuestas deportivas, considerando que más que una pluralidad de contratos, constituyen un contrato plurilateral o una asociación entre dos o más sujetos que ponen en común un determinado patrimonio, para procurar una ganancia a los acertantes y en la que el ente organizador desenvuelve una función de órgano común, necesario para la realización del fin, a que se dirige el contrato concluido.

La transacción y el arbitraje se configuran como contratos dirigidos a la eliminación de una controversia. Se considera que el contrato preliminar de arbitraje, no constituye por sí mismo una excepción procesal, como ocurre con el compromiso, pero la formalización del compromiso podrá ser pedida hasta el momento en que sea factible procesalmente proponer en juicio ordinario la excepción de pendencia de formación judicial del mismo.

El último apartado de los contratos se refiere a los de garantía, que incluye a los clásicos de prenda, hipoteca, anticresis y fianza. Dentro de esta última se estudia el mandato de crédito, negándole su pretendida naturaleza de mandato.

El autor mantiene la categoría clásica de los cuasi-contratos, examinando el cobro de lo indebido y la gestión de negocios ajenos sin mandato. Se estima errónea la doctrina que pretende circunscribir los cuasi-contratos atípicos a los que tienen analogía con los regulados por el Código, puesto que choca con los términos generales del artículo 1.887, y por otra parte, es inútil, ya que los supuestos reales, que no guarden semejanza con los cuasi-contratos tipificados, no carecen por ello de normativa, sino que se deben regir por las reglas del enriquecimiento injusto.

Termina el libro con el examen de la responsabilidad extracontractual, y la nacida de delito o falta. Respecto a la primera, se plantea

el problema de su acumulación con la contractual, llegándose a la conclusión de que, por lo general, el artículo 1.902 no tiene aplicación cuando las partes están ligadas por vínculos contractuales, pero en el caso de que la infracción contractual revista, al mismo tiempo, el carácter de delito penal, al derivarse del delito una responsabilidad civil, ejercitada la acción para exigir dicha responsabilidad, se obtiene la reparación del daño, sin que quepa acudir posteriormente a obtener una doble reparación, mediante la responsabilidad contractual.

Respecto a la responsabilidad delictual, aparte de los supuestos normales, el autor estudia la normativa del T. R. de 21 de marzo de 1968, sobre uso y circulación de vehículos de motor, extendiendo el estudio a la figura del seguro obligatorio. También se examina la problemática del Convenio de Roma de 1952 y la Ley de 21 de julio de 1960, sobre los daños producidos por la navegación aérea, así como la que plantean los riesgos nucleares, según la Ley de 21 de abril de 1964 y el Reglamento de 22 de julio de 1967.

Para finalizar esta recensión, diremos que, a nuestro juicio, el libro cumple la finalidad de ofrecer una visión sencilla y práctica de nuestro derecho positivo en materia de contratos en especial, útil para el estudiante, e inapreciable por su claridad para el universitario.

J. POVEDA DÍAZ,

Registrador de la Propiedad.

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, 233 págs.

La Editorial Tecnos que con tanto acierto está surtiendo de libros jurídicos el mercado español, lanza en esta ocasión un volumen dedicado al negocio jurídico del que es autor GULLÓN BALLESTEROS, profesor de Derecho civil, y en el que se recogen las lecciones de cátedra sobre la materia, según dice la solapa del libro.

He dicho en alguna ocasión que representa la misma dificultad el escribir con cierta complicación para minorías selectas que el escribir con claridad para llegar a todos. Es más, a la hora de decidirme a matizar creo que son pocos los que tienen ese gran secreto de la claridad en el que debe fundarse todo principio pedagógico. Escribir, hablar para minorías es seleccionar: a éstos les doy luz y a los demás que se conformen con su oscuridad. Se me antoja poco ético, pero muy en la línea del momento actual: hay que elegir los mejores y hacerlos engordar con la pureza de una ciencia. Escribir y hablar claro es privilegio de pocos, pero que aprovecha a muchos. Saber descender para que todos le entiendan es una gran virtud, aparte de una gran lección de humildad. Entiendo que esta es la primera y gran lección que el profesor GULLÓN BALLESTEROS nos da en su breve y conciso estudio sobre el negocio jurídico.

