

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLIII * Noviembre-Diciembre 1967 * Núm. 463

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Excmo. Sr. D. Ramón de la Rica y Arenal.

Ilmo. Sr. D. Federico Bas y Rivas.

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; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

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

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección : General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

Precio : 200 pesetas al año.

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

Depósito legal: M. 968.—1958

S U M A R I O

ESTUDIOS :	Págs.
«Racionalización y Derecho privado», por REINER SCHMIDT ...	1485
«La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA ...	1523
«Los arrendamientos y la extinción de servidumbre por el propietario», por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO ...	1587
«La adquisición a <i>non domino</i> », por VICENTE FONT BOIX ...	1607

NOTAS :

«Notas al régimen económico-matrimonial de Alemania (República Federal)», por EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO ...	1643
«La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad», por FRANCISCO JAVIER ROVIRA JAÉN ...	1673

JURISPRUDENCIA :

Resoluciones y Sentencias:

I.—Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO ...	1693
II.—Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ.	1711
2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS ...	1727
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ...	1730
III.—Resoluciones del Tribunal Económico-administrativo central, por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL ...	1743

LIBROS:**Págs.**

«El negocio jurídico», de FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, por VICENTE ESPERT	1751
«El tercero registral en el Derecho venezolano», de ANGEL CRISTÓBAL MONTES, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	1756
«Estinzione della obbligazione per confusione», de GIANANTONIO FAVERO MILANO, por MARIANO ALONSO PÉREZ	1762
«Derecho de familia», de J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, por JUAN B. JORDANO BAREA	1766
«Lo económico-administrativo: historia y ámbito», de PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS, por JOSÉ MENÉNDEZ	1768
«Instituciones de Derecho civil», de ALBERTO TRABUCCHI, por D. P.	1769
«Das Wesen des Rechts» («El ser del Derecho»), de REINHOLD ZIPPELIUS, por JOSÉ R. CASABÓ	1770

REVISTAS:

Por F. M. C.	1773
---------------------	------

ESTUDIOS

Racionalización y Derecho privado (*)

A

I

Debería ser ya momento de ocuparse con más general alcance de la importancia que la racionalización, y, en concreto, una de sus consecuencias, la automatización, tienen para el Derecho privado, y obtener así una visión de conjunto de los múltiples problemas que este fenómeno, característico e informador de nuestro tiempo, ha puesto sobre el tapete (1). En la primera parte de nuestro trabajo, la confrontación de racionalización y Derecho privado nos planteará el problema de las *repercusiones en el Derecho privado*, en particular para la aplicación del Derecho, de la racionalización de los procesos económicos y administrativos. Abarca, pues, el examen del estado jurídico y legal de los métodos de racionalización y de sus resultados, cuya situación de hecho nos permitirá inducir ciertas enseñanzas.

En una segunda parte se dirá, primero, algo sobre la *racionalización del Derecho privado mismo*; hay en este campo más trabajos preliminares y, a primera vista, menos actualidad científica. Pero esta segunda parte también nos situará ante el apasionante

(*) Publicado en la revista *Archiv fuer die Civilistische Praxis*, marzo, 1966. Traducción: Aurora Huber Robert, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

(1) Me han inducido a acometer esta tarea los análisis que inició sobre todo ZEIDLER: *Ueber die Technisierung der Verwaltung*, 1959; del mismo autor, *Verwaltungsfabrikat y Gefaehrungshaftung*, DVBl. 1959, págs. 681 y sigs., y BULL: *Verwaltung durch Maschinen*, Hamburgo, 1963.

problema del ámbito en que eventualmente pueden hallar aplicación *máquinas automáticas para la elaboración del Derecho*, entendida ésta en su más amplio sentido.

Los riesgos que amenazan a un análisis jurídico de tema tan amplio y general son evidentes, como lo son los que dependen de la *actualidad y sustancia sociológico-política* (2) de los problemas acotados. Sólo, previa una rigurosa selección, cabe, pues, asomarse a las distintas situaciones, en sus aspectos varios, esforzándose en considerarlas con cierta «frialidad» (de esta forma, problemas que han sido objeto de amplia literatura pueden tratarse, sencillamente, como nuevos).

El tema pertenece, al igual que ocurre con muchas cuestiones parecidas, tanto a nuestra disciplina como a la *Teoría general del Derecho*. Son inevitables ciertas ligeras incursiones en el campo de la filosofía del Derecho. Las cuestiones previas de índole técnico-económico-matemática no nos llevarán, sin embargo, a replantear el pensamiento de las ciencias naturales dentro de la ciencia del Derecho, aun cuando volveremos a tropezar con este problema. La legislación se ocupa sólo ocasionalmente de la materia; así, por ejemplo, en las disposiciones sobre rendición de cuentas de las Sociedades Anónimas, o en la Ley de Reforma del Código de Comercio y del Sistema Tributario de 2 de agosto de 1965 (3), pero nunca a fondo y de forma expresa, del fenómeno de la racionalización.

Quisiera cerrar este brevísimo preámbulo con la personal aclaración de que, desde luego, me consta que ciertas experiencias prácticas no son ni pueden ser excusa en ningún caso.

II

El análisis de la repercusión que sobre el Derecho privado tiene la racionalización, en sentido amplio, y el estudio de su legalidad

(2) Consúltese, por ejemplo, *Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände*, "Sozialpolitische Auswirkungen der Automation", 2.^a edición, Colonia, 1958; *Wirtschaftswissenschaftliches Institut der Gewerkschaften*, *Rationalisierung und Arbeitnehmerschaft, Entwurf einer Stellungnahme*, Colonia, 1950; consúltese asimismo "Die Welt", Nr. 229, artículo *Betrieb und Beruf*.

(3) BGBl. I, pág. 665.

exigen que, en primer lugar, nos detengamos en el fenómeno de la racionalización en sí misma considerada, por más que debamos hacerlo con toda brevedad.

Se entiende por *racionalización* «el conjunto de medidas metodicas y, por tanto, racionalmente ordenadas al logro de rendimientos, con menor esfuerzo, gasto y tiempo que bajo anteriores condiciones» (4). El concepto, cuya precisión ofrece serias dificultades en el campo de la economía política, ha anclado como centro fundamental en la economía de las empresas. Es bien sabido que el punto de partida lo representa TAYLOR, a fines del pasado siglo, con sus estudios sobre el trabajo y la idea de la dirección científica de la Empresa. El simbolo, la producción en cadena, aplicada por primera vez en los mataderos de Chicago. La idea habria de difundirse a través de la legislación más reciente de los países de Europa occidental, sobre protección profesional e industrial, también ante propuestas de racionalización. Problema éste, acerca del cual se medita también, en todo caso, en nuestro país para los programas de los *computadores* (5).

Tres corrientes de pensamiento caracterizan la racionalización: la que se refiere a la simplificación del trabajo, la que se constriñe a la supresión de pérdidas por mejora de los grados de eficacia y rendimiento y, finalmente, la relativa a la puesta en servicio de máquinas y aparatos, es decir, la *mecanización*. (La primera aco-tación sistemática de este campo puede encontrarse en el *Handbuch der Rationalisierung*, publicado por el Reichskuratorium fuer Wirtschaftlichkeit, 1.ª edición, 1929). Se habla de *autómatas* cuando estas máquinas, puestas en movimiento, desarrollan sus funciones por sí solas. Se entiende por *automatización* la racionalización mediante el uso y empleo permanente de autómatas (6). En este sentido cabe decir que vivimos en la época de la automati-

(4) KUNZE: *Rationalisierung in HdB*, tomo 3.º, Stuttgart, 1960; véase *Rationalisierung in HdSW*, tomo 8.º, Stuttgart-Tuebingen-Goettingen, 1964.

(5) Véase KARZAROV: GRUR, edición 1959, 221 y sgts., 225; anónimo GRUR, edición 1959 y siguiente.

(6) Automación ("Automation") es un estado; automatización ("Automatisierung"), una actividad; BULL: Ob. cit. (N. 1), pág. 49; el concepto lo introdujo DIEBOLD: *The Advent of the Automatic Factory*, Nueva York, 1952. NOTA DEL TRADUCTOR: Es de hacer notar que el texto habla siempre de "Automation", que hemos traducido por "automatización" y no por "automación", ya que parece comúnmente admitido en nuestro idioma aquel término.

zación, inmersos en sus discutidas consecuencias económicas, sociales y políticas (7).

Ante esta circunstancia, queda claro que el tema que nos ocupa es mucho más reducido que aquél de la confrontación entre *Derecho y técnica*, sobre que versó la lección pronunciada por HANS HUBER en su toma de posesión como Rector en Berna (8), y que constituye el estudio más conocido en la materia. No obstante, son también dignas de mención las posiciones de FORSTHOFF, OFTINGER y RITSCHL en un volumen mixto, de muy reciente aparición, editado por Hans Freyer y Weippert (9). En todo caso, la racionalización por medios técnicos abarca tan extenso ámbito, que también aquí resulta aplicable mucho de lo que se ha dicho en general respecto a la relación entre Derecho y Técnica.

Todavía hemos de hacer una segunda observación: según la doctrina económica, no toda mecanización que se procura con fines de racionalización puede, de hecho, considerarse necesariamente como tal. En efecto, a menudo surgen, frente a un ahorro en salarios, costes más elevados o bien excesos de capacidad (10). El examen jurídico que sigue deja abiertos estos problemas científico-económicos.

En este desarrollo que el estado de la técnica ha hecho posible, resuelven los autómatas no sólo procesos mecánicos de orden inferior, como, por ejemplo, los que puede efectuar un torno, sino incluso otros de superior condición, tales, la conducción automática de telefonemas. La línea que delimita mecanización y racionalización se halla, en que en este nuevo campo, la máquina no es servida por el hombre. La «última etapa» de la mecanización clásica es la máquina perforadora de fichas al viejo estilo (11). El haber hecho posible la transmisión de noticias, acumularlas y propagarlas, ha conferido al autómata, que ya se llama *computador*,

(7) Véase aquí solamente SCHELSKY: *Die sozialen Folgen der Automatisierung*, Düsseldorf-Koeln, 1957.

(8) H. HUBER: *Das Recht im technischen Zeitalter*, Berna, 1960.

(9) FREYER, WEIPPERT y otros: *Technik im technischen Zeitalter*, Düsseldorf, 1965, págs. 211 y sigts., 247 y sigts., 331 y siguientes.

(10) Véase, p. ej., LENEL: *Syndikate als Mittel der Rationalisierung*, en "JB fuer Nationaloekonomie und Statistik", tomo 175 (1963), 115.

(11) BULL: Ob. cit. (N. 1), pág. 49; véase *System der Abstufungen des Niveaus der Mechanisierung*, de BELLINGER, *Das Problem der Automation*; Jornadas Universitarias 1965, "Wissenschaft und Planung", Berlín, 1965; págs. 81 y siguientes.

una capacidad hasta ahora reservada exclusivamente al cerebro humano. Como es sabido, la actividad del computador está sujeta a programas; el computador no puede tomar decisiones *sua sponte* enteramente.

Conocen, sin duda, la historieta del avisador automático de incendios que comunicó telefónicamente a los bomberos no sólo el incendio, sino incluso su localización exacta y alcance, y al que, también por teléfono, «se informa» que marque el nuevo número de los bomberos que figura en la guía de 1965. Ni una vez siquiera debería el autómatas quedar perplejo...

La *programación* (12) de máquinas suministradoras de datos—un proceso técnico-mental *sui generis*, una función clave—pertenece al campo de la *Técnica de Regulación*, cuyas manifestaciones «inferiores» son bien conocidas; por ejemplo, el regulador centrífugo o el termostato. NORBERT WIENER sintetizó en su obra *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*—aparecida en 1948—bajo el tecnicismo griego *Kybernetik*, procesos de mando y regulación en la técnica y en la biología. Por ello se habla de arte del piloto—que el Caronte de la Cibernética no nos transporte a la otra orilla del Estigia—, ya que el computador se autodirige, no como el piano eléctrico, simplemente por medio de un juego de plantillas, sino por la puesta en función de una serie de variables (13).

La tecnificación y la elevación del grado de división industrial del trabajo dieron lugar a especiales portavoces e incluso consorcios de racionalización, como fuerzas impulsoras de una *racionalización supertécnica*. Se cita siempre, como punto de partida al respecto, un acuerdo sobre unificación del ancho de las vías y dispositivos de enganche de los ferrocarriles del año 1846 y el módulo de los ladrillos en Alemania... Instituciones como el *Ratio-nalisierungskuratorium der deutschen Wirtschaft*, el *Normenausschuss*, el *Refa-Verband* y otras muchas caracterizan la envergadura de su desarrollo. Todas las *formas de concentración de la economía* acusan, y a menudo fuertemente, algún componente de

(12) "Elementos", véase FRIEDLER: *Rechenautomaten als Hilfsmittel der Gesetz-anwendung*, "Deutsche Rentenversicherung", 1962, págs. 149 y siguientes.

(13) PRIETSCHE: Art. *Automation*, Staatslexikon, 795 y sigts; WIESSER: Art. *Kybernetik*, en "HdSW", 54. 1965, págs. 625 y siguientes.

racionalización. La concentración es uno de los medios de elevar la eficacia técnica y económica de las empresas. El problema de los límites, control y ordenación del poder económico, que surge independientemente de que ese poder se ambicione o no en el caso concreto, aunque regulado, lo está tan sólo bajo ciertas agrupaciones parciales, sin que, desde luego, se haya resuelto ni siquiera en parte (14). *No es posible encontrar un valor límite, general y abstracto, de concentración, que aún resulte practicable* y pueda tolerar la economía de libre competencia y que, tal como se ha intentado para el Derecho sindical con el Cartel de Racionalización, sea conveniente tanto para el logro de la necesaria racionalización, como desde el punto de vista de la debida restricción del poder (15).

Frente a la racionalización supertécnica de aquellos portavoces y consorcios indicados, que carece casi siempre de cualesquiera valor político-económico, el *planeamiento* de todo el proceso económico o de algunos de sus sectores, encarna regularmente objetivos político-económicos complementarios. Prescindiendo del hecho de que, efectivamente, el planeamiento que lleva a cabo la Administración Central conduce a una planificación «leve», sólo indicativa, que se encuentra, además, en los sistemas económicos más dispares, es indiscutible que el planeamiento contiene siempre algún componente, mayor o menor, de racionalización económica «pura». Con todo y con eso, parece oportuno que, precisamente a partir de este sector, se prestara mayor atención a los nuevos estudios, que, en orden al *planeamiento* en el campo del Derecho público, incorporan, sobre todo, el volumen mixto (16) publicado por JOSEPH KAISER y también la *Kieler Diskussion der Gesellschaft fuer Rechtsvergleichung* (17).

(14) Véanse, p. ej., en el folleto-homenaje a FRANZ BOEHM, 1965, las aportaciones de DUDEN, pág. 3; ZACHER, pág. 63; BIEDENKOPF, pág. 113, y KRONSTEIN, página 137.

(15) Respondiendo a su finalidad de norma excepcional, la BKartA (1961, 199) parte de una definición más estricta de racionalización ("la mejora de las relaciones de costes y rendimientos mediante reducción de los costes específicos por unidad de producto"). Citaremos solamente a KIRSCHSTEIN-SEGELMANN: *Rationalisierungskartelle und Syndikate*, Duesseldorf, 1960; SEGELMANN: "WuW", 1964, págs 3 y sigts.; LENEL: ob. cit. (N. 10).

(16) KAISER: "Planung", I, *Recht und Politik der Planung in Wirtschaft und Gesellschaft*, Baden-Baden, 1965.

(17) Véase, p. ej., también OULES: *Les Raisons de la Planification Economique au Niveau Europeen*, homenaje a RIESE, 1964, págs. 111 y sigts. Respecto a

El encuentro con el fenómeno de la racionalización, con las categorías fundamentales de ésta, que abarca la ciencia de la economía, nos trae a la memoria los problemas que se planteó el «Wuerzburger Kolloquium fuer Sozialpolitik», que tuvo por objeto, entre otros temas, el de *la relación entre ciencia de la economía y ciencia del Derecho* (18). Esta exposición suministra material sobrado para una consideración de aquel debate (19), en cuyas ideas, sin embargo, no podemos extendernos aquí por mucho que a ello nos alienten las palabras de ERICH SCHNEIDER «hay cambios en el mundo de la economía que obligan a cambios en el mundo del Derecho» (20). Por lo demás, debe bastarnos con una remisión a las aportaciones de BALLERSTEDT (21), COING (22), MESTMAECKER (23) y RAISER (24), las que permiten soslayar los riesgos de una determinada mentalidad, con que en ocasiones se tropieza en la práctica, y a la que peyorativamente quisiera designar como «Derecho de la economía de las empresas».

B

En la segunda parte del trabajo, los resultados de los *procesos de racionalización*, en sentido económico-industrial, *se ponen en relación con el Derecho privado vigente y se valoran* en función del mismo, pues sólo por vía inductiva cabe lograr una cierta base de valoración. También sólo de esta forma hallan adecuado impulso la evolución del Derecho y la regulación legal. Es difícil elegir los prototipos de racionalización, dada la extensión de todo el complejo; se proponen ejemplos, tanto para simples proyectos organizativos de racionalización como para la racionalización por

Francia, véase FRISCH: *Atomzeitalter*, 1965, págs. 259 y sigts.; IPSSEN: *Planung in Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, en Jornadas Universitarias 1965, ob. cit. (N. 12), págs. 231 y sigts. Allí también WENGLER, págs. 175 y siguientes; THALHEIM, págs. 187 y siguientes.

(18) RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER: *Das Verhaeltnis der Wirtschafts-wissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik*, Berlín, 1964.

(19) Véase también mi aportación al homenaje a NIPPERDAY, 2.º tomo, 1965, páginas 687 y siguientes.

(20) RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER: Ob. cit. (N. 18), pág. 217.

(21) Obra citada (N. 18), págs. 120 y siguientes.

(22) Obra citada (N. 18), págs. 1 y siguientes.

(23) Obra citada (N. 18), págs. 103 y siguientes.

(24) Obra citada (N. 18), págs. 51 y siguientes.

mecanización y automatización. Se omiten intencionadamente importantes sectores; así, los problemas de derecho constitucional del trabajo y de la industria que de la racionalización derivan (25).

I

Nos encontramos de entrada con la llamada *firma facsimil* o estampilla, un sencillo medio de racionalización que ha alcanzado singular importancia cuando las máquinas escriben y redactan.

Según el sentir de la jurisprudencia (26), la estampilla es insuficiente por imperativo de la *forma legalmente prescrita* (parágrafo 126 BGB). La amplísima interpretación que desde el principio se dio a las palabras «en base a liquidación» del parágrafo 782 del BGB y la aplicación de este precepto a toda comprobación de cuentas (27), incluso a las no comprendidas dentro del ámbito del parágrafo 350 del HGB, ha conferido gran libertad formal a la cuenta corriente. Aquí ni siquiera surge el problema del facsimil.

Tratará de él, sin embargo, como requisito formal atenuado frente a la forma escrita legal, el parágrafo 793, apartado 2.º, párrafo segundo del BGB, para las *obligaciones al portador*; así, pues, el legislador del BGB tuvo ya en cuenta a este respecto la idea racionalizadora. A tenor del parágrafo 807 del BGB, no tiene aplicación el precepto indicado para los «pequeños» *efectos al portador*, de modo que no se precisa en este caso ni firma ni tampoco estampilla. En cuanto a los *efectos a la orden*, la cuestión se debatió hace ya mucho tiempo (28), con el resultado de estimarse insuficiente el facsimil. Ello no obstante, la estampilla se ha impuesto ampliamente en la práctica y no sólo para los títulos abstractos de obligaciones mercantiles, lo que encontraría apoyo en el parágrafo 350 del BGB, sino incluso para los causales. Pretender fundamentar la validez de estos efectos, como hacen DUE-

(25) En este punto, sobre todo, GAUL: *Rechtsprobleme der Rationalisierung*, 1961.

(26) RG, JW 1900, 469; RGZ 74, 339; HRR 1933, 1326; RGZ 76, 193; STAUINGER-COING: BGB, 11 edición, 1957, parágrafo 126, 8; ERMAN-WESTERNMANN: BGB, 3, edición 1962, parágrafo 126, 3; respecto a las características de la firma, BGH, BB 1960, 305.

(27) Véase aquí también BGB-RGRK (KUHN), 11 edición, 1960, parágrafo 782, 2.

(28) RGZ 74, 339; LOEHR: DJZ 1911, 78; en contra, HANCKE: DJZ 1902, 549.

RINGER-HACHENBURG (29) y V. GODIN (30) en un uso de comercio, parece, desde el punto de vista de la teoría del Derecho, desde luego, poco consistente, como lo es el argumento de la buena fe. Podría más bien acudirse a una interpretación analógica del párrafo 793, apartado 2.º, párrafo segundo del BGB (31), sobre todo, estableciendo un ulterior paralelismo con las obligaciones a la orden, en base al párrafo 808 del BGB, en todo caso, para efectos librados como emisión completa o partes de la misma. El párrafo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas, que reproduce el párrafo 793, párrafo segundo, del BGB y que no ha sido modificado en la reforma, ofrece también un tercer punto de vista en orden a una analogía jurídica.