Al no existir en el libro una "exposición de motivos" deduzco que tiene un destino puramente universitario. Es una recopilación de las explicaciones de cátedra sobre un punto concreto. Desde un ángulo distinto, es decir, desde el punto de vista de un preparador de oposiciones, materia en la que puedo regalar veteranía, este libro podría representar el zumo, la síntesis de unos estudios previos que se plasman en unos temas que sirvan a todos y permitan un conocimiento completo de la

materia. Creo que el hacer temas que a todos puedan servir es tarea, nada fácil.

A la claridad de los conceptos debe ser añadida esa especie de garra del escritor que da "tirones" del lector hasta que termina el libro. Hay libros que entretienen y responden al esquema mental que uno se ha trazado y otros que es preciso hacerlos descansar, reposar, para ver si fructifican en nuestra mente. No sé quién lo dijo, pero sé que se dijo: si tú lees un libro una vez y no te enteras de lo que dice, puede entrarte la duda de que el tonto eres tú o el autor; si lo lees la segunda vez y tampoco te enteras, puede existir una presunción de listeza a tu favor; pero si lo lees la tercera vez y te quedas como la primera, lo seguro es que el autor es radicalmente tonto. Me apresuro a decir que aquí basta una ligera lectura para enterarse de todo y llegar felizmente al final.

La materia del libro es el negocio jurídico en su dimensión conceptual. Consta de diecisiete capítulos que tratan sucesivamente del negocio, de la declaración de voluntad, de la causa, de la forma, las clasificaciones, negocios anómalos, interpretación, eficacia, ineficacia y representación. Realmente los capítulos son más que los epígrafes, pero nosotros en honor a la brevedad los hemos reducido a esos anunciados.

Bibliográficamente la obra está suficientemente documentada. Se recogen posiciones tradicionales como las de BETTI, CARIOTA FERRARA y otros, pero también se sigue con ciertas fidelidades a LACRUZ, Díez PICAZO y, sobre todo, a DE CASTRO. Las citas son lo suficientemente claras para ofrecer al estudioso unos campos de consulta.

A) EL NEGOCIO JURÍDICO.

Para afrontar la problemática del negocio jurídico recorre el inevitable camino del concepto de la autonomía de la voluntad y el efecto inmediato del negocio para terminar diciendo que la esencia o pilar básico de todo negocio jurídico es la voluntad, pero no una voluntad encerrada en el interior del sujeto, sino una voluntad que se manifiesta o se actúa. Recoge tres direcciones para fijar la esencia del negocio: la subjetiva, la objetiva y la posición de DE CASTRO para quien el negocio jurídico no es una auténtica fuente de Derecho objetivo, no crea normas jurídicas autónomas, sino una *lex privata* una regla entre particulares (arts. 1.091 y 1.257). Se concluye con la exposición de los elementos esenciales del negocio (declaración de voluntad, causa, forma y objeto).

B) DECLARACIÓN DE VOLUNTAD.

Como elemento esencial del negocio es estudiada la declaración de voluntad, distinguiendo sus clases (manifestaciones directas e indirectas, por comportamientos y recepticias y no recepticias); el problema de la prevalencia entre voluntad y declaración, tanto en su teórica solución como en la solución jurisprudencial; las conductas, con el valor jurídico del silencio y los negocios de actuación (ocupación, abandono, confirmación tácita, revocación presunta).