La *letra de cambio* (32) y el *cheque* exigen, por su alto grado de formalismo, la firma puesta de puño y letra. De todos modos, no es infrecuente tropezar con una «forma degenerada» del cheque hecho efectivo, aún con firma estampillada. Según SPRENGER (33), el cheque nulo se entiende transformado en una orden verbal unida a la promesa de garantía del librador de que el cheque será abonado. En la mayoría de los casos, subyace al «cheque» firmado con estampilla un acuerdo básico con un instituto de crédito, a tenor del cual, la denominación de cheque debe inutilizarse con el término «abonaré».

Si seguimos descendiendo por la escala de los títulos-valores, en sentido amplio, no tropezamos con problemas dignos de mención dentro del nada uniforme grupo de *efectos comprendidos en el párrafo 808 del BGB*, para los que no se prescribe la firma. Hay ciertamente algún grupo de efectos, como los billetes de lotería, en que (sin ser requisito de Derecho civil) se utiliza la firma fac-símil. En cambio, el *recibo* crea ciertas dificultades; se da aquí una especial exigencia de racionalización que satisface la máquina de calcular. El derecho a la entrega de recibo, al configurarse en el

(29) HGB, 3.ª edición, 1932, párrafo 363.

(30) HGB-RGRK, 2.ª edición, 1963, párrafo 363, 22, párrf. 2.

(31) En 1910 el RG (RGZ 74, 341) ni siquiera la intentó; con cierta reserva, NEUMANN: BB 1957, 445 y siguiente; por el contrario, muy avanzado, WUESTEN-DOERFER: *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, tomo 4.º, 1929, páginas 191 y siguiente.

(32) OLG Nuernberg, NJW, 1961, 1777.

(33) MDR 1958, 553; BAUMBACH-HEFERMEHL: *WechselG und ScheckG*, 7.ª edición 1962, art. 1.º, SchG 5.

parágrafo 368 del BGB como simple facultad a instancia del deudor (34), sólo entra en juego cuando éste solicita «reconocimiento escrito de la entrega». Pero esta facultad también se reconoce para los pequeños negocios de la vida diaria y no será, por tanto, fácil prescindir de una disposición como la contenida en el parágrafo 368 del BGB. Desde el punto de vista racionalizador, el parágrafo 369 del BGB, al cargar los gastos del recibo sobre el deudor, entraña más bien un inconveniente. Que los redactores del BGB han pensado siempre en el recibo escrito, en el sentido del parágrafo 126, es algo que resulta también de la discutible presunción fundada en el parágrafo 370, sobre legitimación del portador del recibo para recibir la prestación (35).

El carácter especial del *contrato de seguro*, como contrato de adhesión, lo tiene en cuenta el proyecto de 1939 del VVG, en cuanto estima suficiente la firma facsímil para la póliza (§ 3.º, apartado 1.º, VVG), y también para el apremio y concesión de plazo de favor, por retraso en el pago de las primas (§ 39, apartado 1.º, VVG). De otra parte, el parágrafo 43, número 4, VVG amplía en favor del agente de seguros el contenido de la presunción de poder resultante del parágrafo 370 del BGB; también en este caso basta la estampilla del agente en el recibo de la prima (36). Queda, por lo demás, mucho que discutir respecto a los distintos supuestos de forma escrita legal que el Derecho de los contratos de seguros plantea (37); pero sólo tiene verdadera importancia, en el caso del parágrafo 39 del VVG, si cabe suscribir con estampilla, aparte del apremio y la concesión de plazo de favor, también la denuncia del contrato por falta de pago dentro del plazo convenido, que prevén normalmente las cláusulas contractuales (38).

La premisa de que la firma fundada en un contrato equivale

(34) Véase PALANDT-DANCKELMANN: BGB, 24 edición, 1965, parágrafo 368, 3.

(35) En este punto, p. ej., REIMER SCHMIDT en *Soergel-Siebert*, BGB, 9.ª edición, 1959; 9, 370, 1.

(36) Particularidades en BRUCK-MOELLER: VVG, 8.ª edición, 1961, párrafos 43, 21.

(37) Véase, p. ej., la controversia en torno a parágrafo 5, párr. 2 del VVG entre PROELSE: VVG, 15 edición, 1965, parágrafo 5, 7; BRUCK-MOELLER, parágrafo 5, 10, y también BROCHMANN: VersR 1963, 1110.

(38) Así, DOERSTLING: *Die Unterzeichnung der Erklärungen des Versicherten*, Hamburgo, 1948, págs. 5 y sigts.; OLG Frankfurt, VersG 1962, 777; BRUCK-MOELLER, parágrafo 39, 41, 47; en contra, PROELSS, parágrafo 39, 5; parágrafo 34a, 4; THEES, VallmZ 1940, 163; DJustiz 1940, anexo al Nr. 3, 9

a la legalmente prescrita, no encuentra apoyo en el Derecho vigente; es sabido que el parágrafo 127 del BGB establece una regla de interpretación mucho menos rigurosa para la *firma en base a contrato*, que, en cualquier caso, sólo de forma mediata respalda la tesis sustentada por la jurisprudencia (39) y por la doctrina (40) de que «en casos en que—ante declaraciones de voluntad negociales idénticas, a dirigir a un gran número de sujetos—la firma por reproducción mecánica del nombre sea usual en el tráfico, debe reputarse, como regla general, que ésta es suficiente en el sentido de la voluntad de las partes, aun cuando la ley exija el requisito de una determinada forma escrita» (41). (Cuando se da este supuesto, y en contra de la teoría de THEES y PROELSS, no cabe, en opinión del deudor, oponer nada, en base al parágrafo 34 del VVG, a la sustitución sistemática de la firma ológrafa en los casos de contratación masiva, cuya forma escrita previene el AVB.) (42).

Estas consideraciones, que intencionadamente hemos expuesto al detalle, vienen a demostrar que la idea de racionalización obliga a que, *dentro del derecho en vigor*, tengan que reconocerse *con gran amplitud las firmas en facsimil*, con la importante consecuencia de que el que se encargue una estampilla deba responder, sin limitación, conforme a la doctrina que también rige en Derecho privado sobre el poder simulado o consentido, del abuso de éste. Es indudable que el legislador no puede perder de vista esta posibilidad que resulta de la racionalización.

II

Lo mismo que ocurría en el caso de la firma facsimil, también en los fenómenos que pasamos a considerar a continuación se antepone a la tecnificación la *idea organizadora, propia de la racionalización*.

(39) RGZ 106, 332; 125, 74.

(40) Por ejemplo, STAUDINGER-COING, parágrafo 127, 1; FLUME, Parte general, tomo 2.º, Das Rechtsgeschaeft, 1965; pág. 259. Véase también SCHLOESSER: BB 1956, pág. 1086.

(41) STAUDINGER-COING: Obra citada.

(42) Se apunta tan sólo la cuestión de la firma ológrafa como presupuesto de eficacia de determinados actos jurídico-legales (resolución del Gr. Z. Sen. RGZ 151, 82; BGH, NJW, 1962, 1507).

Vamos a referirnos en primer lugar al llamado *leasing* (43), que se ubica muy específicamente dentro de la línea de una atomización de las actitudes ante la propiedad, típica de nuestra organización social. Si se quiere, cabe considerar propiedad de la vivienda y acciones populares, por así decir, como un desdoblamiento «vertical» de la propiedad, y el *leasing*, como su desdoblamiento «horizontal». Es fácil la asociación de ideas y relación con «la conversión en reales de los derechos de obligaciones» de DULCKEIT.

Ante el hecho de que la mecanización y la automatización condicionan el nivel de la producción y, por ello, también la elevada demanda de capital propio y ajeno a largo plazo, que en ocasiones, además, o no se consigue o sólo, bajo condiciones muy desfavorables, es evidente que el *leasing*, como modelo económico-industrial de *sustitución de capital por el arriendo de bienes de equipo*, abre una posibilidad complementaria para el incremento de la productividad. Mientras que el arrendamiento de inmuebles ha jugado siempre un importante papel en esta materia, se fija como punto de arranque de la nueva figura (del *equipment-leasing*) la resolución tomada en 1877 por la «Bell Telephone Company» de no vender, sino de alquilar sus teléfonos (44). Desde la última guerra, este contrato arrendaticio (45)—su naturaleza jurídica, pese a su denominación general, no corresponde al arrendamiento en sentido propio («Miethe»), sino al arrendamiento de uso y disfrute («Pacht»), (46), en razón al derecho de percepción de frutos—ha tomado gran incremento, también en la República Federal, como instrumento de financiación. Se trata de un contrato mixto *sui generis*, en el

(43) SHAKESPEARE: *Macbeth*, IV acto, primera escena, "Life is a lease of nature". Véase también la Lend and Lease-Policy de U. S. A. en la última guerra.

(44) Referente a la historia, GAELGEN, de *Hagenmueller*, *Leasing-Handbuch*, Frankfurt/main 1965, págs. 109 y sigts. Respecto al resto, sobre todo Institut Finanzen und Steuern, *Leasing*, cuaderno 74, Bonn, 1964; MEILICKE: BB, 1964, 691; en relación con su actual difusión en U. S. A., p. ej., "Die Welt", 1965, número 231, pág. 22.

(45) BITSCHNAU, de *Hagenmueller*, obra citada, (n.º 44), págs. 20 y siguientes.

(46) NOTA DEL TRADUCTOR: El autor parte de la distinción que hace el Código alemán entre alquiler de fundos urbanos y de cosas muebles (MIETHE) y el arrendamiento de fundos rústicos y derechos (PACHT); el último de los cuales se caracteriza, además de por la cesión del uso, por la del derecho a la percepción de frutos. La figura jurídica de que se trata aquí se asimila a esta última categoría y denomina, por ello, *Anlagepacht*.

que entran elementos del arrendamiento («Pacht»), del préstamo y de la compraventa (47).

El *leasing* contrarresta la tendencia a retardar cada vez más la renovación de capital, con lo que altera sustancialmente su duración y reduce metódicamente el activo del balance, no sólo cargando, además—teóricamente—, el riesgo del capital sobre el arrendador (complejo que, al menos en las actuales condiciones del *leasing* en Alemania, alcanza escasamente la reparación y asistencia técnica), sino, sobre todo, haciendo posible la conversión de un riesgo tan importante como es el envejecimiento de la instalación en una regulación de conjunto llena de sentido económico (48). El *leasing* se ofrece no sólo por los fabricantes como forma especial del crédito mobiliario, sino que en la República Federal, a partir de 1962, lo ofrece también un cada vez mayor número de Empresas especializadas del *leasing* que, sin ser instituciones de crédito en el sentido del KWG, trabajan, sin embargo, conforme a principios análogos. Son para la economía crediticia, en lo fundamental y en razón a la necesidad de refinanciación, tan interesantes, como importantes puedan ser los Bancos de pagos a plazos para el fabricante, en cuanto favorecen las ventas, y se presentan también como fundaciones de arrendadores que quieren constituir bienes de inversión en forma jurídica independiente. Surge una forma especial del *leasing* cuando el empresario del mismo adquiere primero, a título de compra, los bienes de equipo que pertenecían en propiedad al tomador del *leasing* y, luego, se los da en arrendamiento (*sales back leasing*).

El límite inferior de los bienes que son en la actualidad objeto de *leasing* puede estar, tal vez, representado en el valor de una máquina de escribir eléctrica. El derecho contractual del *leasing* viene determinado por la relación triangular, proveedor, empresario del *leasing*, cliente (49). Atendida la especial finalidad del

(47) En relación con las ventajas e inconvenientes en Alemania, CLAUSSEN: *Das Wertpapier*, 1963, págs. 647 y sigts.; sobre *leasing* en el tráfico rodado de mercancías, Book, 1965, pág. 715; como forma de financiación de inversiones societarias, circular 72 (1965) del Institut Finanzen und Steuern; respecto al estado actual, ODERICH: *Frankfurter Allg. Zeitg.*, 1965, número 87, pág. 15. Véase también LEMITZ, 1964, págs. 521 y sigts.; SCHAEFER: *Leasing* Bonn, 1964.

(48) Véase KAMINSKY en *Hagenmueller*, obra citada (n.º 44), págs. 63 y siguientes.

(49) Respecto al contenido del contrato, véase HAVERMANN: *Leasing, eine*

negocio, presenta pocas analogías con el derecho de arrendamiento («Pachtrecht») del BGB, del que ha tomado tan sólo la figura base. Por lo demás, tropezamos con algunos de los requisitos que derivan de la reserva del ejercicio del poder de representación, por parte del empresario del *leasing*, en este caso. La rigidez de la regulación descansa, naturalmente, en el hecho de que no existe garantía crediticia complementaria ninguna para el empresario, y en que el objeto arrendatício entra en la esfera del derecho personal del arrendatario. El esquema base de sus condiciones (50) es, más o menos, el siguiente:

Las condiciones de suministro del proveedor rigen también en la relación entre arrendador y arrendatario. El arrendatario viene regularmente facultado y compelido a ejercitar, de su cuenta y cargo y dentro del plazo previsto, los derechos que, según el contrato de compraventa, le asisten al arrendador frente al proveedor sobre la instalación por éste suministrada (51). El retraso por parte del arrendatario en el pago de la merced estipulada, por término superior al convenido, o la falta de cumplimiento de «cualesquiera otra obligación del contrato», determinan el vencimiento de todos los plazos y el derecho del arrendador a exigir su inmediato pago. La mera circunstancia de «venir esencialmente a peor fortuna», el arrendatario, le confiere a aquél este mismo derecho. Hasta el cumplimiento total, puede el arrendador en la mayoría de los casos retirar la cosa del servicio e incluso recuperar su posesión. Conforme a las actuales condiciones del *leasing*, es el arrendatario quien asume el riesgo de la pérdida y desgaste de la cosa; también él mismo, quien ha de cuidar, de su cuenta y cargo, que se le entregue en el estado que el contrato establece. Estas condiciones sólo tienen explicación, si, del otro lado del contrato, se estipulan, o una opción de compra en favor del arrendatario o regulaciones determinantes de que la cosa, finalizado el plazo del arriendo y cumplidas sus obligaciones por el arrendatario, pase al dominio de éste. Pero también se dan derechos preferentes de compra en su favor. De otra parte, otras condiciones del *leasing* prevén, a la

betriebswirtschaftliche, handels und steuerrechtliche Untersuchung, Düsseldorf, 1965, págs. 34 y sigts. El análisis jurídico está al principio.

(50) Book en *Hagenmueller*, obra citada (n.º 44), págs. 176 y siguientes.

(51) Véase FINH en *Hagenmueller*, obra citada (n.º 44), págs. 273 y siguientes.

conclusión del arrendamiento, la sustitución de la instalación vieja por otra nueva de igual valor, y la participación del arrendatario en el importe de la realización de la anterior. Finalmente, hay regulaciones en que el importe de la venta del equipo antiguo se toma en cuenta para la fijación de la merced arrendaticia en el nuevo contrato. Así, pues, la dura armadura de las condiciones contractuales se inserta en un atractivo cálculo económico, de forma que, también desde la vertiente fiscal, adquiere una gran expansión este tipo de contratación y de negocios, que descansa sobre una idea organizadora de la racionalización.

Con más claridad aún que en el caso del facsimil, muestra el *leasing* el campo de tensión entre el impulso colectivo de la racionalización y el derecho individual constitucionalmente garantizado. La declaración «sin objeciones», que es básica del *leasing* tal como se viene practicando hasta ahora en la República Federal, se refiere exclusivamente al tráfico jurídico entre comerciantes.

III

En este método inductivo de pensamiento, séame permitido exponer aún un modelo de idea organizadora de la racionalización que lleva a peculiares estructuras jurídicas y que, en forma del llamado *sistema de cargo en cuenta* («Lastschriftverfahren»), se ha impuesto en los últimos años (52). El campo del crédito se mostró pronto, a ejemplo de las Sociedades de inversión, especialmente impresionable por las ideas organizadoras de la racionalización (53).

Junto a la transferencia individual y al lado de la «rígida» orden continuada, ya generalizada en el tráfico de giro y cheque postal, ha tomado cuerpo, con carácter complementario, el sistema de carta de cargo en cuenta, dentro del que cabe distinguir

(52) Según el procedimiento practicado antes de la primera Guerra Mundial por la Reichsbank en el tráfico con autoridades del Estado y del Reich, GRZIMEK, BB 1961, 1074; también SCHOELE, ZuB 1933, 285; asimismo el sistema de cuentas del DDR sobre el tema, RUEDIGER, NJ 1953, 677; KAISER, NJ 1954, 240; GRAF, NJ 1954, 331; hacia el sistema de facturación como primera escala del sistema de carta de cargo, GRZMECK, 1961, 1076; BITTROFF, Bankbetrieb, 1962, 13; KESSLER, 1961, 1399; DAESS, 1962, 280.

(53) Más ejemplos en SCHUETZ, JZ 1961, págs. 105 y siguientes.

dos formas: el *sistema de apoderamiento de cobro* («Einzugsermaechtigungsvserfahren») y el *sistema de orden de descuento* («Abbuchungsauftragsverfahren»). En ambos casos el acreedor entrega a la entidad bancaria acreedora, al vencimiento de sus créditos, las llamadas cartas de cargo en cuenta. El Banco abona provisionalmente al acreedor en una cuenta el importe total, al tiempo que transmite las cartas de cargo a los eventuales Bancos deudores para que éstos carguen aquel importe en las cuentas de los deudores. Es decisivo el *acuerdo sobre el tráfico de cartas de cargo en cuenta* que han tomado las federaciones centrales de la industria del crédito, en representación de todos los institutos de crédito, y que ha entrado en vigor el 1 de enero de 1964 (54). No participan aún los Bancos oficiales locales, porque el Banco Federal quiere ver antes cómo se desenvuelve el sistema. El procedimiento de descuento de las oficinas de giro postal, con que es dado compararlo, presenta no pocas diferencias con este sistema de cartas de cargo en cuenta, sobre todo, porque no puede ser aplicado para ingresos por ventas o prestación de servicios. El sistema de cartas de cargo ha adquirido una expansión fuera de lo común no ya sólo en Empresas de suministro de energía, agua o en Empresas de Seguros, sino también, por ejemplo, en las que suministran artículos de marca, del ramo de la alimentación, tabacos, vinos, la medicina o la cosmética y, asimismo, en Empresas de aceites minerales y lubricantes, en relación con sus surtidores y en la Cooperativa de Consumo Edeka (55). Las contraprestaciones dinerarias son objeto de una racionalización tan acusada en estos supuestos (56), que puede hablarse de un «sinalagma automático». Es evidente que este sistema resulta apropiado, sobre todo, en épocas de buena coyuntura y buena moralidad en ambas partes contratantes; en la actualidad los cargos por devolución representan un 0,8-1,2 por 100 de las cartas de cargo entregadas (57).

(54) ENGEL: *Rechtsprobleme um das Lastschriftverfahren unter besonderer Berucksichtigung der Zahlung von Versicherungspraemien durch Lastschrift*, Diss. Hamburgo, 1965, anexo 1; GRZIMEK: *Moderne Inkassoverfahren*, Essen 1961.

(55) GRZIMEK 1962, 477; MUELLER-LOEFFELHOLZ: *Banklexikon*, 5; edición 1963. *Rechnungseinzugspapiere*.

(56) MARTIN: *Zeitschrift fuer Organisation*, 1954, 226, 2.

(57) BLOCH: VW 1962, 861; LIPFERT: *Nationaler und Internationaler Zahlungsverkehr*, Wiesbaden 1960, 54.

El análisis de las relaciones entre las partes contratantes ha de partir de los dos *contratos de cambio* celebrados, cada vez, por acreedor y deudor de la relación de valor, con su Banco o Caja de Ahorros. Del lado del *acreedor* tiene lugar una *comisión de cobro sui generis* que, en relación con el contrato de cambio, llena un lugar y cubre una función equiparable a los del cheque (58). El contrato de cambio del deudor envuelve, en cambio, la posibilidad jurídica de que sin convenio especial se adeude su cuenta por el sistema de pago con carta de cargo en cuenta. En el *sistema de apoderamiento de cobro*, ello ocurre en razón a que el acreedor recibe un poder directo para el cobro de pagos futuros (pagos periódicos, pero no necesariamente regulares en sus vencimientos ni siempre iguales en sus importes); por el *sistema de descuento*, el deudor, dentro de un contrato de cambio establecido según el párrafo 665 del BGB, da orden a su Banco de pagar cuantas cartas de cargo remita un determinado acreedor contra su cuenta corriente. El puente legal entre el Banco acreedor y el deudor (en su caso, a través de una Cámara de compensación) está constituido por el *convenio de cargo en cuenta*, en cuya virtud, en el sistema de apoderamiento de cobro, le asiste al Banco deudor frente al acreedor acción de reintegro del valor de la carta de cargo y, eventualmente, de indemnización de daños por error en la designación de la cuenta, insuficiencia de fondos en la cuenta del deudor o ulterior reclamación de éste. El Banco acreedor, que es económicamente el beneficiario del sistema, debe soportar en su relación con el Banco deudor los riesgos propios del mismo.

El apoderamiento de cobro no es, por lo demás, una orden en el sentido de los párrafos 783 y siguientes del BGB, pero sí, de hecho, un *doble apoderamiento que se le asemeja*, como por ejemplo, la carta de crédito en base a una relación comercial fiduciaria entre acreedor y deudor y constituida como mandato. Tiene también interés la especial obligación del Banco acreedor de comprobar la regularidad de las cartas de cargo, que fundamentan el abono en cuenta, «salvo buen fin», es decir, una concesión de crédito (59).