En capítulo aparte se sigue exponiendo la doctrina sobre la declaración de voluntad a través de los problemas de la inexistencia de la misma (con los casos de menor edad, locura o imbecilidad, emitidas por la fuerza y los hechos sin propósito de obligarse), la reserva mental y los vicios que pueden afectarla. Sobre los vicios el estudio es más amplio, deteniéndose en los tradicionales: el error, la violencia, la intimi-

dación y el dolo. Como el negocio jurídico se ofrece en su doble clase de *inter vivos* y *mortis causa*, el estudio de las materias apuntadas también tiene esta doble proyección.

C) CAUSA.

Se enfoca el tema de la causa anteponiendo ciertas opiniones del profesor DE CASTRO sobre la sencillez del problema, el choque de intereses y corrientes ideológicas, así como la proporción de la sustitución del término. Luego se sigue con la distinción entre la causa en el campo de las obligaciones y en el del Derecho de cosas.

Desde el punto de vista histórico se hace la cita de tres prestigiosos mojoneros (DOMAT, POTHIER y *Código napoleónico*) que son los "culpables" de este difícil concepto, terminando con el estudio de la causa en el Código civil. Desde el punto de vista doctrinal se exponen las teorías subjetivas, las objetivas y las anticausalistas, para terminar con la doctrina jurisprudencial en la que prevalece la primera de ellas. Era inevitable tocar la diferenciación entre la causa y los motivos, así como las dos vertientes de la presuposición y la base del negocio que dan base a la posibilidad de la modificación del negocio jurídico.

De la ausencia de causa, de los vicios que la misma puede tener (falsedad e ilicitud), así como del problema de la obligación moral como causa, la causa originaria y la causa atípica, son los últimos puntos tratados en el capítulo que se enlaza con el siguiente en el que ya se acude a una clasificación negocial basada en la figura de la causa, dando entrada a los llamados negocios onerosos y lucrativos y, sobre todo, a los negocios causales y abstractos (en los que se dice que hay una disociación entre negocio y causa).

D) LA FORMA Y EL OBJETO.

No es lo mismo forma que fórmula. Mientras que en el Derecho antiguo la forma se identifica con la "fórmula", en el Derecho moderno la voluntad manifestada de "cualquier forma" es suficiente para producir efectos jurídicos. Después de esta distinción se expone el sistema adoptado por nuestro ordenamiento, la clasificación de las formalidades, la forma en el negocio testamentario y en el derecho de familia, para concluir con un estudio de la escritura pública.

En materia del objeto del negocio jurídico se sigue, abreviadamente, la tesis de DE CASTRO: objeto es la materia social sobre la que recae el vínculo creado.

E) CLASIFICACIONES.

Diversos son los criterios adoptados para la clasificación negocial, pero son seis los que el autor elige para esta delicada labor: el del contenido, el de la forma, el de la causa, el del momento de producción de efectos, el del número de partes negociales y el de la conexión entre varios negocios. En el primero estamos ante la distinción entre negocios patrimoniales y familiares. En el segundo y tercero, no se hacen más que remisiones a otros capítulos. En el cuarto, juegan los conceptos de *inter vivos* y *mortis causa* como decisorios. En el quinto, los aspectos de unilateralidad o bilateralidad, pluraliteralidad, complejos, colectivos y colegiales son básicos. En el sexto, y último, se distinguen los negocios conexos y coligados.

F) NEGOCIOS JURÍDICOS ANÓMALOS.

Tres son los importantes capítulos que a esta materia se destinan. Tratan sucesivamente de estos tipos de negocios de carácter anómalo: los negocios simulados, el negocio fiduciario, el fraudulento y el indirecto. Nada nuevo se aporta en el negocio simulado de quien FERRARA ya dijera todo. En el fiduciario se pega enormemente a la tesis del profesor DE CASTRO que revisa la teoría del doble efecto y la de GRASSETTI o *causae fiduciae*, considerando al negocio fiduciario como un negocio simulado "relativamente", lo cual provoca que los terceros únicamente quedan protegidos si son adquirentes del fiduciario de buena fe y a título oneroso. Realmente es la misma conclusión de GRASSETTI, pero por un camino indirecto. En aquél era la causa, aquí es la simulación relativa.