(58) ENGEL: Obra citada (n.º 53), pág. 27

(59) ENGEL: Obra citada (n.º 53), pág. 22.

De las múltiples cuestiones de Derecho contractual que plantea este sistema de carta de cargo en cuenta, se destacan ya tan sólo, la de falta de reembolso; en su caso, la de su revocación dentro de plazo por el deudor y las referentes al cumplimiento de la relación de valor. Viene aplicándose, en su actual configuración, hace escasamente dos años y, sin embargo, son muy elevadas las sumas que en total fluyen a través del sistema que, en sentido figurado, ha dado en llamarse jurídico-cibernético de estas conducciones de dinero. La necesidad o el deseo de racionalización de los acreedores, e incluso el propio deseo de estar al corriente en sus pagos, del deudor, ha determinado que muchos cuentacorrentistas a la vista mantengan ahora sus cuentas con «depósitos mínimos» más elevados que antes, por la sencilla razón de que no siguen con cuidado y la antelación debida los vencimientos e importes de los compromisos que tienen contraídos por el sistema de cargo en cuenta y, en cambio, han prometido y gozan de la confianza del acreedor de que podrá hacerse cobro, desde luego, «con cargo a la cuenta deudora y en el momento preciso del total importe» de lo adeudado. La posibilidad de combinar la idea organizadora de este sistema de cargo en cuenta con la automática constatación de la prestación del deudor y la extensión de la carta de cargo por la máquina automática de escribir culminan este modelo de racionalización, en el que es de destacar el correctivo del *derecho a su revocación que, dentro de plazo y sin alegación de causa, asiste al deudor (con eficacia «ex tunc»)*. Precisamente porque este sistema no queda restringido ni limitado al ámbito del tráfico entre comerciantes y los institutos de crédito se aferran fuertemente al indicado derecho de revocación, radica en este hecho la necesaria *garantía y respeto al derecho individual* en este negocio masivo, que si se ha hecho indispensable, aparece también plenamente justificado en esta configuración, desde un punto de vista ético-jurídico.

IV

En la introducción se habló de lo difícil que resulta, ante el caso concreto, distinguir formas «buenas» y «malas» de concentración. La idea organizadora de la racionalización que se refiere al grupo de las *cadenas de negocios* o de las *filiales voluntarias* está en la línea de los modelos de concentración y no de los dudosos, precisamente (60).

Se trata en estos casos de convenios voluntarios, establecidos para la compra y el comercio de mercancías, entre mayoristas y minoristas que son económica y jurídicamente independientes (61), pero «que, a base de renunciar voluntariamente a una parte de su capacidad económico-comercial, pretenden conseguir ventajas de la común gestión del comercio y de la propaganda» (62). Cabe distinguir cadenas y grupos; las primeras suponen una colaboración más intensa (63). Su objetivo, acercarse lo más posible a la eficacia económico-industrial de los ofertantes al por mayor sin prescindir para ello de la independencia jurídica de sus miembros y, lograrlo mediante la racionalización de las existencias, una selección del surtido de las mercancías, mediante la racionalización de los sistemas de pedido y pago, de los procedimientos de cálculo y de la propaganda. Es frecuente que los grupos centrales nacionales de los distintos convenios se organicen en centrales internacionales. La estructura jurídica de las distintas cadenas, Sindicatos o grupos, por mucho que se diferencien entre sí, está impregnada por la idea de *asociación y modificación formal* tal y como, desde un punto de vista teórico-jurídico y junto a la idea de confusión y reorganización de formas, ha sido entendida, sobre todo para el derecho de Sociedades, por HEINRICH LEHMANN (64).

(60) Respecto a la situación legal de los carteles, véase la posición del Bundeskartellamt WuW 1958, 269.

(61) SCHIERHOLT: *Freiwillige Filialbetriebe*, Diss. Hamburgo 1963, pág. 9; BILLARD: *Enquete sur le chaines volontaires*, editado por OEEC, Paris, 1950.

(62) OERTEL: *Die freiwilligen Zusammenschluesse im Lebensmittelhandel*, Muenchen, 1960.

(63) Por ejemplo, VATERRODT: *Die freiwilligen Zusammenschluesse zwischen Gross und Einzelhandlugen als Moeglichkeit der Rationalisierung im Handel*, Diss. Koeln, 1956, pág. 20.

(64) *Handelsrecht*, 2.^a parte, *Gesellschaftsrecht*, 1949, págs. 62 y sigts.; 274 y siguientes.

Diremos, describiendo uno de estos modelos, que mientras un grupo de comerciantes mayoristas, por lo general, del mismo ramo, utilizan como instrumento de mediación, propaganda y consejo, una Sociedad de responsabilidad limitada que sólo a ellos, en cuanto socios, pertenece, y se obligan, además, en el contrato social a una asistencia recíproca; de otro lado, cada uno de esos partícipes forma con el comerciante al por menor, del que es proveedor, una especie de Sociedad ideal de la que, a su vez, es presidente «nato». Tales asociaciones tienen a menudo como objeto, según sus estatutos, el fomento y promoción de los intereses de sus miembros mediante el intercambio de experiencias, el mutuo asesoramiento en medidas de propaganda y por medio de la asistencia y consulta económico-industrial. Ha habido ciertas dificultades en estos casos para valorar el fin económico como fin todavía accesorio e innocuo. El convenio aludido tiene frecuentemente sus propios signos. La forma jurídica de compañía queda relegada a un segundo plano, más por razones psicológicas, que debido a la mayor rigidez normativa propia de aquélla. La idea del «anticoncierto» voluntario y de la Sociedad Anónima como *pseudoholding* y también la de los sistemas de asociaciones centrales y locales personalmente unidas entre sí ha ejercido no sólo fascinación, sino que ha trazado económicamente un modelo de racionalización de gran rendimiento, a través de una construcción jurídica acomodada al desenvolvimiento económico-industrial, y capaz, en todo caso, de alcanzar y tal vez de sobrepasar los límites de las posibilidades de configuración tolerables por el Ordenamiento jurídico. Con esta solución se han armonizado, ordenadamente, la apertura de nuevas posibilidades de crédito en el campo del comercio al por mayor, y el objetivo de su modernización, en los negocios comerciales al por menor.

También en el caso de las cadenas y Sindicatos de negocios ha de determinarse aquel *quantum* de colectivización que los partícipes deban aguantar para respetar una «individualidad mínima» en la Sociedad de masas.

V

Nuestro examen se centra ahora en torno a los problemas jurídicos que plantean las «clásicas» *distribuidoras automáticas* en sus distintas variedades y las *tiendas de autoservicio*, incluido el *cash & carry-system*. Este subepigrafe se cierra con algunas consideraciones sobre las *casas de venta a distancia* (*Versandhaeu-tern*) (65). La inclusión de estas figuras especiales, sumamente importantes, de la compraventa viene justificada sólo con tener en cuenta que en los establecimientos de autoservicio se ha eliminado ya, por sí sola, la barrera técnica que mecánicamente requería de una previa acción por parte del comprador. En este caso predomina sobre los componentes mecánicos la idea organizadora de la racionalización.

La distribuidora automática de mercancías representa el deseado ejemplo de oferta hecha a persona indeterminada, pero determinable (66), oferta que se da y existe, sin duda ninguna, por el hecho de que la cosa «se suministra» contra su pago. Independientemente de que el comprador «deba tirar» o de que el cierre mecánico que impide el paso de la mercancía se abra automáticamente, lo cierto es que el contrato ha surgido con la introducción de la correspondiente moneda de ley. El dispositivo de parada encarna, por así decir, un derecho de revocación del comprador sin necesidad de causa grave ni responsabilidad por daños, que tiene, hasta el mismo momento del suministro. Si la mercancía no sale por causa de avería técnica, con retención de la moneda por la máquina, se estará ante un supuesto de imposibilidad, a suplir regularmente con posterioridad por el vendedor, salvo que el comprador haya visto antes que la máquina estaba vacía. Sólo podemos mencionar las particularidades que, desde luego, ofrecen las «máquinas automáticas de servicios» (relojes de aparcamiento, contadores de gas, electricidad o teléfono). En todo caso, la máquina automática «inferior» justifica plenamente la necesidad de

(65) NOTA DEL TRADUCTOR: Se trata de comercios que envían la mercancía contra pedido sobre catálogo, sin que haya mediado una relación directa y personal del comprador con la cosa que adquiere.

(66) BGB-RGRK (KRUEGER-NIELAND), párrf. 145, 2. STAUDINGER-COING, párrafo 145, 3.

una nueva construcción jurídica, en sentido conservador, pero también de que se llegue a nuevos juicios de valor. Con tal motivo se solicita comprensión bastante para que se planteen y afronten las cuestiones de Derecho privado y problemas correlativos de Derecho penal y administrativo que las nuevas figuras plantean (67, 68, 69).

En los últimos tiempos se han discutido, sobre todo, los problemas relativos a la colocación y establecimiento de máquinas automáticas (70). No han llegado a los Tribunales litigios sobre defectos o fallos en su funcionamiento, seguramente dada la escasa cuantía económica de las mercancías. Pero esta circunstancia en absoluto disminuye su interés jurídico y económico, precisamente en razón al ulterior desarrollo de la esencia de estos aparatos automáticos.

Es dado comprobar con DANCKELMANN (71) que en el *establecimiento de autoservicio* (72) la situación contractual se extiende desde su exposición en el escaparate, como oferta, a la compra al contado de las mercancías, de tal forma que el establecimiento es legalmente también un escaparate interior sin luna. Sólo se discute ya—sin mucha fuerza—la cuestión del momento en que nace el contrato de compra.

Mientras que BOEGNER (73) parte del momento en que el cliente retira la mercancía del estante para ponerla en el cesto corres-

(67) SCHMIDT, V. ROSEN, V. HMEWET y ROTHER: *Automatenrecht*, 1952; V. ROSEN, V. HOEWEL y RAUSCHENBACH: *Handbuch der deutschen Automatenwirtschaft*, 1956; KRETSCHMAR, V. EISENHART y ROTHE: *Aussenwerbung und Warenautomaten im geltenden Recht*, 1956.

(68) Por ejemplo, HIERONYMUS: NJW 1951, 825; BayObLG. NJW 1960, 1871; BVerwG, DVBl 1964, 161, 694. Las cuestiones se refieren fundamentalmente al objeto de las ventas con máquinas automáticas, la problemática legal, las especialidades de las máquinas de juegos y la disposición de las lavadoras automáticas en establecimientos y lavanderías de autoservicio.

(69) Por ejemplo, BB 1962, 663; BGH, BB 1961, 1256; BGH, NJW 1956, 1041 y 1079; BayObLG, MDR 1961, 619.

(70) Por ejemplo, OLG Frankfurt, NJW 1964, 254; OLG, Hamburgo, MDR 1964, 144; LG, Berlin, MDR 1964, 237; LG Stuttgart, NJW 1963, 1927; OLG Hamm, MDR 1963, 48; REISSFELDER: BB 1965, 19 y sigts.; DRiZ 1965, 19 y siguientes; también, por ejemplo, FRIEDRICHS: BB 1955, 231; OLG Hamm, BB 1965, 267; OLG, Duesseldorf.

(71) PALANDT-DANCKELMANN, parágrafo 145, 2.

(72) En superficies de venta de más de 500 metros cuadrados se habla, en general, de supermercados; por ejemplo, *Das Leben in Italien*, 1965, n.º 1, página 57.

(73) JR 1953, 417.

pondiente (ejecución de la elección), los demás autores que se han ocupado del problema consideran como decisivo el proceso que se desarrolla ante la caja. Se dan distintos matices y aplican giros diversos: «llevar la mercancía a caja» (74), «mostrar en caja el contenido del cesto» (75); finalmente, «presentar la mercancía a la salida (en caja) y registro de los precios» (76). Como norma, debe aceptarse este último punto de vista; es distinto el caso en que, a petición del cliente, dentro del establecimiento y antes de pasar por caja, tiene lugar una individualización particular de la compra, como, por ejemplo, cuando se corta y pesa carne especialmente para una persona. Por lo demás, los contratos celebrados en establecimientos de autoservicio son, pese a la colaboración del comprador en la elección, compras genéricas (77).

Los cambios y su misma posibilidad ofrecen particularidades en las ventas por máquinas automáticas y también en las realizadas en establecimientos de autoservicio. Mientras que en el primer caso están totalmente excluidos, rigiendo las prescripciones sobre garantía, en el segundo no se da, desde luego, una *compra a cambio*, es decir, aquel tipo de contrato no regulado en el BGB, pero que se entiende como compra no condicionada, con la facultad para el comprador de sustituir la mercancía (*facultas alternativa creditoris*) (78); y ello, porque en estos establecimientos no existe el correspondiente uso de comercio; de ahí que cualquier posible cambio del objeto adquirido quede limitado al ámbito de la mera complacencia con el cliente.

La más reciente manifestación en el desarrollo de la idea del autoservicio la constituye la figura de los llamados *grandes almacenes de despacho de mercancías* (*Abholgrossmaerkte*) del sistema *cash & carry* (79). Se trata de establecimientos de auto-

(74) PALANDT-DANCKELMANN, parágrafo 145, 1.

(75) ERMAN-HEFERMEHL, parágrafo 141, 2, 4 y sigte.: MEZGER, en *Soergel-Siebert*, parágrafo 145, 1; véase también RECKE, NJW 1953, 92; CARLSSON, JR 1954, 253; HUSCHKA, NJW 1960, 1189 y siguiente.

(76) STAUDINGER-COING, parágrafo 145, 3.

(77) También ESSER, *Schuldrecht*, 2.ª edición, 1960, pág. 143.

(78) ENNECERUS-LEHMANN, *Schuldrecht*, 15, 1958, parágrafo 115, II, 2; STAUDINGER-ORSTLER, parágrafo 495, 11; HGB-RGRK (WUERDINGER), parágrafo 373.

(79) Respecto a la situación legal de los carteles: OLG, Düsseldorf, WuW 1961, OLG, E. 380; RENTHE-FINK, BB 1961, 733; GLEISS y HOOTZ, pág. 1305; KRAHE, BGH, BB 1962, 498; WuW 1962, BGH, E. 477; MOEHRING, NJW 1963, 84, 133; también OLG, Hamburg; BB 1962, 1348. También aquí surgió el pro-

servicio para mayoristas y a nivel de comercio al por mayor. Aplican el principio de compra al contado incluso ante la sola designación de calidades (80).

Merece tan sólo atención, dentro de los múltiples métodos de la técnica de ventas, la que se realiza en los establecimientos que hemos dado en llamar *de venta a distancia* (81).

El contacto personal entre las partes contratantes, muy debilitado ya en el sistema de establecimientos de autoservicio, se sustituye aquí por un «ofrecerse» del vendedor, quien utilizando medios en gran escala, psicológicamente muy eficaces, promueve la confianza de la clientela y sus ventas en general. El contacto directo del comprador con la mercancía, la gran ventaja del comercio de autoservicio, debe ser sustituida por una representación óptima en palabras y figuras (catálogo como «escaparate en el papel»). El éxito económico-mercantil de estos negocios de venta a distancia ha de venir determinado no sólo en razón de la calidad, del precio y de los costes, sino también por el hecho de reservársele al comprador, dentro de las condiciones generales del suministro, durante cierto plazo, un derecho incondicionado al cambio (devolución) de la mercancía, y no precisa y exclusivamente en forma de compra a cambio que le obligue a sustituirla necesariamente por otra. Del ejemplo que nos brindan las condiciones generales de suministro de uno de estos grandes establecimientos surgen, no obstante, serias dificultades de interpretación (82). Rezan como sigue: «No hay obligación de compra: admitimos la devolución de cualquier artículo que no guste, siempre que se haga dentro del plazo de quince días...» y a condición de que no se haya usado y

blema del horario de cierre de los establecimientos; OLG Hamm, BB 1964, 181. En cuanto a su significación económica, véase *HANDELSBLATT*, 1965, n.º 181, página 9.

(80) Véase, por ejemplo, RUHBERG, art. *Einzelhandel in HdB*.

(81) Por lo que se refiere a la calificación, desde el punto de vista del derecho de libre competencia, del comercio de estos establecimientos de venta a distancia, con ayuda de comitentes, NJW 1963, 2021; MUELLER, NJW 1960, 1839; 1962, 1548; 1963, 895; FROEHLER, NJW 1963, 279; JANSSEN, NJW 1963, 620. OLG, Stuttgart. WuW 1961, 877; BGH, WuW 1962, 203, sobre el problema del derecho de los carteles y agrupación comercial, con exclusión de estos establecimientos; surgen especiales problemas de competencia (Hess, VGH, DOEV 1960, 389 y siguientes) y fiscales (BFH 1964, 571).

(82) NECKERMANN: Katalog 169, 3 vto.

se acompañe la factura (83). La construcción de una condición diferida—muy imbuida por el derecho privado—y que el parágrafo 495 del BGB configura como presunción impugnabile, no cuadra con los peculiares intereses propios de las condiciones generales de la contratación de estas casas de venta a distancia. En una interpretación razonable habrá que partir más bien de la subsistencia del contrato como regla, y sólo excepcionalmente, de su revocación, de forma que se trata, a lo sumo, de un contrato de compraventa concluido sin condiciones, aunque confiera al comprador durante un cierto plazo el derecho a apartarse de él (84).

Esta concepción viene corroborada por la respuesta a la cuestión sobre el momento de *traslación del riesgo*. No se trata aquí de una compra para su envío (85), porque el vendedor al remitir la mercancía no atiende con ello realmente un asunto o interés del comprador, conforme ocurre en el modelo del parágrafo 447 del BGB, sino que el envío es un instrumento del negocio de venta del vendedor que tiene primordial interés para él mismo. Se trata de un tipo especial de la compra contra envío, al que es de aplicación el parágrafo 446 del BGB. En mi opinión, pues, y a la vista de cuanto llevamos expuesto, la traslación del riesgo al comprador tiene lugar no al prestar su definitiva conformidad (86), como en el caso de la compra con condición suspensiva, sino desde el momento mismo de la entrega. Con esta solución se eluden las dificultades que entraña la construcción de las obligaciones, de debida diligencia del comprador desde la recepción de la mercancía hasta que transcurra el plazo del condicionamiento previsto. Confirma esta interpretación, además, la cláusula contenida en las condiciones generales del contrato, a cuyo tenor el vendedor promete (sólo) total indemnización por los daños del transporte.

Expondremos algunas ideas en torno a la *prestación de garantía*, problema éste que entresacamos entre las numerosas cuestiones jurídicas que ofrecen interés. En la compra por medio de

(83) OTTO-VERSAND: Catálogo otoño-invierno 1965-66, pág. 704; *Medaillon*, en ofertas especiales con concesión de un derecho a uso gratuito durante siete días, sin limitación del derecho de renuncia. Es interesante el sistema expuesto en *Quelle*.

(84) Véase SOERGEL-BALLERSTEDT, parágrafo 477, 10.

(85) STAUDINGER-OSTLER, parágrafo 447, 16.

(86) II, pág. 334; SOERGEL-BALLERSTEDT, parágrafo 495, 8.

máquinas automáticas, y según cual sea su construcción técnica, cabe excluir la prestación de garantía, conforme al parágrafo 460 del BGB, por el hecho de que el comprador ve, antes de la compra, la mercancía objeto de la misma. Los tres tipos de contrato de compra que hemos examinado y que se distinguen en razón a su forma de ejecución, a saber, la venta por medio de máquinas distribuidoras, en establecimientos de autoservicio, o en casas de venta a distancia, parten de un mayor grado de estandarización de las mercancías que el comercio tradicional al por menor. De ahí que no se dé prestación de garantía por diferencias de calidad dentro de los «márgenes» de exigencia a determinar por los usos del tráfico. Pero, de otra parte, en aquel caso habrían de estimarse regularmente garantizadas las características *standard* de la mercancía expuesta en primer término en los estantes, para todas las demás que se hallen en el mismo anaquel (87). Lo propio cabe decir respecto a la descripción gráfica y literaria que de las mercancías se hace en los catálogos de los establecimientos de venta a distancia. En cualquier caso, el plazo de catorce días concedido al comprador para que pueda apartarse del contrato constituye simultáneamente una barrera temporal, en la medida en que hoy día pueda establecerse eficazmente, según los criterios convertidos ya en condiciones generales de la contratación.

VI

Cuando la emisión de declaraciones de voluntad tiene lugar con intervención de máquinas, en sentido amplio, se plantea invariablemente el problema que, con cierta exageración, se califica de *responsabilidad por «error» de la máquina*. La pregunta previa de si realmente se está ante declaraciones humanas de voluntad obtiene en general una respuesta afirmativa; en efecto, le falta al computador, como ya dijimos, la facultad de tomar decisiones propias no programadas; es un instrumento del hombre (88). En un principio, ZEDLER mantuvo la opinión de que fallaba, desde

(87) Sobre la "sustitución de mercancías" en los establecimientos de autoservicio, OLG Frankfurt, BB 1964, 824.

(88) PIETSCH: Obra citada (n.º 13); BULL: Obra citada (n.º 1), pág. 69.

luego, la posibilidad de atribuir el resultado de la máquina a la persona situada detrás de ella (89).