Por último, se afronta el problema del negocio fraudulento que, una vez declarado tal, queda sometido a los efectos que produzca la violación de la norma de que se trate y el negocio indirecto cuyo exponente doctrinal más autorizado se sigue en la materia: ASCARELLI.

G) INTERPRETACIÓN.

Brevemente se ofrece esta materia siguiendo orientaciones de BETTI y de DE CASTRO que se rematan con la exposición de los preceptos legales sobre el punto, tanto en el campo del negocio *inter vivos* como en el testamentario.

H) EFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO.

Es claro que este problema en su amplitud exigía más de un capítulo y, por ello, el autor expone previamente la eficacia en general de negocio entre las partes y frente a terceros, para luego llegar a distinciones más sutiles cuáles son el del negocio en favor de terceros y a cargo de terceros. También se exponen los efectos directos del negocio y los que tradicionalmente se han denominado elementos accidentales del negocio: la condición (incluida la *conditio iuris*), el término y el modo.

I) INEFICACIA.

Forzosamente son materias obligadas de dos capítulos los de la inexistencia, nulidad absoluta y anulabilidad y rescisión. Militan junto a estos conceptos los de convalidación y conversión.

J) LA REPRESENTACIÓN.

Es el último capítulo de la obra y en él se distingue previamente la figura de la representación de otras, para luego exponer lo referente a la representación directa, la estructura del negocio de apoderamiento y su posible ausencia con la institución de la ratificación, la representación indirecta y la legal.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

MARTINDALE: *La Teoría Sociológica*, Editorial Aguilar, Madrid, 655 páginas.

Nos encontramos en presencia de un libro que se sale de las pautas pedagógicas al uso. Quienes, con alguna frecuencia, nos hemos asomado al quehacer divulgador de la recensión de publicaciones, nos encaramos casi siempre con la ingrata misión de trepar a contrapelo de las arideces científicas o técnicas de los autores.

"La Teoría Sociológica" pertenece a esa extrañísima gama de libros en los que se conjuga la pulcritud docente con la elegancia literaria. Es una óptima mezcla, de la que nos va distanciando día a día la exposición pedestre y a ras de tierra de la mayoría de los libros técnicos que no se permiten el lujo artístico de la belleza en la dicción.

Hacer literatura de la sociología es un empeño esporádico del que conocemos muy pocas muestras. Entre ellas la del español FRANCISCO AYALA, que, en su tratado de sociología, ha sabido filtrar la ganga técnica para dejarnos el más puro mineral de una literatura sociológica.

También el contenido del libro demuestra esa originalidad que no es producto de la improvisación, sino de un personalísimo enfoque de las materias estudiadas. Todo lo contrario de la obediencia metodológica, vinculada con servilismo a los índices de materias sugeridos por los tratadistas de renombre.

El autor tiene una forma valiente y muy personal de decir sus enseñanzas. Nos lo demuestra desde las líneas interproductoras de su tratado, cuando afirma: "La noción de que la teoría sociológica es una actividad laboriosa de los arquitectos de la fantasía está tan extendida como la de que se trata de una rama de la esoteria que actúa en un mundo de penumbra.

La originalidad de la obra está, más que en su contenido en la novedad con que el autor ha encasillado a los representantes de las distintas corrientes doctrinales, y en sus personales juicios de valor. A los sociólogos estudiados ya los conocíamos, nos los habían presentado los manuales universitarios de Historia de los sistemas filosóficos y Teoría de la Sociedad. Los nombres no nos golpean con su incógnita. Ya en otras ocasiones hemos contemplado las lápidas bibliográficas que toda onomástica ilustre contiene, esa relación de difuntos, conocidos que suele ser un índice de autores. Pero no conocíamos el cobijo de ellos en varios grupos de "ismos" de atractiva fonética. NIETZSCHE Y SCHOPENHAUER, PARETO y FREUD, caminan juntos bajo la enseña del "positivismo voluntarista". Una cascada de grandes hombres se concentra bajo el título de "La teoría del conflicto": POLIBIO, IBN KHALDUN, MAQUIAVELO, BOBINO, HOBBS, HUME, TURGOT, ADAM SMITH, T. MALTHUS, HEGEL, MARX, DARWIN, SPENCER. OPPENHEIMER y otros de menor estatura científica.