Ejemplo: un telégrafo automático con elección programada sobre banda perforada reproduce una oferta «equivocada». Cabe aquí tal vez hallar el paralelismo más cercano en la función del *mandatario* (parágrafo 120 del BGB); pero puede también plantearse como *error en la declaración*, según el artículo 119, párrafo primero, variante 2 del BGB. Antes de tomar posición jurídica sobre el particular debe citarse aún un ejemplo de «error en el ámbito de la máquina, correlativo al error de contenido»: un computador calcula las primas anuales de seguro correspondientes, según sus concretas circunstancias, a determinada persona, capital y tiempo, e imprime el resultado como aceptación de la solicitud de seguro, pero lo hace, en el caso del ejemplo, equivocadamente. Puesto que aquí son objeto de la declaración de voluntad los elementos de cálculo (cognoscibles en el solicitante), tal error de cálculo debería determinar responsabilidad cuando fuera un ser humano quien hubiera incurrido en él (90). La *separación ficticia entre declaración y formación de la voluntad*, que contiene el parágrafo 119 del BGB—muy complicada por la ampliación que configura su párrafo segundo—, resulta, desde luego, sumamente *problemática en nuestros casos de máquinas*; ello, no obstante, aún se duda en agrupar todos los casos de declaraciones emitidas incorrectamente por máquinas, bajo la variante 2 del párrafo primero del parágrafo 119 del BGB (91). De otra parte, no se podrá avanzar lo suficiente como para recurrir al contenido del parágrafo 166 del BGB, cuyo párrafo segundo apuntaría en nuestros ejemplos a la programación. A mi juicio, una solución sólo será conforme a interés, de una parte, cuando se separen las faltas de programación como *error de motivación irrelevante* por poco común, a no ser que caigan dentro del supuesto del párrafo segundo, y de otra, cuando las equivocaciones debidas a «auténticos» fallos de la máquina se reconozcan como *casos de error en la declaración*, máxime, habida cuenta que la frecuencia de estos yerros es muy inferior

(89) ZEIDLER: Obra citada (n.º 1), págs. 15 y siguiente.

(90) Véase SOERGEL-HEFERMEHL, parágrafo 119.

(91) Corresponde a la cuestión de las “inexactitudes aparentes” en el Derecho Administrativo. BULL: Obra citada (n.º 1), pág. 144.

a la normal, si tales procesos los efectuara el hombre. Se citan siempre como causas de los fallos de las máquinas el recalentamiento y rotura de piezas, obturaciones por polvo o insectos, que la cinta de la máquina quede bloqueada y que la ficha perforada sea defectuosa. Las calculadoras electrónicas con válvulas de oscilación tienen más averías que las alimentadas por transistores; pero tampoco éstas quedan enteramente libres de fallos, aunque el sistema de controles esté extraordinariamente perfeccionado, incluso por cálculos paralelos y alambicadas pruebas de control. Habría que equiparar aquí a los fallos de máquina los de su servicio que no sean defectos de programación; por ejemplo, los debidos a perforación equivocada, a cifrado erróneo o a la introducción de datos incorrectos.

De todos modos, queda por resolver si los criterios de valoración que fundamentan hoy la aplicación del párrafo 119 del BGB responden efectivamente a la naturaleza propia de la declaración de voluntad emitida por medio de máquinas. Ante todo, cabe postular dos valoraciones radicalmente diferenciables: o bien la regulación del párrafo 119 del BGB, o que *se introduzca una posible «rectificación»* de la declaración de voluntad automática y su *sustitución* por otra elaborada individualmente (a requerimiento, dentro de plazo, del que la emite o del receptor). Conforme al Derecho vigente se requeriría la correspondiente *reserva* o condición suspensiva, posible, desde luego, en general. Han supuesto un estímulo para esta idea las resoluciones de la «Bestandkraft von Steuerbescheiden» (92) y también la práctica en materia de correcciones, en base a la correspondiente reserva de derechos, de los adeudos, mecánicamente calculados y formulados por servicio telefónico.

Las personas que actúan en el campo del Derecho privado no han hecho uso hasta ahora de estas reservas. No se da tampoco ninguna especie de reserva de derechos, tácita y general, en rectificación de declaraciones de voluntad preparadas y concluidas por máquinas electrónicas con ocasión de condiciones generales de la contratación. No será nada fácil encontrar una causa o motivo que, en general, libere al declarante de las consecuencias jurídicas

(92) Por ejemplo, VOGEL: *Die Berichtigungsveranlagung*, Colonia, 1959.

del párrafo 122 del BGB. Pero tampoco tiene porqué colocarse al receptor en situación más ventajosa que la que ocupa ante declaraciones de voluntad directamente elaboradas y emitidas por el hombre, en que, además, los errores son proporcionalmente mucho más frecuentes.

VII

A estos supuestos de yerros que pueden surgir en la emisión de declaraciones de voluntad base de un contrato u otro negocio jurídico, en general, sigue el grupo de los *errores de la máquina en el cumplimiento de obligaciones*. Dicho brevemente, se trata de defectos en la ejecución por fallos mecánicos, un grupo de circunstancias bien conocidas; por ejemplo, en el Derecho sobre responsabilidad civil derivada de la circulación; también en la esfera de la responsabilidad médica y en otros muchos campos. Dos ejemplos: el computador de la estación de cálculo que, dentro del contrato de obra, los verifica para arquitectos y constructores, comete una falta y como consecuencia de ella se derrumba una casa. La máquina que hace el recuento de las quinielas de fútbol «pasa por alto» la única quiniela máxima acertante (93).

Interesan únicamente aquellos casos en que no cabe hablar de error humano del lado pasivo de la obligación. En el Derecho público se ha mantenido la tesis errónea (94), ya superada (95), de que todo error de la máquina responde a una equivocación del hombre. Sin duda, ha de preguntarse si *la regla* contenida en el párrafo 278 del BGB *es tan general* que impide *cargar* sobre la otra parte contratante los inconvenientes que derivan de la automatización, y lo impide incluso, *al que se sirve de sus ventajas* en cumplimientos de sus obligaciones, sustituyendo así la necesidad de recurrir a colaboradores personales. Podrían, desde luego, hacerse

(93) Ayuda en este caso "la obligación de reclamar", dentro de plazo aceptada en los pliegos de condiciones, con la consecuencia de pérdida del derecho. Las máquinas alcanzan un rendimiento de, aproximadamente, 70.000 por hora y comprueban después los remaches en un control negativo. Hacen, como es natural, infinitamente menos faltas que las miles de personas que realizaban durante toda una jornada este trabajo.

(94) LEISNER, VVD, StRL 20, págs. 203 y sigts., 249; MAASS, DVBl 1961, 8, 10.

(95) ZEIDLER, DVBl 1961, 493; BULL: Obra citada (n.º 1), pág. 142.

objecciones a una contestación afirmativa, fundadas en que la mecanización reduce considerablemente las probabilidades de error, si se compara con las que normalmente ofrece la acción directa del hombre, y de otra parte, en que las ventajas que la racionalización supone, benefician, dentro del modelo de la economía de libre competencia, también al consumidor, es decir, que la automatización favorece su propio interés.

A la vista de las soluciones que para estos supuestos se han dado en el campo del Derecho público, no puede sorprender que, concretamente dentro del Derecho tributario y en base al párrafo tercero del parágrafo 92 del AO, se postule una facultad general de rectificación en favor del Fisco. Por el contrario, el OVG Lueneburg (96) carga, con acierto, sobre el empresario público la responsabilidad por los errores en el cálculo y pago automático de sueldos. En la misma línea se hallan las convincentes consideraciones de Rinck (97), quien parte de una responsabilidad individualizada del Estado para cada caso de fallo de las instalaciones automáticas de seguridad en los vuelos. Si el Estado impone «al ciudadano una situación de peligro y llega a hacerle víctima», «debe, por ello, indemnizar el daño que surge por fallos de la máquina» (98).

Para el *Derecho civil* deberá sostenerse que cuando se enfrenta al ciudadano con resultados contables automáticos, cualesquiera que éstos sean dentro de un plano de igualdad, no cabe cargar sobre él el riesgo por posibles errores del computador, aun cuando haya contratado libremente y elegido entre ofertas concurrentes. Conforme ha quedado expuesto más arriba, esto es válido para la obligación que a tenor del parágrafo 122 del BGB corresponde al que explota el computador, pero, sobre todo, también para la necesaria responsabilización por errores de la máquina, cuando el contrato no tiene por objeto principal el resultado mismo del trabajo del computador, como ocurre en el caso de los centros de cálculo. De la imposibilidad en que se encuentra el contratante y el que explota el computador de repetir y comprobar sus cálculos

(96) DVBl 1964, págs. 769 y sigts; MAASS, DVBl, en general, sobre responsabilidad en la confección automática de datos, 1961, 7.

(97) *Zeitschrift fuer Luftrecht und Weltraumrechtsfragen*, 1965, 185 siguientes.

(98) Rinck: Obra citada, 190.

debería resultar una responsabilidad sin culpa, exigible sólo, dentro del círculo de usuarios potenciales, por un grupo restringido de derechohabientes. En mi opinión, sería insuficiente el conformarse con que el deudor no pueda alcanzar el recibo de finiquito, al que tiene derecho como contratista, incluso en los casos de saneamiento (99). Encontramos aquí de nuevo aquella *imposibilidad o dependencia intelectual* que condujo, a raíz del «Forum» de Karlsruhe de 1965 y en base a una conferencia de LUDWIG RAISER, a consideraciones de más largo alcance en relación con el reconocimiento legal del AGB y de sus límites. El fundamento legal de la responsabilidad sin culpa del contratante que trabaja con el computador debe hallarse no sólo en la peligrosa fuerza de las ideas que subyugan, al decir de HANNAK (100), o de los venenos o similares, en el sentido del proyecto de Ley preparado por el Ministerio de Justicia de la República Federal (101), sino también en la *situación de violencia psicológica* que supone para la otra parte que con aquél contrata el *no poder efectuar comprobación ninguna*; si se quiere, en un contacto social «mecanizado» de forma especialísima, en el sentido de las ideas de DOELLE.

Por lo demás, no me parece justo derivar sistemáticamente sobre el constructor de la máquina la responsabilidad por los fallos en que incurra al usarla el adquirente o arrendatario, como postulan, por ejemplo, LORENZ (102), y SIMITIS (103), ampliando a ellos la *garantía de fabricación*. Entiendo que las esferas personales de derechos y respectivos ámbitos de responsabilidad deben delimitarse aquí de muy distinta forma, sobre todo, porque no puede decirse que los fallos de las máquinas obedezcan fundamentalmente a defectos de fábrica.

(99) Véase solamente BGHZ, 23, 288; 28, 251.

(100) HANNAK: *Die Verteilung der Schaeden aus gefaehrlicher Kraft*, Tuebingen, 1960.

(101) *Karlsruher Forum*, 1962, págs. 42 y siguientes.

(102) LORENZ: *Karlsruher Forum*, 1963, págs. 8 y sigts, y (sin imprimir) por la Sociedad de Derecho Comparado, 1965.

(103) SIMITIS: *Grundfragen der Produzentenhaftung*, Tuebingen, 1965.

C

I

Cuando se habla de la *racionalización del derecho* mismo, ya sea como lo hizo el «Deutscher Anwaltstag» en 1965 (104) o teniendo como objetivo la jurisdicción administrativa (105) o el procedimiento civil (106), se piensa siempre que deberá elegirse, entre soluciones que sirvan por igual a la Justicia, desde luego, la más conveniente, y en una relación media de conveniencia, la más sencilla. Aquí, pues, se utiliza el concepto racionalización en un sentido totalmente independizado de los costes; se centra exclusivamente en la función de realizar la justicia y garantizar la seguridad jurídica. En los últimos años se ha escrito ampliamente sobre la racionalización, en general, de la legislación y la jurisprudencia (107).

Si los representantes del Derecho civil material plantean aquí *cuestiones procesales*, es claro que las posibilidades de racionalización del Derecho mismo, como ha demostrado cumplidamente HERSCHEL en la «Sitzler Schrift» (108), se reducen muchísimo, aunque haya podido lograrse cierto éxito en la depuración del Derecho, impuesta por la especial configuración de la República Federal y de los Laender; pero esto no es racionalización en el sentido expuesto. Entre las muchas causas que limitan las posibilidades de racionalización, citaremos tan sólo tres, «típicas del momento». La primera estriba en el *sistema legislativo de la democracia parlamentaria*, dentro de cuyo sistema es un compromiso, no sólo, la Constitución, sino a menudo también, la simple ley ordinaria. El acuerdo en caso de intereses contrarios conduce frecuentemente, no a la norma «más racional», en el sentido que hemos expuesto, sino precisamente a una

(104) LEWALD: NJW 1955, 981 y siguientes.

(105) Véase, por ejemplo, RAUTENBERG: NJW 1958, 164 y siguientes.

(106) Véase, por ejemplo, el informe de «Die Welt», 1965, n.º 229, pág. 27, sobre la última sesión de la comisión nombrada por el Ministerio de Justicia para el Derecho procesal civil.

(107) Véase SCHEUNER: DOEV 1955, 321 y sigts.; REUSS: *Anwaltsblatt*, 1955, página 144 y sigts., 169 y sigts.; BADENHOOP: *Rationalisierung der Rechtspflege*, Wirtschaftliche öffentliche Verwaltung, 1962, págs. 134 y sigts. Más actual, ZIMMERER: *Die dritte Gewalt*, 1965, págs. 16 y siguientes.

(108) *Rationalisierung des Rechts, insbesondere des Arbeitsrechts*, homenaje a FRIEDRICH SITZLER, 1956, págs. 287 y siguientes.

complicada norma «antirrational». La segunda causa radica en la natural importancia que, en un *Estado social de Derecho*, se da a la función de realizar la Justicia, de tal forma que el derecho que se desenvuelve más allá de la ley crece, «como el coral», adosado en nuevas y sucesivas etapas a los Institutos clásicos del Derecho (109). En esta medida son esfuerzos, realizados también en orden a la pretendida racionalización del Derecho, los que se dirigen a precisar el perfeccionamiento que se debe a la función judicial y a integrar esos logros en el Ordenamiento legal; cito únicamente los de WIEACKER (110) y LARENZ (111). Por último, una tercera causa, desarrollada inicialmente por HERSCHEL (112) y que tiende un puente hacia los resultados de la primera parte: el *principio de la división de poderes* y el *principio federalista*—para citar sólo dos ejemplos—conducen a soluciones «antirracionales», esta vez en interés de una función finalista de la Constitución, no reñida con la Justicia, concretamente, para impedir el ejercicio del poder único en el Estado unitario (113). Estas consideraciones en torno a la formación del Derecho permiten apreciar que la racionalización de la función legislativa, entendida ésta en sentido amplio, pertenece al campo de la utilidad, a que debe tenderse, en la medida en que no se oponga a la justicia y a la finalidad concreta perseguida por la norma legal. El principio de relatividad no es, ciertamente, impedimento o barrera jurídica en la tarea de hacer las leyes (114).

Bajo esta perspectiva, una exacta *formación jurídica de los conceptos* viene a ser premisa ineludible para una valoración acertada y representa, por ello, una actuación racionalizadora de primer orden. Es de sobra conocido lo poco que se enseña en Alemania a hacer las leyes (115). El uso de la logística (116) como método para

(109) Véase SCHMITT-LERMANN: *Die Vereinfachung als Daueraufgabe der Verwaltung*, DOEV 1963, 597 y sigts., 62.

(110) *Zur rechtstheoretischen Praezipisierung des*, parágrafo 242, BGB 1956.

(111) *Kennzeichen geglueter richterlicher Rechtsfortbildungen*, 1965.

(112) Obra citada (n.º 106), págs. 294 y siguiente.

(113) Véase WALTER STRAUSS: *Europäische Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet des Patentrechts*, homenaje a DOELLE, t. 2.º, 1963, pág. 437.

(114) *Ueber die Verletzung von Denkgesetzen*, KLUG; homenaje a MOERING, 1965, págs. 363 y siguientes.

(115) Véase, sin embargo, HANSWERNER MUELLER: *Handbuch der Gesetzgebungstechnik*, 1963.

(116) KLUG: *Juristische Logik*, 2.ª edición, 1958; SMITIS: *Zum Problem einer juristischen Logik*, Ratio, 1960, págs. 52 y siguientes.

precisar la formación de palabras susceptibles de interpretaciones varias, implica, naturalmente, el riesgo de romper toda conexión entre el lenguaje jurídico y el común. De ahí que se abra paso, antes, un método de catalogación jurídico-sistemática de los conceptos propios del lenguaje jurídico en los distintos campos, aproximadamente en el sentido en que tenemos presentes las ideas que subyacen institucionalizadas en el parágrafo 242 del BGB o bien, tal y como, a partir de esa conexión, nos imaginamos el interés «exacto» en cuanto tropezamos con el concepto.

La tarea es tanto más apasionante cuanto que al lado de los conceptos jurídicos han de tenerse en cuenta los llamados *tipos «abiertos»* (en el sentido «depurado» en que los usa LARENZ (117), en adhesión a HEYDE y HANS J. WOLFF). Surgen, además, bajo esta perspectiva, al lado de conceptos jurídicos, en sentido estricto y de tipos «cuyas características no constituyen un número cerrado, en el sentido», de que «sólo se dan cuando concurren todas y cada una de dichas características en el caso concreto» (118), los principios jurídicos del índice confeccionado por ESSER (119) y de la función que describe y, por último, puntos de vista valorativos no consignados en el derecho escrito.

La tarea se hace más comprensible, sobre todo, porque aclara lo relacionado con el método, si se pregunta acerca de la posibilidad de utilizar cerebros electrónicos para la creación o elaboración del Derecho, cuestión ésta también propugnada por KLUG y SMITIS (120). Muestra, desde luego, que después del *primer cambio*, concretamente, aquel de situaciones sociales de tensión, en sentido amplio, en el lenguaje—lo mismo del lado del supuesto legal «tipo» como del lado del concreto hecho vital «objeto del *test*»—ocurre un *segundo cambio en la clave* de la máquina; por consiguiente, se dan dos

(117) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, pág. 343.

(118) LARENZ: Obra citada.

(119) *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2.ª edición, 1964, págs. 87 y sigts., 107 y sigts., 327 y siguientes.

(120) KLUG: *Elektronische Datenverarbeitungsmaschinen im Recht*, homenaje a JAHRREISS, 1964, págs. 189 y sigts.; SIMITIS: *Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Maschinen in H.*; FRANK: *Kybernetische Maschinen*, Frankfurt a. M., 1964, págs. 351 y sigts., con referencia a la literatura nacional y extranjera, pág. 431 y sigts. También FIEDLER: *Rechenautomaten als Hilfsmittel der Rechtsanwendung*, Deutsche Rentenversicherung, 1962, pág. 149 y siguientes; el mismo autor, *Probleme der elektronischen Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung*, Deutsche Rentenversicherung, 1964, págs. 40 y siguientes.

movimientos de retroceso que, a su vez, presuponen conceptos lo bastante estrictos y correctos. La subsunción puede efectuarla el computador; la valoración, no. Es grande el riesgo de cifrados erróneos y criptovaloraciones en los cambios de ida y retroceso. Si se piensa en el modelo del computador se patentizan claramente los peligros de la jurisprudencia de conceptos.

Gira la cuestión realmente en torno a los límites dentro de los que el Derecho pueda ser susceptible de «logicificación» (121). Actualmente ofrecen mayor importancia los efectos mediatos de los estudios sobre aplicación de computadores a la creación del Derecho, que el problema inmediato (122). En cualquier caso, es indudable que la máquina, aun óptimamente dispuesta y organizada, sólo podrá servir de instrumento para una mejor formulación de problemas; nunca podrá darnos «su solución» (123).

Esto significa, en el terreno práctico, que se podrá calcular mecánicamente, en cada caso, el importe de los jornales, incluso expedir automáticamente certificación de pensiones que correspondan por Seguridad Social o jubilación; pero siempre conservaremos como símbolo cierto de humanidad la figura del ilustre magistrado, con sus eventuales errores y, en ocasiones, enojada actitud.

Ello no obstante, y a la vista de los ejemplos americanos, no parece lejana la posibilidad de sustituir la actual acotación «bidi-mensional» por un cerebro electrónico capaz de reaccionar ante preguntas y repreguntas que se le formulen desde las posiciones más dispares, como tampoco la de traducir a un lenguaje jurídico limpio, los axiomas (pese a todo, a menudo molestos) y también aquellas ideas esenciales de la fundamentación de decisiones jurídicas. Por ello, los primeros intentos que se efectúan en Alemania afectarán a limitados campos del Derecho, con seguridad inapreciables terminológicamente (124).

En resumen, está comprobado que el aspecto de la racionalización de los procesos económico-industriales tiene una importancia

(121) SIMITIS: Obra citada (n.º 118), pág. 353.

(122) Véase KLUG: Obra citada (n.º 118).

(123) SIMITIS ante el Congreso de la Unión Internacional de la Filosofía del Derecho y Social, NJW 1964, 537; el informe principal de LACKNER aún no se ha publicado.

(124) Está próxima la posibilidad, por ejemplo, de examinar con ayuda de un computador la novedad para la concesión de una patente. Véase SIMITIS: Obra citada (n.º 118), pág. 366.

y repercusión indudables para la valoración del Derecho civil. Pero lo importante es saber distinguir en todo momento lo accesorio y superpuesto a la racionalización. En el marco de las funciones legislativa y de aplicación del Derecho responde la racionalización a la utilidad, que si es digna de ser alcanzada, ha de serlo sin merma para la Justicia ni para la finalidad misma de las normas concretas. Pero la racionalización es, dentro de este marco, expresión de la conducta vital de nuestra generación, y tampoco los juristas pueden sustraerse a ella.