El behaviorismo social es también una corriente de amplio pallo, bajo el que se cobijan muchos apellidos de renombre, figurando entre ellos LOTZE, HARTMAN, WILLIAM JAMES, MAX WEBER y W. H. WHYTE. A PARETO nos lo encontramos—polivalente—formando parte también del macrofuncionalismo. KURT LEWIN es exhibido como portaestandarte del microfuncionalismo.

Acertadamente, no todo es nuevo bautismo terminológico en el trabajo de MARTINDALE. Hay autores que permanecen sin salirse de sus adscripciones tradicionales. Este parcial conservadurismo da equilibrio

a la obra. Así, por ejemplo, DESCARTES y KANT siguen representando al racionalismo, como STAMMLER y Kelsen patentizan ejemplos incontrovertibles de neokantismo.

JOSÉ MENÉNDEZ

PARADA VÁZQUEZ, J. RAMÓN: *Sindicatos y Asociaciones de Funcionarios Públicos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1968, 178 págs.

El capítulo 1.º cumple la obligada misión de puesta en escena, de presentación de la temática del libro. Es a principios de nuestro siglo cuando surgen los balbucientes intentos en pro de la sindicación y del asociacionismo de los funcionarios. Pero el ambiente es totalmente adverso. La simple mención de la idea catapultada contra ella las opiniones de los juristas de la época. Se imponen los esquemas aceptados los fáciles dogmatismos que preconizan una divisoria sin suturas entre quienes trabajan para la empresa privada y quienes, por el contrario, dedican su actividad al laboral oficial. A veces la disyuntiva es tolerable. Pero la fricción se enciende inevitablemente cuando los que trabajan para el Estado realizan funciones de comprometido etiquetamiento. El funcionario técnico no se diferencia del técnico no funcionario. ¿No es la misma la actividad del ingeniero, la del maestro, la del contable..., con independencia de que su trabajo se rinda al Estado o al sector empresarial?

El sindicalismo de los funcionarios presenta importantes diferencias. En primer término, adolece de ese sindicalismo opuesto y equilibrante que caracteriza al sector privado y que viene representado por el sindicalismo empresarial, por cuanto los funcionarios se enfrentan con un único patrono, que es el Estado. Por otra parte, existen limitaciones para este sindicalismo. Por exigencias de la esencia misma del poder político, al que están estrechamente vinculados, deben quedar marginados a este sindicalismo los funcionarios militares y las fuerzas de policía. También el recorte que implica el que no pueda acudir a la vía normal de la negociación colectiva o a la opuesta vía traumática del derecho a la huelga.

El sindicalismo de los funcionarios tiene indudables ventajas. Como son, el abocar a una participación efectiva en la gestión pública, el potenciar la defensa de los intereses de los agrupados y el servir de punto de apoyo a cualquier intento de reforma social dentro de la función pública. Pero también presenta inconvenientes. Tal vez el más destacado consista en propiciar la actividad narcisista de los funcionarios.

El autor subraya convenientemente que la significación del derecho sindical en el régimen jurídico de la función pública no se restringe a la posibilidad de fundar asociaciones profesionales, sino que cubre toda una tendencia al reconocimiento del conjunto de los llamados derechos colectivos (el de huelga, el de negociación colectiva...).

El capítulo II del libro estudia las fases de la evolución del sindicalismo funcional.

"Es por contagio del sector privado como se enciende el afán sindicalista entre los funcionarios" nos dice el autor. Pero, prescindiendo de la mimesis asociativo-profesional indicada, lo cierto es que en una primera etapa se advierte una clara separación entre el sindicalismo

funcionarial y el obrero. Es a partir de 1920 cuando comienza en Bélgica el proceso de oficialización y penetración de los sindicatos en la Administración.

PARADA estudia la evolución y desarrollo de la asociación y sindicatos de funcionarios en los principales países occidentales. A la cita con su libro acuden los autores del sindicalismo de los sueldos en Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Italia, República Federal Alemana y Bélgica.

Traspuesta la última guerra mundial, viene a producirse la internacionalización y consolidación definitiva del derecho sindical en la función pública. Es en la Convención número 87, celebrada en San Francisco en 1948, por la Conferencia Internacional del Trabajo, en la que, de una manera categórica, se reconoce el derecho a la sindicación de los empleados públicos.

Las organizaciones sindicales internacionales han puesto especial énfasis en proclamar el derecho sindical de la función pública. Entre las afirmaciones de los últimos tiempos, puede tomarse en consideración la Conferencia Internacional *des cadres Fonctionnaires*, cuyo segundo Congreso, celebrado en Roma, se consagró al estudio de los modos de negociación y de la relación entre las organizaciones sindicales y el Estado.

El capítulo III toma tierra en el Derecho español. Con anterioridad al siglo XIX, el problema social de los funcionarios había buscado solución en los Montepios y en las Mutualidades. Al finalizar esa centuria convulsionada, el Gobierno de Cánovas padece la huelga de telegrafistas de 1892.

Por lo que respecta al derecho de asociación de los funcionarios, parecía reconocerse—al no formularse prohibición alguna—en la añeja Ley de asociaciones de 30 de junio de 1887. Por otra parte, entre los años 1916 y 1922, surge un brote poderoso de sindicalismo en la Administración militar, representado por las Juntas de Defensa y por las Comisiones informativas.

Bajo tales estímulos, se promulga la Ley de Bases sobre funcionarios civiles de 22 de julio de 1918, que se pronuncia favorablemente al sindicalismo funcionarial en su base 10, del siguiente tenor literal: "Los funcionarios públicos podrán asociarse con arreglo a la Constitución y a las Leyes".

La Dictadura conoce la proliferación de los colegios profesionales, verdaderas corporaciones de Derecho Público, en las que las finalidades de representación de sus miembros se agrandan hasta la realización de funciones públicas, fundamentalmente en materia de personal. De la época son también las Juntas de Personal y las Juntas Calificadoras en los Cuerpos de Ingenieros y las Asociaciones nacionales y los Colegios Profesionales de Administración Local.

En la etapa republicana, el derecho de asociación y sindicación de los funcionarios, continuó siendo restringido si se parangona con la operancia del mismo derecho en el sector privado. Por los años treinta se promulgan algunas disposiciones orgánicas que reconocen expresamente el derecho de asociación en favor de algunos Cuerpos de Funcionarios. Entre los más característicos destacan el de Guardería Forestal Republicana, la Asociación Oficial de Médicos Titulares y el Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad, aprobándose su Reglamento por orden de 30 de julio de 1934.

El trabajo de PARADA es exhaustivo. En los capítulos siguientes ahonda su estudio del tema, a través de las diferentes facetas que presenta. Así el capítulo IV está consagrado al estudio de la constitución, organización y representatividad de las agrupaciones profesionales de funcionarios. Esta temática que exige el correcto plantea-

miento de cualquier personalidad jurídica. El problema del sustrato constitutivo y el del reconocimiento oficial, que confiere el nimbo de la capacidad, ante el derecho, al proyecto crecional de los interesados. En este como en otros aspectos es necesario bucear en el derecho comparado, para parangonar nuestras creaciones vernáculas con las soluciones exógenas. PARADA, a este respecto, nos brinda un muestrario oportuno, extraído de las legislaciones francesa, belga inglesa y estadounidense principalmente.