Aparte de todo ello, debe reconocerse a la idea de racionalización un indudable valor positivo por sus efectos sobre la elevación del producto social y el desarrollo de la vida comunitaria en el Estado *social* de Derecho y, al propio tiempo, también un contenido negativo, en su caso, por la proximidad al ejercicio del poder económico.

La racionalización tiene un lugar, al lado de otros criterios de valor, en la jurisprudencia *de valores*. La valoración se opera en el campo de tensión entre individualismo y colectividad. Las posiciones tradicionales han de revisarse necesariamente, porque la racionalización es, en gran medida, precursora del progreso social, y de otra parte, es, a su vez, necesario impedir, o al menos delimitar, los fines ajenos a la racionalización (problema de la superposición de fines) y los efectos contrarios a la Justicia.

Los *efectos* que la racionalización produce sobre el *Derecho privado* (racionalización en el sentido económico-industrial) y la importancia del *examen de la legalidad de los métodos y resultados de la racionalización* superan a aquellos de la racionalización (en sentido propio) del derecho mismo. Es cierto que también hay ejemplos muy diferentes de planificación económica que incorporan la idea organizadora de la racionalización (lo sean de toda la economía o sólo de algunos sectores de la misma), pero frecuentemente persiguen al propio tiempo fines político-económicos y sociales.

Las calculadoras electrónicas (computadores) pueden ayudar a preparar la *creación o elaboración del derecho* (racionalización de la recogida de material), pero si se prescinde de ciertos métodos sumarios de actuación masiva, no pueden por sí solas llevar a cabo la valoración jurídica. Los problemas de «logicificación» del Derecho.

vinculados a la amplia y extensa aplicación de estas máquinas, sólo pueden ser resueltos en cierta y relativa medida.

Gracias a «la mecánica de pensamiento» inherente al computador ha podido éste reavivar aquella base mediata del Derecho civil tradicional que se remonta a la filosofía racionalista, a DESCARTES, LEIBNIZ y WOLF—como hace poco demostraba COING en la «Doelle-Festschrift» (125)—. También a partir de la sociología empírica, en la que han afincado con fuerza las calculadoras electrónicas, se patentiza el paso hacia el pensamiento matemático. Tal vez sea el hecho de una mayor proximidad y contacto directo con el objeto y del diálogo con físicos jóvenes, lo que nos haga considerar como un paso atrás y un retroceso, una nueva época del pensamiento científico en la jurisprudencia.

REINER SCHMIDT.

(Hamburgo).

(125) *Bemerkungen zum ueberkommenen Zivilrechtssystem*, tomo I, páginas 25 y siguientes.

La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios (*)

«Es imposible que puedan pasar bien las gentes en el mundo si no se fía y se confía» (CERVANTES: *Coloquio de los perros*).

I.—INTRODUCCIÓN.

Debo comenzar recordando mi afición al tema de la buena fe desde que me inicié en el estudio del Derecho civil. La buena fe entendida, en su sentido más amplio y general, como criterio ético, inspirador de nuestro Ordenamiento jurídico, y de las diversas colisiones de intereses que en el campo del Derecho se plantean. Mas la buena fe tiene una amplitud de matices y una extensión de contenido problemático que desborda con mucho las limitadas posibilidades expositivas de una breve conferencia oral. El tema de la buena fe se alberga en la teoría general del Derecho o parte general. Pero, con mayor o menor intensidad según los casos, sus efectos se proyectan sobre instituciones propias del Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho inmobiliario registral, Derecho procesal, Derecho administrativo, etc. Dentro ya del amplio campo del Derecho privado, los autores distinguen una buena fe en sentido objetivo, norma objetiva, interpretativa, que apunta a una manera de proceder objetivada a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de los negocios jurídicos o de las

(*) El presente trabajo reproduce el texto de la conferencia pronunciada por su autor el 3 de marzo último en el Colegio de Registradores, dentro del ciclo de conferencias sobre Derecho inmobiliario registral del presente año.

relaciones jurídicas (así, por ejemplo, artículo 1.258 del Código civil), y una buena fe en sentido subjetivo, psicológico, que matiza las consecuencias jurídicas de un acto en función de la conducta psicológica, subjetiva e intransferible del sujeto a que afecta. La buena fe como confianza en una determinada situación jurídica, confianza en la apariencia, o bien como ignorancia de una realidad previa, error excusable y tutelado por el Derecho. Como apunta el profesor Díez Pícazo, en todos los supuestos en que se recoge la idea de buena fe encontramos por lo menos una nota común, consistente en la interna honradez con que la persona actúa (1). La buena fe es requisito calificador de una conducta jurídicamente relevante, conducta socialmente considerada como necesaria para un determinado nivel de protección, conducta que, además, revela la posición moral o ética de una persona respecto a una determinada situación. Y a partir de este complejo planteamiento, se desemboca en el problema de si la buena fe debe reputarse como requisito de aplicación de un heterogéneo repertorio de normas o como un auténtico principio general del Derecho. Al lado de estas cuestiones básicas y generales, conviven otras muchas, más concretas e individualizadas, derivadas de la aplicación estricta de cada una de las normas que recogen este «standard» jurídico, y que amplían el espectro de problemas que esta figura, tan extensamente regulada, plantea.

Si consideramos el tema de la buena fe dentro del campo más limitado del Derecho hipotecario o inmobiliario registral, obtendremos por lo menos una doble impresión: la amplitud de proyecciones en que esta figura actúa, resultante de los diversos supuestos en que la normativa del Registro la contempla y, al mismo tiempo, la abundancia de bibliografía escrita acerca de estos temas.

La reciente publicación por nuestro compañero TIRSO CARRETERO, en la renovada REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, de un trabajo ya famoso, titulado *Retornos al Código civil*, cap. II: *Retorno al artículo 606* (2), y la polémica que sus agudas opiniones ha

(1) Vid. sobre estos conceptos generales y su matización, Díez Pícazo: *La doctrina de los propios actos*. Bosch, Barcelona, 1963, págs. 134 y sigs.

(2) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, enero-febrero 1965, núms. 440-441, págs. 75 a 138.

levantado, hasta el punto de dividir a los especialistas en esta materia (3), ha vuelto a poner de actualidad, en forma nada pacífica, el tema de la importancia del artículo 32 de la Ley Hipotecaria dentro de nuestro sistema registral y de su recta interpretación; es decir, determinar cuáles son los requisitos y efectos de aplicación de este artículo, supuesto que siga manteniendo su antigua vigencia. Se enfrentan en este debate nada menos que dos maneras contradictorias de entender nuestro Registro de la Propiedad: la concepción latina, de inoponibilidad del título no inscrito frente al inscrito, basada en la eficacia excluyente de la prioridad registral; y la concepción germánica, de protección por la fe pública registral del tercer adquirente que contrata fiado en la apariencia del Registro. El tema es realmente apasionante, por las consecuencias teóricas y prácticas que comporta, y tiene una enorme importancia, porque viene a condicionar o modalizar en gran medida la eficacia de nuestro sistema de publicidad registral.

Pero no nos vamos a ocupar extensamente de ese arduo problema que ha vuelto a plantear TIERSO CARRETERO. Mas concreta y modestamente, queremos aludir ahora a uno de sus aspectos más pormenorizados, a saber: si el actual artículo 32 de la Ley Hipotecaria exige la buena fe para proteger al tercero a que hace referencia. *Si es necesaria la buena fe para que entre en juego el artículo 32.* A pesar de su menor extensión frente al primero, tampoco este problema parece sencillo, y también, como allí sucedía, encierra una indudable trascendencia.

En este momento debo disculparme ante ustedes por un doble motivo: 1) En primer lugar, porque el título atribuido a esta conferencia resulta demasiado pretencioso y no es congruente con su contenido. No me voy a ocupar de la buena fe en general como elemento interpretativo de todos los problemas hipotecarios, estudiando el juego de aquella figura en todos los casos que la Ley contempla. Ni, mucho menos, de bosquejar una teoría general

(3) Vid. ROCA SASTRE: *El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma*, en esta REVISTA, julio-agosto 1965, núms. 466-467, págs. 781-829.

VILLARES PICO: *La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción*, en esta REVISTA, marzo-abril 1966, núm. 453, págs. 363-378.

GÓMEZ GÓMEZ: *En torno a la polémica Carretero-Roca*; ídem, págs. 379-395.

interpretativa de Derecho inmobiliario registral, o de precisar el papel que la buena fe desempeña en ella. Sino, simplemente, reflexionar en voz alta con ustedes sobre la necesidad de que el tercer adquirente, contemplado por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, tenga—o deje de tener—buena fe. Aunque sospecho que la resolución de este más parvo problema puede arrojar nueva luz sobre la eficacia que el mecanismo de la buena fe tenga en el Derecho registral todo. 2) En segundo lugar, quiero ofrecerles mis disculpas por tratar de este tema ante ustedes, especialistas en la materia, de la cual muchos de ustedes sabrán más que yo. Esta consideración, unida al hecho de no haber podido consultar todos los trabajos aparecidos sobre tan extenso tema, prestan a mis palabras temor, torpeza e inseguridad. Y demandan de ustedes una mayor dosis de benevolencia. A pesar de ese cúmulo de limitaciones y deficiencias, no he querido renunciar a replantear ante ustedes el problema tal como yo lo veo, con toda honradez y con toda modestia, aunque no seamos capaces de resolverlo por medio de mis pobres palabras. Si el tema no se presta a originalidad constructiva, quisiera al menos resumir ante ustedes el estado de la cuestión acerca del mismo.

Les decía que vamos a tratar el problema de la buena fe en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Pero antes de entrar en ese problema de si el tercero del artículo 32 necesita—o no—de buena fe para ser protegido, aludiremos a otro problema previo, necesario para la más adecuada comprensión de nuestro tema: a saber, el problema de la conexión de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Así, pues, vamos a tratar en forma sucesiva y conexa de dos cuestiones: la posible relación entre los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y la buena fe dentro del artículo 32 de la misma.

II.—EL PROBLEMA DE LA CONEXIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 32 Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA.

El problema se plantea en orden a decidir si estos dos artículos responden a los mismos principios y son manifestaciones de un mismo criterio legal, o si, por el contrario, regulan casos distintos y tienen un fundamento diverso e irreductible, no sus-

ceptible de equiparación. Lo cual se traduce en precisar si la figura del tercero protegido por el artículo 32 es equivalente o distinta del tercero del artículo 34.

Como ustedes ya saben, los autores se encuentran muy divididos al tratar de este problema. Como no podemos recoger todas las opiniones surgidas, vamos a resumirlas en dos grupos, según sean partidarias o no de la equiparación de ambas normas legales.

a) Autores partidarios de la llamada «tesis monista» o de equiparación y tratamiento conjunto de ambos artículos.

1. Hace años don JERÓNIMO GONZÁLEZ decía: «Enfocado el principio de publicidad, desde este punto de vista sustantivo o sustancial (frente a la publicidad formal), presenta dos aspectos, positivo y negativo, según afirma la verdad de los pronunciamientos registrales o su indefectibilidad. Es decir, el Registro es exacto por corresponder a la realidad jurídica, e integro porque la agota. Lo inscrito es real y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter... A este criterio negativo de que lo no inscrito no perjudica a tercero, responden, en efecto, los artículos 23, 24 y 36 de la Ley Hipotecaria de 1861, que han pasado a través de todas las redacciones de la Ley» (4). Parece, pues, que don JERÓNIMO integra los artículos 32 y 34 en una visión unitaria de la fe pública registral, respecto de la cual reflejarían su dos aspectos, negativo y positivo, sin mayores distinciones.

2. Ha sido ROCA SASTRE el defensor más caracterizado de esta teoría. Según este autor, las aplicaciones concretas que la Ley Hipotecaria hace de la norma central de la fe pública del Registro, esto es, del artículo 34-1º, son desenvueltas por el artículo 32 y concordantes (5)... El caso de doble venta cuando se inscribe la segunda enajenación, hay que tratarlo como uno de los varios supuestos de actuación del principio de fe pública registral ante la inexactitud que aquel *factum* provoca en el contenido del Registro (6)... Ningún tercero en nuestro sistema puede ser pro-

(4) *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, tomo I, pág. 384.

(5) Citamos las opiniones de Roca vertidas en su último trabajo publicado sobre esta materia: *El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el 32 de la misma*, en esta REVISTA, julio-agosto 1965, núms. 446-447, pág. 792.

(6) *Idem*, pág. 804.

tegido con sólo inscribir el acto adquisitivo (7) .. El inmatriculante no puede ser protegido en ningún caso porque, por ser inmatriculante, nunca podrá valerse de su condición de tercero hipotecario, requisito éste indispensable para su protección (8)... Dada la multiplicidad de preceptos destinados a la fe pública registral en nuestra Ley Hipotecaria, el legislador, al consagrar ésta en su artículo 34, consideró que estaría faltar de elegancia normativa hacer que en los artículos 32, 31 y 37 y demás concordantes se repitieran los mismos términos de este precepto en cuanto hacen referencia a los requisitos que el artículo 34-1º exige para que el tercero resulte protegido y, por tanto, por economía legislativa generalmente se omiten, aunque no siempre todos, omisión que precisamente en el artículo 32 es absoluta, lo que lo convierte en el más inexpresivo de todos en este orden, hasta el extremo de silenciar incluso el requisito de haber inscrito el tercero su título o adquisición (9).

Así pues, para Roca, los artículos 32 y 34 representan ambas formulaciones complementarias del principio de fe pública registral y responden al mismo fundamento protector. El aspecto positivo se contiene en el artículo 34—lo inscrito afecta al tercero en la medida en que está publicado por el Registro. Su falta de exactitud (resolución o nulidad posterior) o su rectificación ulterior (art. 40) no afectan al tercero por él protegido—, y el negativo en el artículo 32—lo no inscrito es inexistente para el tercero—. Aunque ambas normas no pueden colocarse en un mismo plano, porque el artículo 34-1.º proclama en general el principio de fe pública, y el 32 sólo aplica este principio a un determinado supuesto, por lo que, partiendo de ese origen común, se concluye la superior jerarquía del 34 sobre el 32 (10). No hay distinción entre el tercero del artículo 32 y el del 34. Sólo se protege al tercero hipotecario, con los requisitos del artículo 34, aunque el 32 no los recoja. No cabe protección del tercero civil ni del titular registral de un asiento primero o de inmatriculación.

(7) Idem, pág. 824.

(8) Idem, pág. 826.

(9) Idem, pág. 800.

(10) Idem, pág. 797.

La enorme autoridad de ROCA como maestro de hipotecaristas ha influido poderosamente en generalizar esta opinión integradora.

3. También ANGEL SANZ se adhiere a la tesis monista de ROCA, y considera al artículo 32 como el desarrollo negativo del principio de fe pública que consagra el artículo 34. Defendió en la Ley de reforma de 1944—de cuya comisión redactora fue Vocal—la supresión del texto del artículo 32, por estimar suficiente el precepto del artículo 606 del Código civil, que lo copia, si bien aquella norma fue restablecida en la Ley Hipotecaria de 1946, ante la crítica de algunos autores (LA RICA, ROCA); en la actualidad, lo considera un artículo inútil por estimarlo absorbido por el 34 y pensar que por este último artículo interpretado en sentido amplio se llega al mismo resultado que por el artículo 32. Concluye afirmando que la amplitud dada al principio de fe pública por la última reforma hipotecaria de 1944-46 ha hecho perder mucho de su primitiva importancia a la que en otros tiempos fue la regla eje de todo el sistema hipotecario (11).

4. El profesor COSSÍO parece mostrarse partidario de la unificación de los artículos 32 y 34 dentro del concepto de fe pública y de su tratamiento conjunto (12).

5. Hace apenas tres meses (en un documentado trabajo publicado en esta REVISTA sobre la tradición y la inscripción como formas de adquirir), MARIANO HERMIDA parece inclinarse a la tesis de ROCA, de unificación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Interpreta en sentido amplio el artículo 34, y cree que el tercero del artículo 32 no es civil, sino hipotecario, y debe tener los mismos requisitos del 34... De los cuatro requisitos necesarios en nuestro Derecho para gozar de la protección registral, y supuesta siempre la inscripción del adquirente protegido, el más importante es el de la previa inscripción a favor del transmitente... Los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria no juegan a favor de las inscripciones de in-

(11) *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo I, Instit. Editor. Reus, Madrid, 1947, págs. 411-412.

(12) ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL: *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.ª edición, Bosch, Barcelona, 1956, págs. 216-217 y 220-221.

matriculación. Estas no producen otros efectos que las de los artículos 35 y 38 de la Ley Hipotecaria (13).

b) Autores partidarios de la llamada «tesis dualista» o de separación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria.

1. El precedente de esta tesis se encuentra en los trabajos de ALONSO FERNÁNDEZ y DEL HOYO.

En su famoso trabajo sobre *La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición*, publicado hace ya más de veinte años, don JOSÉ ALONSO sostuvo que el asiento de inmatriculación practicado, conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria producía frente a tercero los efectos del artículo 1.473 del Código civil—doble venta en que triunfa la que primero se inscribe—, y esto aun antes de transcurrir los dos años de limitación legal de sus efectos. Luego, a los efectos de la protección del 1.473 del Código civil, el titular inscrito y protegido no necesitaba previa inscripción. Afirmó también que el tercero no perjudicado por la inscripción de inmatriculación durante dos años no era el tercero hipotecario sino el tercero civil a cuyo favor penden la acción de nulidad, rescisión o resolución (14). En igual sentido se pronunció DEL HOYO, al opinar que el titular inmatriculante del artículo 207 debe estar igualmente protegido que el del 34, una vez pasados los dos años de la restricción legal, y que el artículo 207 no es más que una consecuencia lógica de la norma absoluta sentada por el artículo 32 (15). En resumen, se afirmaba la no necesidad de previa inscripción para el juego protector de los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código civil, distinguiendo así, en cuanto a sus requisitos, al tercero del artículo 32 y al tercero del artículo 34.

2. RAFAEL NÚÑEZ LAGOS ha sido el más directo defensor de la tesis dualista o de los dos terceros, con distintos requisitos, y de la distinta finalidad de ambos artículos. Analizando los preceden-

(13) *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles*, en esta REVISTA, noviembre-diciembre 1966, núm. 457, págs. 1.401-1.507, especialmente 1.477-1.482 y 1.498-1.501

(14) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, mayo 1945, núm. 204, páginas 315-316.

(15) *Otra vez el concepto de tercero*, en esta REVISTA, septiembre 1949, número 256, pág. 566.

tes históricos y la primitiva formulación de nuestra Ley Hipotecaria de 1861, subrayando su influencia latina (francesa y belga) y el principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente al titular inscrito, señala las siguientes diferencias entre el tercero del artículo 34 y el de los artículos 13 y 32 de la Ley Hipotecaria.

a') *Por la relación jurídica determinante.*—En el 32, la relación jurídica determinante es ajena al Registro; en el 34, está dentro del Registro, en el asiento precedente al del tercero.

b') *Por la conexión transversal «ob rem».*—El tercero del 32 está conectado con la cosa por un título inscrito, gratuito u oneroso, y es tercero en tanto no sea parte o heredero de parte. El tercero del artículo 34 está conectado *ob rem* por la inscripción, y sólo por la inscripción, y su conexión es únicamente a título oneroso.

c') *Por el sujeto determinado.*—El tercero del artículo 32 es un tercero civil que inscribe. Las acciones reales perjudican directamente al tercero civil, salvo que inscriba. El tercero del artículo 34 es un tercero meramente hipotecario.

La tesis de NÚÑEZ LAGOS es bien conocida de todos ustedes, y su formulación demasiado extensa para ser expuesta aquí con más detalle. Baste retener la distinta función material y procesal que ambos artículos desempeñan, su diferente enfoque y los diversos requisitos de protección que ambos terceros presuponen (16).

3. ALBERTO BALLARÍN (17) y MANUEL GONZÁLEZ ENRIQUEZ (18) se adhirieron a la tesis separadora de NÚÑEZ LAGOS, si bien el primero de ellos con diversas atenuantes relativas a los requisitos del tercero del artículo 32. A alguna de ellas nos referiremos después.

4. VILLARES PICO también estimó que el concepto de tercero hipotecario es más amplio que el del tercero que resulta del artícu-

(16) *El Registro de la Propiedad Español*, separata de esta REVISTA, números 250-251, Madrid, 1949, págs. 69-70.

(17) *Notas críticas: El Registro de la Propiedad Español*, A. D. C., II-II, página 680.

(18) *Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1949*, A. D. C., II-IV, pág. 1.340, nota 26.

lo 34 de la Ley Hipotecaria; éste es sólo una modalidad del tercero protegido por la Ley... El artículo 32 tiene un contenido más genérico para determinar el tercero en su concepto más amplio... En la expresión genérica del artículo 32 cabe todo tercero amparado por el principio de prioridad, hermanado con el de oponibilidad... Si se hace la inmatriculación a favor del adquirente, éste será tercero al amparo del artículo 32. El artículo 32 es tan necesario hoy como lo fue el 23 en la Ley Hipotecaria de 1861, toda vez que seguimos con la misma necesidad de fomentar la inscripción como entonces (19). Luego el tercero del artículo 32 tiene otros requisitos que el del artículo 34, es distinto de éste y no necesita previa inscripción.

5. Al tratar de la eficacia ofensiva de la inscripción, el profesor LACRUZ BERDEJO distingue, dentro de nuestro Derecho registral, dos sistemas: el sistema latino de protección, que cristaliza en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, y el sistema germánico de protección, integrado por los artículos 34, 37, 31, 40 *in fine* y 220 de la Ley Hipotecaria. El primero basado en la idea de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito, sanciona la negligencia del que no acudió al Registro, frente a quien se acogió a su régimen protector. El segundo descansa en la protección de la apariencia y en la exactitud del Registro en beneficio del tercero. El artículo 32 limita su acción al conflicto entre un título inscrito y otro no inscrito, pero no protege contra la nulidad del propio título que se inscribió ni contra la de los anteriores previamente inscritos. Para lograr esta segunda protección nacen los artículos 34 y concordantes. En cuanto a la necesidad de previa inscripción, legalmente establecida en el artículo 34, cree LACRUZ preferible en teoría la opinión negativa de no ser necesaria para el tercero del artículo 32, siguiendo así la opinión de NÚÑEZ LAGOS; aunque duda de su eficacia práctica (20).

6. LA RICA se muestra partidario de la tesis según la cual en la Ley Hipotecaria existen pluralidad de terceros protegidos di-

(19) *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*, en esta REVISTA, mayo 1949, núm. 252, pág. 289-317. Vid. también *La polémica entre hipotecaristas...*, citada, págs. 363 a 378.

(20) *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 2.ª edición, Zaragoza, 1957, páginas 232 y sigs., especialmente 234, 235, 237, 243 a 246, 248 a 252, 255 a 257 y 261 a 263.

ferentes, y entiende que fuera, del tercero del artículo 34 hay que situar al tercero del artículo 32, el cual no necesita onerosidad, buena fe ni previa inscripción. Esto último, de acuerdo con la tesis de NÚÑEZ LAGOS ya expuesta (21).

7. Recogiendo las ideas de los autores ya apuntados, singularmente NÚÑEZ LAGOS y LACRUZ, estima FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL que no hay que confundir al tercero hipotecario del artículo 34 con el tercero civil de los artículos 32 y 13. El primero se define con referencia al asiento precedente y se le protege contra las acciones de nulidad o resolución dirigidas contra su causante o transmitente. Mientras que el 32 protege al titular inscrito independientemente de los asientos anteriores (22).

8. En su reciente trabajo antes referido, el contraste de cuyas afirmaciones motiva el tema de esta conferencia, TIRSO CARRETERO subraya la importancia del artículo 32 de la Ley Hipotecaria dentro de nuestro sistema, que interpreta de acuerdo con las ideas de los países latinos, y propugna la vuelta al primitivo artículo 606 del Código civil—que, como es sabido, recoge la letra del artículo 32—, para aclarar la eficacia de nuestro sistema de publicidad y fortalecer la inscripción registral. Según CARRETERO, la protección del artículo 32 tiene abolengo latino, romano... Es el renacimiento de la clásica inoponibilidad de la *actio publiciana* frente al verdadero dueño *ex iure quiritium*. Mientras que la protección del artículo 34 tiene un abolengo germánico. El tercero del artículo 32 es el que ha adquirido *ex iure quiritium* de un propietario, y al cual se le protege enérgicamente y sin condicionamientos frente a quien ha adquirido *ex iure gentium*. El tercero del artículo 34 es el adquirente que por haber confiado en un contenido tabular inexacto, por desconocer la inexactitud, se le protege con ciertos condicionamientos frente al verdadero propietario que generalmente tuvo antes también *gewere* tabular, cancelada precisamente por virtud del acto falso o nulo originador de la inexactitud tabular... A la luz de la Historia resulta fácil ver por qué dentro de nuestra Ley

(21) *Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1962, págs. 72 a 75.

(22) *Introducción al Derecho hipotecario*. Editor. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1963, págs. 165-166.

Hipotecaria hay dos terceros con distinto juego y distintos requisitos... Cuanto más profundicemos en los antecedentes inmediatos y en las posibles influencias de otras legislaciones en la Ley Hipotecaria de 1861, más nos confirmaremos en la idea de que los artículos 32 y 34 responden a finalidades distintas, exigen requisitos diferentes en el tercero por cada uno de ellos protegido y tienen un origen histórico diverso. Cosa que por otra parte resulta sobradamente demostrado por una interpretación literal, lógica y sistemática de la Ley, pues no tendría explicación ninguna dedicar dos artículos para establecer una misma y única norma, y menos cuando su texto literal es tan diferente (23).

9. En fin, MANUEL GÓMEZ GÓMEZ se muestra igualmente partidario de la tesis dualista, por la distinta finalidad de ambos artículos y porque sólo así se explica el aplazamiento que el primitivo artículo 34 experimentó en su vigencia por varios años, lo que no ocurrió con el originario artículo 23 (24).

c) *Mi opinión.*

¿Qué criterio adoptar en medio de tan divergentes opiniones?

1. LA SEPARACIÓN ENTRE LOS DOS ARTÍCULOS.

Si estudiamos el origen histórico de ambas normas, observamos que contemplan casos distintos y responden también a criterios diversos:

- | | | |
|-----------------------|---|---|
| a') El caso... | { | 1) Doble venta. Enajenación de finca gravada sin contacto posesorio como libre.
2) Nulidad o resolución del título anterior del transferente. |
| b') El fundamento ... | { | 1) Sanción de la falta de inscripción. Protección de la apariencia negativa creada por la falta de publicidad. Eficacia de la prioridad.
2) Protección de la confianza en el Registro. |

(23) Loc cit., págs. 88-93.

(24) *En torno a la polémica Carretero-Roca*, en esta REVISTA, marzo-abril 1966, núm. 453, pág. 385-387.

Opiniones históricas:

— Decía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: «No hay, pues, más que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas. Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la comisión cómo entiende la publicidad. Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él sólo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe...» (25). «En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente. Fundada en estos principios, la comisión ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio, no pueda inscribirse ningún otro de fecha anterior, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble. El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia a su derecho en concurrencia con un tercero: éste no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, o minorándose su valor por cargas reales que no pudo conocer oportunamente» (26).

— Y don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, en sus Comentarios a la Ley Hipotecaria de 1861, expresamente afirmaba que tenía razón el Ministro de Gracia y Justicia en considerar al artícu-

(25) *Edición Oficial de la Ley Hipotecaria, Reglamento general para su ejecución e Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro*, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1861, páginas 8-9.

(26) Loc. cit., pág. 32

lo 23 como el más importante de la Ley, por más que no sea el único fundamental (27).

- | | | |
|---------------------------------|---|---|
| c') La estructura técnica | { | 1) Regla general.
2) Excepción a la regla del artículo 33. |
| d') La fórmula expresiva | { | 1) Inoponibilidad de títulos.
2) Eficacia frente a terceros del derecho inscrito, aunque después resulte ineficaz. |
| e') El problema planteado | { | 1) Colisión entre un título inscrito y un no inscrito.
2) Colisión entre dos títulos inscritos cuando el antecedente resulta ineficaz por causa no inscrita. |
| f') La inspiración | { | 1) Romana: inoponibilidad de títulos no inscritos.
2) Germánica: presunción de exactitud del contenido del Registro en beneficio del tercer adquirente. |
| g') El destinatario | { | 1) El tercero del 23 no necesita previa inscripción, aunque esa previa inscripción no excluye naturalmente su juego protector. Basta que inscriba para que le sea inoponible lo no inscrito. Así lo confirman los antecedentes históricos de la norma. No precisa previa inscripción porque no se protege tanto la confianza en el Registro como el adelantarse a obtener el régimen de publicidad. Se sanciona frente a terceros al que no ha querido inscribir, ya que entonces su derecho carece de eficacia externa y de oponibilidad por falta de su adecuada publicidad.
2) El tercero del 34 necesita previa inscripción. Porque así lo exige la norma y porque así resulta de su fundamento: el Registro exacto en beneficio de tercero. |
| h') La eficacia normativa ... | { | 1) El 23, desde el principio.
2) El 34, después de sucesivos aplazamientos. |

Parece, pues, que nos encontramos con dos preceptos no homogéneos, que responden a criterios distintos, que deben ser interpretados con arreglo a su propia *ratio regal*, y a partir de ahí ser integrados en una visión general de nuestro sistema.

Recordemos el ejemplo de nuestro Derecho de sucesiones en el

(27) *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, tomo I, Imprenta de la «Revista de Legislación», Madrid, 1862, pág. 562.

Derecho civil, con principios inspiradores germánicos y latinos que se entrecruzan, y que por ello resulta especialmente difícil en su interpretación y desarrollo. Igual ocurre aquí y en otros muchos problemas de Derecho hipotecario.

2. OBJECIONES.

Veamos, en apretada síntesis, las objeciones que se pueden formular a algunas de las teorías antes expuestas:

a') Objeciones a Roca:

1) La construcción de Roca es impecable desde el punto de vista teórico y lógico. Pero la Historia no siempre es tan lógica y el Derecho es un producto histórico. Olvida el origen histórico de las normas y el influjo en nuestro sistema del principio latino de inoponibilidad. La fe pública registral, tal como la entiende la doctrina dominante a partir del Derecho alemán, podrá servir para explicar el artículo 34, pero no el 32.

2) Niega que el artículo 36 no pueda aplicarse al tercero del artículo 32. En contra está la propia letra del artículo 36.

3) «Ningún tercero en nuestro sistema puede ser protegido con sólo inscribir el acto adquisitivo». ¿Por qué? ¿Por los artículos 40, párrafo último, y 15-4.º, 36-1.º y 69? ¿Y el artículo 32? Esto en cuanto a la Ley. En cuanto a los motivos. ¿Hay alguna razón que se oponga a ello? ¿Por qué no proteger al inmatriculante, titular sometido a publicidad registral, frente a quien no ha inscrito?

b') Objeciones a ANGEL SANZ:

Lo mismo cabe decir en cuanto al origen histórico de los dos artículos.

Aunque se pretendiera suprimir el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, subsistiría el artículo 606 del Código civil que copia la misma norma. Vigente este precepto, habría que interpretarlo en todo caso.

Decir que el 32 supone el aspecto negativo de la fe pública registral exige la previa demostración de que esa fue su razón histórica de promulgación, lo que no parece real.

Cierto que lo inscrito no perjudica a tercero. Pero esto no sólo en base a la fe pública registral germánica, sino también a la inoponibilidad latina.

c') Objeciones a HERMIDA:

¿Por qué no se va a proteger, hasta cierto punto, al titular registral del asiento de inmatriculación? *De lege lata* no parece exigirse así. Y *de lege ferenda* tampoco parece razonable, teniendo en cuenta la voluntariedad de la inscripción y las muchas titularidades que aún están sin inscribir.

En el orden de las razones penúltimas tampoco parece injusto que se proteja al mero título inscrito frente al no inscrito, cuando ambos entren en colisión. Preferencia derivada de la publicidad como requisito intrínseco o constitutivo de eficacia externa.

3. MI OPINIÓN SOBRE EL ARTÍCULO 32.

1') Se trata de una *norma general* de inoponibilidad o falta de eficacia de lo no inscrito frente a lo inscrito.

Llegados a este punto debemos someter a examen crítico la opinión de NÚÑEZ LAGOS, que limita la eficacia del artículo 32 a las acciones confesorias e hipotecarias y lleva al artículo 34 la reivindicatoria. En contra de tal afirmación podemos esgrimir los siguientes argumentos:

a') La letra amplia del artículo 32 que no justifica aquella restricción.

b') El error que se padece al hablar de acción hipotecaria no inscrita cuando, desde que se instaure el Registro de la Propiedad en España en 1861, la inscripción registral es absolutamente necesaria para el nacimiento del derecho de hipoteca. La hipoteca no inscrita es inexistente como tal hipoteca y, por consiguiente,

no cabe el ejercicio procesal de acción hipotecaria sin previa inscripción.

c') La defensa del tercero es frente a acción o *derecho* no inscrito. Como las acciones no se inscriben en el Registro (más que en el caso relativamente excepcional de la anotación de demanda), sino los derechos que las originan, la protección del tercero implica—y no puede dejar de implicar—la ineficacia frente a él del derecho no inscrito. Y cuando éste es incompatible con el suyo, su extinción, ya que por definición es imposible un derecho real sin cosa sobre la que se ejerza (que desde la inscripción pertenece a un tercero) y sólo eficaz *inter partes*, sin posible repercusión frente a los terceros. En caso de doble venta, el primer adquirente no inscrito podrá dirigir su acción reivindicatoria contra el segundo inscrito, y éste podrá repelerla y que se declare su derecho de dominio en base al artículo 32 y no necesariamente al artículo 34. No hay razón alguna que impida el juego protector del 32 frente a la acción reivindicatoria. Por eso, plantear la protección del Registro como mera defensa procesal de acciones, sin entrar en las vicisitudes del derecho no inscrito, parece incompleto, inexacto y perturbador.

2') El artículo 32 dice que los títulos inscribibles no inscritos «no perjudican a tercero» (el texto original del artículo 23 decía: «no podrán perjudicar a tercero»). ¿En qué consiste este no perjuicio al tercero? ¿Cuál es la eficacia concreta de esa sanción?

Parece que el tercer adquirente que inscribe no es afectado por lo no inscrito. Para él es como si no existiera. El derecho concurrente—gravamen—o excluyente—dominio incompatible—de otro titular no le puede perjudicar. El tercero adquiere la finca como libre del gravamen no inscrito o adquiere el dominio pleno de la finca a pesar de que hubiera otro dueño anterior, preferente en el puro campo civil, si éste no inscribió. Luego el gravamen no inscrito o la venta no registrada son inexistentes para el tercero que inscribió. Frente a él se extinguen ambos derechos: la finca queda libre y el primer comprador resuelve su dominio. Razón: la falta de publicidad para hacer eficaz frente a terceros su derecho en la cosa. Salvo que se anule judicialmente la inscripción del segundo comprador o que éste hubiere tenido

noticia del dominio previo del primero, como luego veremos. Cabe, pues, a mi juicio la figura de la adquisición a *non domino* en el supuesto de doble venta protegido por el artículo 32. Como juega indudablemente en el supuesto del artículo 34.

3') La conexión entre el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el 1.473 del Código civil.

En mi opinión, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (antiguo 23) sienta la norma general de inoponibilidad o ineficacia de lo no inscrito frente a lo inscrito y el 1.473-2.º del Código civil aplica aquella norma general a un caso bien concreto: el de doble venta de un inmueble. La solución legal y el criterio inspirador de ambos preceptos es el mismo, aunque su ámbito objetivo de aplicación sea distinto, por ser más amplio el supuesto de hecho contemplado por el 32. En este sentido ANGEL SANZ (28), MANRESA, SCAEVOLA, MORELL y THERRY, y LÓPEZ DE HARO (29).

Resulta significativo a este respecto el texto de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861: «Según el sistema de la Comisión resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideraran constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción...» (30). «Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión y menos desde el convenio. Admitido el principio, no pueden negarse sus corolarios rigurosos. Así lo establece también el proyecto del Código civil, ordenando que cuando el propietario enajena

(28) *Instituciones*, I, pág. 257.

(29) Citados por VALLET: *La buena fe, la inscripción y la posesión...*, en «Estudios sobre Derecho de Cosas y Garantías Reales», Barcelona, 1962, página 234.

(30) Edición oficial citada, pág. 19.

unos mismos derechos inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título» (31).

Al tratar de la concordancia de estos dos artículos, NÚÑEZ LAGOS sostiene que el Código civil contiene una regla de fondo, sustantiva; la Ley Hipotecaria, una norma procesal; el Código civil, en la colisión, produce una decadencia del dominio; la Ley Hipotecaria, una preclusión del título. Frente a la pretensión del primer adquirente que no inscribe, el segundo inscrito opone, con arreglo al Código civil una excepción, con arreglo a la Ley Hipotecaria una inadmisión. Tales opiniones no resultan en verdad muy convincentes. Veintisiete años antes de que se consagrara la norma del artículo 1.473, ya estaba en vigor en España igual principio general relativo a los efectos de la inscripción frente a lo no inscrito. ¿Por qué la norma de la Ley Hipotecaria tiene sólo eficacia procesal y la del Código civil eficacia sustantiva o de fondo? No se hace en la Ley Hipotecaria ninguna referencia a los jueces ni al proceso. Sino que se formula un principio general sin limitación de sus posibles aplicaciones, ni en cuanto a los casos ni en cuanto a los niveles de eficacia. Decir lo contrario es ir en contra de la letra de la Ley. Y aun suponiendo que fuera cierta esa mera eficacia procesal—lo cual habría que demostrar previamente—, no es dable concebir, y menos en la mentalidad de los legisladores de 1861, una acción o una excepción procesal sin un derecho sustantivo vigente o deficiente en que encuentre su fundamento. ¿Cómo puede negarse en un proceso una acción alegando su ineficacia si no se justifica previamente la decadencia del derecho en que se funda?

Muchas veces, la Ley Hipotecaria contiene normas de estricta aplicación a la mecánica formal del Registro; así, por ejemplo, el artículo 20 sobre la necesidad de la previa inscripción del transferente de finca inmatriculada para que se pueda inscribir el derecho del adquirente derivativo. Así también el artículo 17, que impide al Registrador inscribir un título traslativo, aunque sea de fecha anterior, incompatible con otro inscrito antes. Pero otras veces, las normas de la Ley Hipotecaria sancionan los efectos funda-

(31) Idem, pág. 37.

mentales de la inscripción (así, por ejemplo, arts. 32, 34, 37, 38), cuando entran en colisión una situación inscrita con otra no inscrita. No se trata entonces de mecánica registral u orden de proceder en la oficina, sino de arbitrar criterios legales para dirimir esos casos de colisión. Entonces, la solución legal recoge un problema de fondo, sustantivo, de adquisición y pérdida de titularidades (adquisiciones a *non domino*, en su caso) que afecta tanto al Derecho civil como al Derecho registral. El principio de inoponibilidad del título—o mejor, diríamos nosotros, del derecho no inscrito—, tal como se recoge en el artículo 32 tan ampliamente, es algo que afecta a la propia subsistencia del título o derecho en cuestión. Impone la preferencia de una situación sobre otra y, por ser incompatible, la consagración de la primera y la extinción de la segunda. Como ocurre en todos los casos de colisión de títulos. Las palabras de la E. de M. antes referidas creo que justifican cumplidamente esta interpretación.

Lo que ocurre es que la dicción gramatical de ambos preceptos obedece a su respectivo efecto. El artículo 32 de la Ley Hipotecaria alude a la inoponibilidad del título no inscrito, a su ineficacia—«no perjudicará»—frente al tercero inscrito. Problema de colisión de títulos que la Ley resuelve a favor del inscrito. Mientras que el Código civil sanciona, dentro de los efectos del contrato de compraventa, quién adquiere el dominio en virtud de ese título contractual cuando un mismo inmueble se vende dos veces. Problema de eficacia del contrato y de atribución del derecho dominical resultante al titular precedente.

Según NÚÑEZ LAGOS, la lesión del tercero registral no implica la muerte de los derechos reales no inscritos. A su juicio, estos derechos reales, aun cuando no estén inscritos, existen por obra y gracia del título o del hecho constitutivo. Además de existir, son eficaces y valen en algún caso frente a derechos reales no inscritos, pero conexos *ob rem* con la cosa. El derecho real tiene siempre eficacia trascendental por fuero civil. Únicamente la pierde al chocar con el muro del Registro si detrás de este muro está cobijado el tercero. Mientras no haya tropiezo con la inmunidad del tercero inscrito, hay eficacia *erga omnes*. Cabe una acción real extrarregistral contra la nuda propiedad no inscri-

ta, estando inscrito solamente el usufructo (32). En nuestra modesta opinión, ocurre justamente lo contrario: En cuanto entra el tercero inscrito (supuesto de aplicación del art. 32), entonces es cuando surge el problema, porque *inter partes* no lo hay en la inscripción, y entonces, frente al tercero, no sólo no hay eficacia, sino que no hay derecho. Según acabamos de exponer. Decir que mientras no hay tercero inscrito el derecho real produce su eficacia *erga omnes*, es cierto, pero equivale a decir muy poco. El problema nace precisamente cuando hay un tercero acogido a la publicidad del Registro y ajeno al acto constitutivo del derecho real, que por eso para él es irrelevante. Por lo demás, el ejemplo puesto por NÚÑEZ LAGOS de un usufructo inscrito sin estar inscrita la nuda propiedad parece prácticamente imposible. Porque la primera inscripción será siempre de dominio (pleno o nudo), y la constitución de usufructo posterior se hará por cesión o desmembración, pero en ambos casos seguirá inscrita una nuda propiedad resultante. Sin previa inscripción del dominio o de la nuda propiedad a favor del constituyente, no cabe inscripción de usufructo.

4') El tercero del artículo 32 no necesita previa inscripción para estar protegido aunque, naturalmente, no excluye este requisito.