Por lo que respecta al grado de representatividad de las asociaciones de funcionarios en nuestro derecho, PARADA bifurca su examen dualmente y estudia por separado la representación frente a la Administración y la representación a efectos jurisdiccionales. Concluye el capítulo con un análisis del *status* de los representantes de las asociaciones o sindicatos de funcionarios.

Muy importante, dentro de la biología doctrinal de la obra, el capítulo V, consagrado al estudio de los fines y medios de la acción sindical de la Administración pública. Comienza sus consideraciones al respecto con una visión panorámica del Derecho comparado en la materia referente a la representación y colaboración funcional, ya directa, ya a través de las asociaciones profesionales. Por su prioridad cronológica, le corresponde el primer turno de la cita a los *Whitley Council* ingleses, órganos de composición paritaria, integrados por representantes del Gobierno y representantes de los funcionarios, en los que alienta la finalidad de conseguir una estrecha colaboración entre la Administración y su personal, con vistas a lograr una más adecuada satisfacción de las aspiraciones de los funcionarios y una mayor eficacia del servicio público. A continuación desfilan las soluciones positivas de los EE. UU. para el problema de la colaboración sindical y la Administración Pública, cristalizadas a través de los reglamentos *employees council*. La fórmula francesa de colaboración sindical brinda soluciones plurales: El Consejo Superior de la Función Pública, las comisiones administrativas paritarias y los comités técnicos paritarios.

Los comités y los consejos de consulta sindical y las cámaras de recursos son los órganos que el derecho belga ha estructurado para buscar la colaboración entre la Administración pública y los sindicatos. En la República Federal Alemana, los sindicatos están representados en la Comisión Federal del Personal y se reconocen derechos de co-gestión y codecisión a los consejos y asambleas de personal.

En Noruega están admitidos los convenios colectivos de funcionarios.

Las situaciones conflictuales pueden tener una dispar desembocadura: o se resuelven pacíficamente por medio de esas apoyaturas negociadoras que representan la conciliación y el arbitraje o se desbordan conflictivamente a través de la huelga. Ambos planteamientos están contemplados en el Derecho comparado.

El capítulo VI y el último de la obra aterriza con toda su carga doctrinal, en España. Y la primera observación que destila el examen de la legislación del nuevo Estado es la de que los Sindicatos y asociaciones de funcionarios están marginados en el Sindicalismo Vertical. La situación abstencionista del Régimen a este respecto se hace más denunciante a medida que progresamos temporalmente en el quehacer legislativo. Y así llegamos a la promulgación de dos leyes que necesariamente entroncan con la problemática analizada por el autor. Son la Ley de Funcionarios de 20 de julio de 1963 y la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964. En ambas se silencia el derecho asociativo y sindical de los funcionarios. En realidad, más que de una omisión se trata de una exclusión expresa. En efecto, el artículo 2.º de la Ley de Asociaciones deja fuera de su ámbito de apli-

cación a las asociaciones de "funcionarios civiles y militares y a las de personal civil empleado en los establecimientos de las Fuerzas Armadas".

Pese a la orfandad legal del derecho de asociación de los funcionarios, lo cierto es que en nuestra atmósfera jurídica respiran diversas agrupaciones de funcionarios, como son las asociaciones mutualistas (a decir de PARADA, constituyen en buena parte la fase infantil del sindicalismo en general y en particular del funcional), los Colegios profesionales de funcionarios, las Asociaciones de funcionarios integrados en la Delegación Nacional de Sindicatos (v. gr.: las Asociaciones del Profesorado de Enseñanzas Superiores y Medias...).

La situación de pasividad normativa del Derecho patrio, trae como consecuencia que "el tema derivado de la colaboración de las asociaciones y sindicatos de funcionarios en la actividad estructural de la Administración sea un tema prácticamente muerto en nuestra patria".