Razón: el fundamento de la norma. Criterio latino de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito. Se protege la mera diligencia o prioridad en inscribir más que la confianza en la apariencia registral, que puede no existir. Claro que aun desde el punto de vista de la confianza en la apariencia, que aquí se da muy indirectamente, es lógico que no afecte al tercero lo que no se inscribió. Si el transmitente prueba su dominio por primera vez en virtud de título válido anterior o su presunción por la posesión actual, basta para legitimar la adquisición del tercero frente al titular anterior no inscrito. Se sanciona con la ineficacia de su título y consiguiente pérdida de su derecho al que, pudiendo inscribir, no lo hizo. Así como el artículo 34 de inspiración germánica exige adquirir de un titular registral, el 32 no. Y en base a su razón justificadora es lógico que así sea.

Los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 no se plantearon el problema porque—seguramente—para ellos era una cuestión tran-

(32) Loc. cit., pág. 57.

sitoria y temporal, confiados en la pronta inscripción de todas las fincas. Lo natural es que éstas fueran inscritas para la consiguiente protección de sus titulares. Pero la realidad hizo pesimista esta confianza. Y aun hoy, a los ciento seis años de la Ley Hipotecaria, hay muchas fincas rústicas sin inscribir.

A esta interpretación nos conduce el origen y el fundamento de la norma. Pero es que, además, tiene en su favor otra razón práctica y real de no pequeño peso: la necesidad de que resulte protegido el inmatriculante sin tener que esperar a una transmisión onerosa posterior. Porque, si no, ¿de qué le sirve formalizar y legitimar su situación, satisfacer gastos e impuestos? Si en el orden técnico la solución está fundada en el criterio latino a que obedece—preferencia de lo inscrito sobre lo no inscrito, sin más—, en el orden social y humano tiene, asimismo, cumplida justificación.

Si el vendedor que vende dos veces una misma finca o que vende como libre una finca gravada, aparece previamente inscrito, el comprador estará protegido frente a lo no inscrito por el artículo 32. Pero aunque el vendedor no hubiere inscrito su derecho, también el comprador resultará protegido en los mismos términos por imperativo del mismo artículo. Interpretado literalmente, el artículo 1.473 del Código civil tampoco exige la previa inscripción. Y si admitimos su interpretación integradora con el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, según acabamos de exponer, para armonizar en lo posible ambos textos legales, con doble motivo no será necesaria la previa inscripción. Recordemos un importante sector de doctrina que así lo reconoce y concede al inmatriculante la protección del artículo 32.

VALLET estima que el párrafo 2.º del artículo 1.473 sólo puede entrar en juego si el vendedor tiene su derecho inscrito. Para ello interpreta el párrafo 3.º del artículo 1.473 y las palabras «cuando no hay inscripción» como equivalentes de que la finca no esté inmatriculada; de lo contrario hay inscripción, aunque luego el comprador no inscriba (33). Argumento literalista y a contrario que no nos convence. La norma no se apoya en la fe pública registral ni en la protección de la apariencia, sino en el cas-

(33) Loc. cit., pág. 235.

tigo de quien, pudiendo inscribir, no inscribió. Y por ello no hace necesaria la previa inscripción para entrar en juego.

Por eso no cabe reconducir el 1.473-2.º del Código civil y el 32 de la Ley Hipotecaria al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, solución que adoptan todos aquellos autores que pretenden integrar al 32 dentro del juego de la fe pública, como formulación negativa del mismo. Ya hemos indicado que la estructura técnica de ambos artículos nos parece distinta y que sus principios inspiradores—inoponibilidad del título no inscrito, presunción de exactitud e integridad del Registro—no coinciden.

No estamos de acuerdo, en cambio, con don JOSÉ ALONSO, cuando afirma que la inscripción primera o de inmatriculación practicada de acuerdo con el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, goza de la protección del 1.473 antes de transcurridos los dos años desde su fecha (34). No parece ser esa la interpretación adecuada del artículo 207. En caso de doble venta, el comprador que inscribe, aunque sea inmatriculante, está protegido por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el 1.473-2.º del Código civil, según hemos expuesto. Pero cuando la inmatriculación se logra por el 205 de la Ley Hipotecaria, el artículo 207 excluye su eficacia frente a terceros hasta transcurridos dos años desde su fecha, sin duda para permitir que el *verus dominus* extrarregistral, si es que existe, pueda pedir la nulidad de la inscripción y no verse afectado por ella. Terceros aquí son tanto el causahabiente del inmatriculante (tercero registral) que ve paralizados los efectos protectores de la inscripción por dos años, como el *verus dominus* (tercero civil no inscrito respecto al acto de adquisición del inmatriculante) que tiene igualmente paralizados en su favor, y por el mismo plazo, los efectos ofensivos de la inscripción del otro comprador. Esta es la peculiaridad restrictiva del procedimiento inmatriculador del artículo 205 por sus menores garantías.

5') La importancia práctica actual del artículo 32.

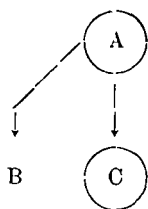
En su origen, el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 fue el más importante de la Ley. Según FERNÁNDEZ NEGRETE, contenía en sí toda la Ley. Según NÚÑEZ LAGOS, la regla del artículo 23 era la protagonista de la Ley. Recientemente, CARRETERO ha defendido la

(34) Loc. cit., págs. 315-316.

necesidad de volver al originario sentido del artículo 32 de inoponibilidad latina del título no inscrito, ha subrayado la importancia del artículo 32 en nuestro Derecho y de su adecuada valoración para evitar que nuestro sistema se convierta en una hermosa fachada vacía de contenido. No olvidemos que frente a la importancia del primitivo artículo 23 como norma general sancionadora de la ineficacia de lo no inscrito frente a lo inscrito, el originario artículo 34 era solamente una excepción a la regla del artículo 33 para defender al titular inscrito en aquellos casos en que no resultaba protegido por el artículo 23.

Pero el sistema registral español ha cambiado desde 1861 hasta hoy. Sobre todo en la última reforma legal de 1944-46 se ha subrayado la influencia germánica y se ha extendido la eficacia de la fe pública registral, haciéndose más borrosos los perfiles de la primitiva influencia latina. Por eso, algunos autores (ROCA, ANGEL SANZ) consideran disminuida la importancia actual del artículo 32 que, o bien reconducen al esquema de la fe pública, o bien consideran sustituido por la mayor eficacia del artículo 34 y concordantes. El problema de su importancia práctica sigue en pie, y buena prueba de ello son las alegaciones de TIRSO CARRETERO. Por eso no puede ser lícitamente eludida aquí la proyección de su eficacia, la determinación de sus supuestos de aplicación, como antecedentes del posible juego del requisito de la buena fe que luego vamos a tratar.

Recordando su origen histórico, decíamos que el artículo 32 (o 23 inicial) contempla por lo menos dos casos distintos: el de la doble venta de una finca y el de venta de un inmueble sujeto a gravámenes o afecciones resolutorias no inscritas. En ambos casos, la falta de inscripción del primer comprador o del titular de los gravámenes convertía a tales derechos en inoponibles frente al segundo o ulterior comprador que inscribía su adquisición. La previa falta de publicidad privaba a esas relaciones de eficacia frente al comprador que las desconocía y se acogía al Registro. Pues bien, pongamos el ejemplo de la doble venta que es el más típico. Y supongamos que el vendedor es titular inscrito, según el siguiente esquema:



A = Vendedor inscrito.

B = Primer comprador no inscrito.

C = Segundo comprador inscrito.

Supongamos también la validez del título $A = B$ y que ambos se han formalizado en escritura pública con tradición instrumental presunta, para que surja la colisión de derechos entre B y C.

La protección de C en este caso resulta indudable por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, reforzado por el 1.473 del Código civil. C es dueño y B dejará de serlo. Pero la protección de C, ¿puede también fundarse en el artículo 34? He ahí el problema. La cuestión tiene importancia práctica, porque los requisitos y efectos del artículo 34 aparecen más especificados y mejor desarrollados en la letra de este precepto que los del artículo 32. Su resolución depende de la forma en que se interpreten el artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria.

a') Si se interpreta el artículo 34 de manera estricta y literal, parece que no estará incluido dentro de este precepto el caso que nos ocupa. El dominio de A no se anula. Tampoco resulta muy claro decir que *se resuelve* por la primera venta, la cual no opera como causa de resolución, sino de transferencia en sentido estricto. Pero aun admitiendo que la primera venta no inscrita resuelva el derecho de A, lo que parece claro es que tal resolución se produce *antes* y no *después* de la adquisición del tercero protegido C. Esto ocurre porque el supuesto inicialmente contemplado por el artículo 34 no era el de la doble venta, sino el de la nulidad o ineficacia sobrevenida del derecho del transferente por causa no registrada, que tampoco debía afectar al tercero registral protegido. Originariamente, la doble venta se albergaba en el artículo 23 (hoy 32) y no en el 34.

b') Pero si se interpreta el artículo 34 de una manera amplia, en conexión con los otros artículos inspirados por el mismo principio de fe pública registral y singularmente con el artículo 37 y el 40, párrafo último, podemos llegar a la solución con-

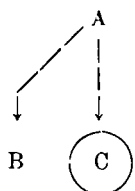
traria. Admitiendo las «causas de nulidad o resolución» en sentido extensivo, como sinónimas de toda causa de inexactitud registral; recordando que el artículo 40, párrafo último, impide que el tercero de buena fe quede perjudicado por la rectificación registral; partiendo de que la fe pública registral no se consigna en un solo precepto, sino que se desarrolla, parcial y fragmentariamente, en muchos artículos de la Ley, de donde se concluye que el principio de que el Registro es exacto e íntegro en beneficio de tercero está vigente en nuestro Ordenamiento, podemos llegar a la conclusión de que, en la actualidad, el caso de la doble venta puede también ampararse en el principio protector de la fe pública registral y se concreta a través de los artículos 34 y 40. Todavía queda una dificultad interpretativa: la palabra «después», que si se relaciona con la adquisición civil del segundo comprador que inscribe, hace que no llegue a encajar el caso que nos ocupa dentro de la órbita del artículo 34. Pero podría también pensarse que la adquisición a *non domino* del tercero protegido, en este caso el segundo comprador que inscribe, se produce *ex lege* desde la inscripción. Con tal presupuesto mental, la palabra «después» del artículo 34 habría que referirla al momento de la inscripción del comprador y el supuesto quedaría salvado dentro de la normativa de este artículo.

Si no, podría también salvarse su aplicación, pensando en la aplicación conjunta de los artículos 34, 37 y 40. Si en virtud de la fe pública al tercero registral sólo afecta lo que consta en el Registro, el derecho o la causa limitativa no publicada no deberán afectarle por igual razón.

Personalmente creo que el caso de doble venta, cuando el vendedor aparece inscrito y el segundo comprador resulta protegido al inscribir, puede ser válidamente llevado al principio de fe pública registral en sentido amplio y apoyado en la aplicación conjunta de los artículos 34, 37 y 40. Pero aunque así no fuera, siempre resultaría protegido el comprador que inscribe frente al que no lo hizo por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

La interpretación que aquí se defiende tiene la ventaja de que, como están más especificados los requisitos y efectos del artículo 34 que los del artículo 32, la aplicación de aquél será más segura y su eficacia más evidente. Ahora bien, si se admite esta

interpretación, entonces tenemos que la eficacia práctica de la norma contenida en el artículo 32 quedará vinculada a los casos de inmatriculación o primera inscripción. Como ya hemos dicho, el tercero del artículo 32 no necesita de previa inscripción para ser protegido. El titular registral de una inscripción primera tendrá a su favor la regla de inoponibilidad de lo no inscrito que consagra el artículo 32. Si el tercero registral, titular de una inscripción segunda o posterior, queda generalmente protegido de los derechos no inscritos por virtud de la fe pública registral (artículos 34, 37 y 40), entonces el campo propio de actuación del principio según el cual lo no inscrito no perjudica a tercero quedará vinculado a las inscripciones de inmatriculación. Y esto en el doble aspecto antes visto, ya se trate de una doble venta cuyo primer comprador no inscribió como de una carga, gravamen o afección resolutoria que no tuvo acceso al Registro. Frente a todo ello queda protegido el titular inscrito. Y por virtud del artículo 32 especialmente cuando se trata de una inscripción de inmatriculación siempre que, en el caso del 205, hayan transcurrido los dos años de limitación de sus efectos. Esta es, a mi juicio, la eficacia más característica del artículo 32: la protección del inmatriculante frente a lo no inscrito, el cual no puede ser protegido por el artículo 34. He aquí su esquema gráfico:



A = Vendedor no inscrito.

B = Primer comprador que no inscribe.

C = Segundo comprador inmatriculante, titular de una inscripción primera.

No es que el tercero registral deje de estar protegido por el 32; pero como también puede estarlo por el 34, su doble eficacia es concurrente. Mientras que en el inmatriculante, la protección del 32 es plena. Todo ello de acuerdo con sus antecedentes históricos y con las poderosas razones, antes expuestas, que justifican la protección del primer titular registral. Desde este punto de vista, el tercero del artículo 34 es el tercero registral, tercero frente a un asiento o contenido registral. Mientras que el tercero del artículo 32 puede ser, a veces, el mero tercero civil que inscribe.

III.—EL PROBLEMA DE LA BUENA FE EN EL ARTÍCULO 32.

Segundo y concreto problema: Se trata de determinar si el tercero del artículo 32 necesita de buena fe para ser protegido en los términos que este precepto consagra. O si, por el contrario, el requisito de la buena fe es ajeno al artículo 32, de modo que el tercero contemplado por este artículo puede resultar protegido sin necesidad de buena fe, aunque la concurrencia de ésta no excluya la protección.

Los autores están divididos también en este punto, como lo estaban al tratar del problema anterior. Es frecuente y lógicamente explicable que los autores partidarios de la tesis monista exijan el requisito de la buena fe en el artículo 32, y los que defienden la separación de ambos artículos sostengan que la buena fe no es necesaria para que el 32 entre en juego. Mas no siempre ocurre así. No pocos de los autores dualistas exigen también buena fe en el 32. Veamos en resumen algunas de las más importantes opiniones vertidas sobre este problema en nuestra Patria.

a) Autores contrarios a la buena fe.

1. Según NÚÑEZ LAGOS, los requisitos de onerosidad y buena fe no se exigen al tercero del artículo 32 y concordantes de la Ley. No cabe la analogía con el artículo 34, de otra contextura técnica... Los redactores de la Ley Hipotecaria, al redactar el artículo 32, no solamente prescindieron, sino que, teniéndolo en cuenta, lo *rechazaron el requisito de la buena fe*... En efecto, tuvieron de modelo el artículo 1 de la Ley belga de 1851, cuya génesis y antecedentes conocía maravillosamente GÓMEZ DE LA SERNA. El tercero, según la Ley belga, debe haber contratado *sin fraude*. Estas palabras no existían en la redacción primitiva del proyecto. Fueron introducidas por el Parlamento a consecuencia de la discusión tenida por M. JULLIEN con el Ministro de Justicia... Tal innovación fue criticada por el mejor comentarista de la Ley belga, MARTOU, el cual a su vez era bien conocido de GÓMEZ DE LA SERNA... Por éstas y otras razones, la Comisión que radactó la primitiva Ley española prescindió, *a sabiendas y con deliberada intención*, de

la frase «sin fraude» de su modelo la Ley belga. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el texto de la nueva Ley no autorizan tampoco a introducir en los preceptos que examinamos el llamado principio de buena fe. Por otra parte este principio, técnica e históricamente, acompaña a los modos de adquirir la propiedad. Pero el Registro español, por voluntad expresa de todos los legisladores en la materia—1861, 1869, 1909, 1936—, ha sido colocado al margen y fuera de los modos de adquirir y dentro de los medios de proteger al tercero. No afecta al nacimiento del derecho subjetivo, sino a su eficacia. Pero en el Derecho lo importante es la eficacia (35).

2. Con su pulcritud y claridad habituales, RAMÓN DE LA RICA ha estudiado el tema de las relaciones entre la buena fe y la publicidad del Registro. Como todos ustedes saben mejor que yo, LA RICA distingue, dentro de la eficacia de la inscripción en nuestro sistema, cuatro clases de efectos: constitutivos, presuntivos, defensivos o inmunizantes y activos u operantes. En principio, LA RICA exige la buena fe dentro del Registro y la entiende en su sentido civil común: titular de buena fe como el buen padre de familia. Pero los muy variados efectos que, en mayor o menor grado, produce la inscripción en nuestro sistema legal no quedan subordinados en todo caso ni muchos menos a la buena fe del titular inscrito, beneficiario de aquéllos. El ámbito de aplicación del requisito de la buena fe coincide con el de aplicación del principio de *fides publica* y se vincula al artículo 34... Los efectos defensivos o inmunizantes de la inscripción, entre los que se sitúa la norma del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, apenas son influidos por la conducta de buena o mala fe del titular. Con excepción de los artículos 34 y 36, las demás inmunidades de la Ley Hipotecaria quedan fuera del área del requisito de la buena fe... El tercero del artículo 32, como señaló NÚÑEZ LAGOS, no necesita onerosidad, buena fe ni inscripción previa (36).

(35) *El Registro de la Propiedad Español*, págs. 57-59. Vid. también *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*, R. G. L. J., mayo 1950, págs. 611 y siguientes.

(36) *La buena fe y la publicidad del Registro*, en esta REVISTA, septiembre 1949, núm. 256, págs. 537-562, especialmente 545-547; vid. también *Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el 12 de mayo de 1962, Madrid, 1962, págs. 50 y 75.

3. FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL parece limitar la buena fe al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y no aborda el tema de si la buena fe será necesaria o no en el artículo 32, a pesar de reconocer previamente el distinto régimen de ambos preceptos (37).

4. Según TIRSO CARRETERO, en el artículo 34 el tercero no es el dueño, sino que lucha contra el dueño, y es natural que se le proteja sólo con ciertos requisitos. En cambio, en el artículo 32 el tercero no es el dueño para una concepción consensualística, pseudofilosófica y de gabinete en la transmisión inmobiliaria; pero sí lo es en el sistema germánico y casi lo es en todos los sistemas históricos realmente vividos, en que la transmisión inmobiliaria se ha rodeado de formas de publicidad registrales o no. Por eso sólo necesita inscribir su título válido (38). Y, según este autor, ningún requisito más: ni buena fe ni título oneroso... Cuando al tercero del artículo 32 se le identifica con el del artículo 34; cuando se le exigen los requisitos de inscripción previa, onerosidad y buena fe, puede decirse que hemos dado muerte al principio de inoponibilidad que instauraron los legisladores de 1861... El tercero latino no requiere la buena fe en el sentido de desconocimiento de la anterior transmisión (39)... Cuando se trata de fundamentar los efectos protectores de la inscripción en el caso de la doble enajenación, en todos los sistemas cabe hacer referencia a la confianza en la apariencia, a la buena fe en las transacciones, etc.; pero en ningún sistema es la buena fe requisito de la protección: en los germánicos con el juego de la inscripción constitutiva, y en los latinos porque hay una constante opinión general de que el único dolo excluyente de la protección es el fraudulento. ¿Por qué una tercera postura en nuestro sistema? (40).

5. Aunque no se pronuncia directamente sobre el problema, MANUEL GÓMEZ GÓMEZ considera que el único medio de publicidad de los derechos reales inmobiliarios, salvo el dominio, es el Registro, de modo que el conocimiento de un derecho al margen del Registro parece no tiene eficacia en perjuicio del que lo cono-

(37) *Introducción al Derecho hipotecario*, págs 173 y sigs.

(38) *Loc. cit.*, pág 91.

(39) *Ibid.*, pág. 128.

(40) *Ibid.*, pág. 128.

ce. Si esto es así, la conclusión a que nos lleva es que no parece tener trascendencia la mala fe en perjuicio del titular registral que conoció algo que pudo afectarle y no estaba inscrito (41).

b) Autores partidarios de la buena fe.

1. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ concibió a la buena fe no sólo como requisito de aplicación del artículo 34, antes de su última redacción en la reforma de 1944-46, sino como un auténtico principio hipotecario, vigente con carácter general en todos los casos de protección registral, al mismo nivel que los otros principios fundamentales del sistema por él elaborados. Influyó en esta opinión no ya los antecedentes constructivos del Derecho alemán, sino especialmente el fundamento histórico de la E. de M. de la Ley de 1861, la interpretación jurisprudencial de los artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código civil, y la razón evidente de que la protección registral carece de base cuando el que la alega conocía la inexactitud registral, no había sido inducido a error por las declaraciones del Registro y sólo pretendía la ventajosa situación del titular inscrito. Decía don JERÓNIMO que de igual modo que la contratación sobre muebles gira alrededor de la posesión con buena fe, la protección hipotecaria se desenvuelve sobre la inscripción y la buena fe... El requisito de la buena fe responde a una necesidad perentoria, porque la ruina de la legislación hipotecaria sería inminente si, lejos de mantener su carácter sustantivo y moderno, toleramos sin protesta la afirmación de que el asiento más solemne del sistema es una mera formalidad. De donde el título del tercero que ha obrado de buena fe será irrevocable y el perjudicado podrá ejercer tan solo contra el enajenante las acciones de enriquecimiento torticero, falta de cumplimiento contractual, daños y perjuicios, etc (42). No contempla don JERÓNIMO expresamente el problema de la buena fe en el artículo 32. Pero partidario de la tesis monista y de su integración con el 34 dentro del amplio campo de la fe pública, parece que a ambas normas considera aplicables la buena fe. Con doble motivo, cuan-

(41) Vid. *En torno a la polémica Carretero-Roca*, en esta REVISTA, marzo-abril 1966, núm. 453, pág. 394.