Por lo que respecta a la negociación colectiva, en el panorama administrativo español se puede situar un supuesto de aplicación indirecta de convenios colectivos en el campo funcional dentro del Servicio Especial de Vigilancia Fiscal.

La huelga de funcionarios se anatematiza sin temperamentos ni componendas en el artículo 222 del Código penal, que la tipifica criminalmente entre los delitos de sedición.

En su conjunto, esta publicación de J. RAMÓN PARADA, demanda un saldo de opinión muy favorable. Ha sistematizado unitariamente eslabones funcionariales que andaban dispersos por la variedad paisajística—y a veces anárquica—del derecho positivo, del profuso mundo de la legislación administrativa. Y ese mérito indiscutible de toda obra pionera.

Porque la temática omnicomprendensiva del libro estaba entre nosotros en una situación silvestre de bosque sin roturar. PARADA irrumpe con un sistema, con su estudio conjuntado, en esa ofuscación botánico jurídica y nos depara una obra vanguardista. Ha insuflado al tema un rigor doctrinal de muy buena ley y nos ha brindado una monografía de apreciables quilates. Con el tiempo, vendrán otros a matizar morosamente, con prolijas infraestructuras argumentales, las líneas maestras, las jácenas del edificio montado por PARADA. Pero él siempre podrá esgrimir su título indiscutible: el haber sido el primero. Y nuestro gremio conoce, por divisa corporativa, la enorme trascendencia de la prioridad: *primum in tempore, potior in jure*.

JOSÉ MENÉNDEZ

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Enero-marzo de 1970.

Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 9 a 121.

Los vicios del suelo: Reflexiones sobre el artículo 1.591 del Código civil, por Vicente Torralba Soriano, págs. 123 a 140.

El reconocimiento de la filiación natural en la Ley colombiana de 1968 y su Reglamento de 1969, por José María Castán Vázquez, páginas 141 a 151.

Aspectos actuales de la reglamentación del divorcio en Rumania, por Tudor R. Popescu, págs. 153 a 164.

REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL Y AMERICANO

Núm. 24, abril-junio de 1969.

El "ius connubii" y la libertad religiosa en la Constitución argentina, por Germán Bidart Campos, págs. 19 a 32.

La conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y el método de las Leyes modelos, por Antonio Marín López, págs. 33 a 48.

Sobre responsabilidad por daños a las personas en el derecho de la aviación, por E. Le-Riverend, páginas 49 a 64.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO

Núm. 84, noviembre - diciembre de 1969.

Problemática fiscal de las concentraciones de empresas, por José María Martín Oviedo, págs. 1021 a 1043.

Estudio jurídico-fiscal de la tasa de apertura de domicilio social de oficinas, págs. 1045 a 1070.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Abril de 1970.

Estudios sobre la ejecución testamentaria, por José Batista Montero-Ríos, págs. 307 a 344.

Los productos farmacéuticos y su patentabilidad, por Ramón María Mullerat Balmaña, págs. 344 a 357.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 115, enero-marzo de 1970.

La reforma de la Sociedad Anónima y la Bolsa en Italia, por Sergio Sotgia, págs. 7 a 26.

En torno a la invalidez y eficacia de la cláusula sin gastos en el derecho cambiario español, por José María Gondra Romero, páginas 27 a 83.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Marzo-abril de 1970.

Los juristas ante el incumplimiento de los planes de urbanismo, por Manuel - Francisco Clavero Arévalo, págs. 13 a 30.

Urbanismo y organización administrativa municipal: especial consideración de las gerencias municipales de urbanismo en Derecho español, por Martín Basols Coma, págs. 31 a 68.

El arbitrio no fiscal sobre edificación deficiente y los límites del casco urbano, por José-Luis Castro Troncoso, págs. 69 a 97.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Abril de 1970.

Las competiciones ciclistas ante el Derecho, por Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajales, págs. 497 a 600.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 307, abril de 1970.

Estudios sobre Derecho penal soviético, por Luis Blas Zulueta, páginas 282 a 290.