(42) *Estudios* .., I, págs. 397 a 405.

do considera a esta última como principio de aplicación general en todo el Derecho hipotecario y no estima al artículo 32 como excepción a este principio.

2. Por el mismo camino de unificación de requisitos discurre la opinión de don IGNACIO DE CASSO, para quien la buena fe, enlazada con la *fides publica* del Registro, venía establecida en la Ley Hipotecaria de 1909, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los artículos 23, 34, 37, etc. (43).

3. Comentando las ideas de NÚÑEZ LAGOS sobre el Registro de la Propiedad español, ALBERTO BALLARÍN, aunque comulga en principio con la separación de los dos sistemas representados por los artículos 32 y 34, cree sin embargo que no se puede mantener en nuestro Derecho la tesis que niega buena fe al tercero del artículo 32. El Registro creado para «poner límites a la mala fe»—dice—, no puede ser un instrumento al servicio del fraude... La exigencia del requisito de la buena fe, construido por la jurisprudencia con referencia al párrafo 2.º del artículo 1.473, significa que debemos tenerlo en cuenta en el sistema del artículo 32 (44).

4. También GONZÁLEZ ENRIQUEZ estimó hace años que son aplicables al tercero del artículo 32 los requisitos del artículo 34, según su redacción posterior a la reforma de 1944-46 (45).

5. VILLARES PICO considera como tercero hipotecario protegido tanto al del artículo 32—inmatriculante—como al del artículo 34, y en general a todo titular de un acto o contrato legal inscrito sin la limitación de los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria, siempre que no haya tenido antes de la adquisición conocimiento de cualquier situación jurídica de la cual proceda la acción o derecho, cuya ineficacia asegura por virtud de la inscripción a su nombre (46). El tercero del artículo 32 es el adquirente a título oneroso

(43) *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 3.ª edición, Madrid, 1946, págs. 144-147.

(44) *Loc cit.*, págs. 682-684.

(45) *Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1949)*, A. D. C., II-III, pág. 1240, nota 26.

(46) *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*, en esta REVISTA, mayo 1949, núm. 252, pág. 294.

y con buena fe que haya cumplido con el requisito de la inscripción, como se decía en la E. de M. de la Ley de 1861 (47).

6. Con referencia a la Ley vigente después de la reforma de 1944-46, ANGEL SANZ estima que la buena fe es un requisito indispensable para estar protegido por la fe pública, y que siempre que la Ley Hipotecaria se refiera a tercero en esta situación debe exigirse la buena fe, aunque no se haga referencia expresa a ella (48). Como el artículo 32 actual se lleva por este autor al sistema del artículo 34, parece que la buena fe debe predicarse respecto a ambos.

7. Por esta línea de pensamiento discurre el profesor Cosío. Al no separar el sistema del artículo 32 respecto al 34, parece que la exigencia de buena fe necesaria para el segundo lo es también para el primero. No puede afirmarse—dice—, en el caso de doble venta de un inmueble contemplado por el 1.473-2.º del Código civil, que no sea necesaria la buena fe, a pesar de no mencionarse en el texto del precepto, por la indisoluble vinculación de nuestro sistema mantiene entre Derecho inscrito y su causa obligatoria y, sobre todo, porque admitiendo que el tercero puede ser afectado por acciones meramente personales, cuando éstas consten explícitamente en el Registro (vid. art. 37 de la L. H.), ninguna razón existe para ponerlo a salvo de ellas cuando tuviere conocimiento extrarregistral de la existencia de las mismas (49).

8. Como se recordará, ROCA SASTRE parte de la tesis monista o de integración de los artículos 32 y 34. Sin embargo, en una Conferencia pronunciada el 5 de mayo de 1961 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre la «Trascendencia de la Ley Hipotecaria del año 1861» estudia ya separadamente el artículo 23 de la primitiva Ley, en relación con el problema de la doble venta y las posibles soluciones legales que esta cuestión suscita. Cree que, si bien el artículo 23 de la Ley de 1861 se redactó con arreglo a los moldes legislativos de los llamados sistemas registrales de transcripción, es de destacar que fue pensado bajo el clima

(47) *La polémica entre hipotecaristas...*, citada, pág. 365.

(48) *Instituciones*, I, pág. 456.

(49) *Loc. cit.*, pág. 224.

de la buena fe concurrente en el tercer adquirente protegido. Funda su opinión en la E. de M de la Ley, en los Comentarios de GÓMEZ DE LA SERNA (50) y en la jurisprudencia continuada de nuestro Tribunal Supremo al respecto (51).

9. VALLET DE GOYTISOLO es uno de los partidarios más definidos de la necesidad de buena fe, y de una buena fe especialmente calificada, en todo caso de protección registral. Parece inclinarse a la unificación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria cuando dice que los «derechos reales que no supongan inmediato disfrute, las condiciones resolutorias y las sustituciones fideicomisarias que no estén inscritos en el Registro, no perjudicarán jamás al adquirente de buena fe de la finca o derecho gravado. Ello tanto en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria como *especialmente por prescripción del artículo 32*. El logro de este resultado, que es el más importante de todos, fue lo que motivó la necesidad de crear el Registro de la Propiedad» (52). Pero dejando aparte ese problema de unificación de ambos artículos, la buena fe es requisito necesario en opinión de este autor para la protección registral.

Aunque VALLET está en contra de la conexión de los artículos 1.473 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria y excluye de la protección dispensada por el artículo 1.473 al titular de una inscripción de inmatriculación, y difiere por tanto en este punto de nuestra interpretación que acabamos de exponer, concluye que el comprador que primero inscriba, para ser protegido por el 1.473-2.º, debe reunir la necesaria buena fe, matizada esta última en el sentido en que la aplica el propio autor, es decir, como «la creencia fundada en la inscripción a favor del transferente, y no contradicha por la posesión de otro en concepto de dueño, de que aquél es el titular real y puede disponer de su derecho» (53).

(50) *Trascendencia de la Ley Hipotecaria del año 1861*, en esta REVISTA, septiembre-octubre 1962, núms. 412-413, págs. 593-594.

(51) *El problema de la relación que, respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma*, en esta REVISTA, julio-agosto 1965, números 446-447, págs. 824-825.

(52) *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, en «Estudios sobre Derecho de Cosas y Garantías Reales», Barcelona, 1962, pág. 227.

(53) Loc. cit., págs. 235-236 y 221.

En resumen, necesidad de buena fe en todo caso, tanto para el artículo 34 como para el 32 de la Ley Hipotecaria y 1.473-2.º del Código civil.

10. LACRUZ BERDEJO que, como se recordará, parte de la distinción entre el artículo 32 y el 34, y los terceros protegidos contemplados por ambas normas, paladinamente reconoce que los requisitos de onerosidad y buena fe son circunstancias también exigibles cuando el adquirente resulta protegido en virtud del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. ¿Cuáles son las razones de esta exigencia?

— La propia E. de M. de la Ley de 1861, que daba a entender claramente que la buena fe había de exigirse en cualesquiera adquisiciones a *non domino*, especialmente en las protegidas por el artículo 23. (Recuérdese lo dicho antes en mi interpretación del artículo 32.)

— Además, los artículos 40, párrafo último, y 36 de la Ley Hipotecaria.

— En fin, que una exigencia solo parcial de tales requisitos difícilmente podría justificarse desde un punto de vista de política legislativa (54).

Frente a los autores belgas, franceses e italianos, para quienes la buena fe compromete la seguridad inmobiliaria y hace perder a la transcripción su automatismo formal, responde acertadamente LACRUZ: «Ciertamente que el requisito de la buena fe introduce un elemento subjetivo que compromete el automatismo en el funcionamiento de la protección del Registro, pero nada impone que ese automatismo haya de ser considerado—al menos, con referencia a nuestro sistema—como un progreso deseable. Al contrario, está en pugna con el fundamento de la tutela del Registro. Esta, según la opinión más razonable, se concede al adquirente como resultado de una apariencia: bien (tratándose de propiedad inmatriculada) de una apariencia de signo positivo, bien (tratándose de fincas que no figuran en los libros) de una apariencia de signo negativo: la ausencia de una manifestación en el Registro contraría al derecho de transferente. Pero la Ley no puede proteger esas apariencias en su entidad objetiva, sino en su

(54) *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, págs. 274-275.

reflejo subjetivo: en el engaño que producen en aquel que confía en ellas fundadamente y a quien impiden percatarse de la situación real. Pues crear apariencias para proteger a los que no están engañados, a los que conocen la situación real, supone emplear la fuerza del Derecho para premiar a quien, sin beneficio de nadie sino de él mismo, comete un acto reprobado por la moral: adquirir, a sabiendas, cosa ajena. Esta es la única consecuencia específica del automatismo porque, aparte esto, el Registro que exige la buena fe es—o puede ser—tan seguro como el otro: al ignorante nunca ha de perjudicarle su ignorancia, y al que sabe que una cosa es ajena, nunca debe ayudarle la Ley a quedarse con ella (55).

11. No quiero terminar esta apresurada exposición de opiniones sin recordar el nombre de dos catedráticos de Derecho civil que, aun sin referencia expresa al problema del artículo 32, coinciden ambos en considerar a la buena fe como un principio general de nuestro Derecho, a nivel de los que con este nombre sanciona el artículo 6 del Código civil como fuente del Derecho, de aplicación general y validez extensiva en nuestro Ordenamiento, mientras no se recoja expresamente en una Ley su excepción al mismo. El profesor CASTRO Y BRAVO, con referencia concreta al valor de las inscripciones practicadas en el Registro civil, afirma que el significado sustantivo de la inscripción en este Registro es otorgar eficacia *erga omnes* al cambio de estado civil, de modo que el cambio no inscrito no puede oponerse al tercero de buena fe que no lo conocía o que no podía conocerlo. La situación no inscrita no perjudicará a la validez de los derechos reales o de crédito adquiridos por un tercero de buena fe. La conducta dolosa del tercero le hace indigno de la protección registral. Este es el criterio de la jurisprudencia, de la mayoría de la doctrina y ahora también de la legislación (arts. 34 de la L. H. y 77 de la L. R. C.), de modo que puede admitirse la consideración de la buena fe como un principio general de nuestro Derecho (56).

Y el profesor Díez Picazo entiende que la norma jurídica que impone a la persona el deber de comportarse de buena fe en el

(55) Loc. cit., pág. 265.

(56) *Compendio de Derecho civil*, 3.^a edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, págs. 377-378 y nota (1) de ésta.

tráfico jurídico es un principio general del Derecho. Porque revela una de las más íntimas convicciones del modo de ser y de existir de nuestra comunidad, porque deriva directamente de la ley natural, porque se halla vigorosamente anclada en los postulados de nuestra moral cristiana y porque ha tenido entre nosotros una tradicional vigencia. De donde resulta: a) Todo el Ordenamiento jurídico debe ser interpretado en armonía con el principio general. Toda interpretación de una norma que conduzca a un resultado jurídico contrario a la buena fe, debe ser considerado como excepcional, por ser «*contra tenorem rationis*» de la organización general. b) Como principio general del Derecho, la norma que ordena que el comportamiento sea de buena fe tiene el carácter de norma supletoria, y los Tribunales deben, a falta de otra norma especial, aplicar este principio para resolver el litigio planteado. c) Las consecuencias o las derivaciones inmediatas del principio general de buena fe, construidas doctrinal o jurisprudencialmente en torno a particulares situaciones de intereses, de carácter típico, tienen el mismo valor y el mismo alcance que el principio general de que dimanen y en que inmediatamente se fundan (57).

c) *Mi opinión.*

En medio de tan contradictorias opiniones, ¿qué solución parece más razonable y adecuada para tan debatido problema?

1. Se trata de un problema de interpretación del artículo 32. Problema de estricta interpretación normativa, no literalista. Afir-mar que la buena fe no se exige porque no la recoge la letra del precepto, no es decir nada y equivale a negar el problema.

Ante el silencio de la Ley, ¿es exigible o no ese requisito?

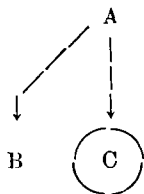
El problema tiene gran importancia: No sólo para perfilar el alcance de esta norma concreta, sino también para ponerla en conexión con otros casos hipotecarios, para clarificar la visión de nuestro sistema y precisar la eficacia de la protección regis-tral.

(57) *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, págs. 139-140.

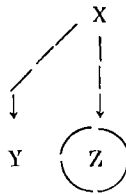
Así pues, tenemos que emprender la tarea de interpretar des-
paciosamente el artículo 32. Lo que equivale a considerar sus an-
tecedentes históricos, analizar el problema de la vida real que
con esta norma se quiso resolver, examinar el sentido de la juris-
prudencia en torno al mismo, preguntarnos por el fin de esta nor-
ma, su *ratio*, tratar de interpretarla sistemáticamente poniéndola
en relación con los otros preceptos y principios que inspiran
nuestro régimen hipotecario, calibrar socialmente el valor de los
intereses en pugna, matizar el fundamento legal de la protec-
ción registral que con esta norma se concede, recordar las moder-
nas tendencias jurídicas en materia de interpretación, etc. Como
es evidente, faena tan minuciosa excede con mucho de nuestras
posibilidades actuales, singularmente por razón del tiempo dis-
ponible. Tratemos de apuntar a alguna de aquellas cuestiones
muy someramente, como base de una interpretación, aunque sea
provisional y apresurada, de dicho artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

2. Recordemos gráficamente los dos casos principales en que,
a nuestro juicio, encarna la actual eficacia normativa del ar-
tículo 32:

DOBLE VENTA



VENTA, OCULTANDO GRAVAMEN O CAUSA DE RESOLUCIÓN NO INSCRITA



¿Es precisa la buena fe en C y Z para que no les sean oponibles
los derechos no inscritos de B y de Y?

3. La doctrina antigua.

Recordemos la tesis de NÚÑEZ LAGOS: Los autores de la Ley de
1861 rechazaron el requisito de la buena fe del artículo 23 y pres-
cindieron a sabiendas, y con deliberada intención de la frase *sin*
fraude que figuraba en el semejante artículo 1.º de la Ley bel-

ga. ¿Es esto cierto? ¿Qué pensaban de este problema los autores que redactaron la Ley Hipotecaria? ¿Cuál era la opinión de la doctrina del siglo pasado?

a') Opinión de VICENTE HERNÁNDEZ DE LA RÚA, anterior a la primitiva Ley Hipotecaria:

Relatando la historia de la legislación española sobre publicidad inmobiliaria hasta llegar a las Contadurías de Hipotecas, a la sazón vigentes, y refiriéndose al tiempo posterior a la pragmática de Carlos III de 31 de enero de 1768, afirma: «Era, pues, necesario que se pusiera remedio eficaz a tantos males como la experiencia demuestra; era menester que la propiedad se asegurase por medios legales y de fácil ejecución; era preciso *poner trabas a la mala fe*, a los fraudes y a las estafas que con engaños se efectuaban cada día, y aquel remedio podía hallarse con facilidad si se utilizaba la invención del Registro de instrumentos comprensivos de toda clase de títulos traslativos del dominio de cosas inmuebles...» (58).

Al hablar del Registro de Hipotecas y su vigencia, entonces reciente a partir del Real Decreto de 23 de mayo de 1845, incluye el dictamen del ilustrísimo señor Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, don Joaquín José Casado, dado con ocasión de consulta del Gobierno sobre registro de instrumentos. En este informe, al comentar la norma general del nuevo registro, según la cual «no puede ningún acto traslativo de dominio surtir efecto contra tercero si no se inscribe, y sólo desde la fecha de la inscripción», decía el Fiscal: «La primera de estas reglas (la expuesta) establecida en la Ley francesa de 11 de brumario del año 7, incluida después en el proyecto del Código Napoleón por sus redactores, y desechada imprudentemente al tiempo de su discusión, es el fundamento, la condición primera de un buen sistema hipotecario. Sin ella la publicidad es solo aparente y sin publicidad de verdadero nombre este sistema es imposible. *Un hombre de mala fe vende una finca* reteniendo el usufructo, continúa por ello en su goce y la vende después a un tercero. A la muerte del vendedor reclama la finca el primero que la compró y en vir-

(58) VICENTE HERNÁNDEZ DE LA RÚA: *Comentario a las disposiciones legales vigentes sobre registro de instrumentos y derecho de hipotecas*, Madrid, 1853, página 9.

tud de la consolidación, excluye al segundo. *El engaño* de que éste es víctima, ¿sería posible establecida la necesidad de la inscripción?» (59).

Obsérvese que se censura que el segundo comprador sea engañado por el primero. Luego debe protegerse frente al primero solo cuando de él no tiene noticia.

b') Según don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, la *Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861* es «el mejor preámbulo y más autorizado comentario de la Ley». Su autoridad es indiscutible y resulta unánimemente reconocida por todos los autores para la interpretación de nuestro sistema registral. Veamos qué se dice en la Exposición de Motivos respecto al tema que ahora nos ocupa.

Recogiendo el Real Decreto de 8 de agosto de 1855, añadía el Gobierno que «la reforma era urgente e indispensable para la creación de Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para *poner límites a la mala fe* y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados...» (60).

«No hay, pues, más que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas».

«Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la Comisión cómo entiende la publicidad. Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; *en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro* (apliquese esta afirmación a la regla general del artículo 23, entonces vigente, y fácilmente se deducirá la consecuencia sobre la necesidad de buena fe en el tercero); en que, quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él solo es inmutable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se

(59) Loc. cit., pág. 35.

(60) Tomada de la edición oficial de la Ley Hipotecaria, Reglamento general para su ejecución e Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1861, pág. 3.

le debe» (61). (Importancia de esto para el artículo 23, porque el fundamento que aquí se alega no es la confianza en el Registro, sino la sanción de quien no inscribió, que encaja causalmente con la protección de dicho artículo; pues bien, en ese caso, para que el tercero inscrito quede protegido frente a los derechos de quien no inscribió, es preciso que no haya podido conocerlos: He ahí el requisito expreso de la necesidad de buena fe.)

En relación con las hipotecas legales tácitas, y a pesar de la protección que—se afirma—así se concede a la mujer, al huérfano y al desvalido, la Comisión se pronuncia por las hipotecas legales expresas porque, entre otros fines, *procura evitar la ruina de los acreedores de buena fe* (62).

Al tratar del grave problema de los efectos de la falta de inscripción, sobre si la ineficacia de lo no inscrito debe limitarse a los terceros o debe afectar a los mismos contrayentes, y frente a los que creen que el Registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble (partidarios, por tanto, de que sin inscripción no haya ni siquiera eficacia *inter partes*, y antecesores así de los modernos partidarios de la inscripción *constitutiva*), la Comisión cree que «*el verdadero objeto de los registros es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial y poner coto a fraudulentos engaños*» (63). (Obsérvese la importancia que encierra esta frase por el contexto fundamental en que se inserta.)

«*La Comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción, deba ser de condición mejor el que, burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador fortalecerla en cuanto alcance*» (64).

«El sistema del Código civil francés de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento debe desecharse si se enjuici-

(61) Págs. 8-9.

(62) Pág. 11.

(63) Págs. 17-18.

(64) Pág. 18.

cia desde el punto de vista del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, *porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones, da lugar a que los acreedores sean defraudados* y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, *contratos y actos de quien no ha podido tener conocimiento*» (65). (Obsérvese que aquí lo que se afirma no es el principio de que lo no inscrito no perjudica a tercero, sino que el tercero no debe ser perjudicado por lo que no conozca ni haya podido tener conocimiento; luego, lo conocido por cualquier medio—ya que no se afirma que la inscripción sea legalmente el único medio de conocimiento y repercusión—debe afectarle.)

Partiendo de que los arrendamientos a largo plazo no son generadores de derecho real, sino sólo de obligación personal, se afirma: «Las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos, los gastos a que suelen *comprometer a los arrendatarios y la protección debida a la buena fe, clave del crédito*, exigen que acerca de este punto se modifique el derecho antiguo, para lograr su inscripción... De este modo, sin perjuicio del dueño que al enajenar y traspasar una finca no pretende burlarse de las obligaciones que contrajo con los arrendatarios, *sin daño del comprador de buena fe que entra en el contrato con el conocimiento de una obligación de que es sucesor*, se salvan los justos derechos de los arrendatarios en los casos que en el proyecto se prefijan» (66).

En cuanto a la revocación de donaciones por ingratitud del donatario, y de acuerdo con el proyecto a la sazón vigente de Código civil, se establece que «cuando sea revocada la donación por esta causa de ingratitud, queden subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la inscripción de la demanda de revocación en el registro de hipotecas, y que las posteriores sean anuladas». Se sigue en este punto a la Ley romana que lo estableció y cuyos fundamentos son que *al adquirente de buena fe no debe perjudicar el castigo justo que se impone a la ingratitud del donatario* (67).

«En cuanto al retracto convencional—entendiéndose por tal, de acuerdo con la terminología de nuestro Código civil, la condición

(65) Pág. 19.

(66) Págs. 26-27.

(67) Págs. 34-35.

resolutoria expresa en la venta—... si no está inscrita la condición resolutoria será porque no se haya expresado en el contrato, tal vez para burlar la Ley; pero sea la omisión efecto de descuido o *de mala fe*, sólo debe perjudicar a los negligentes y a los maliciosos, *no al tercero que compra en la seguridad de que no existe semejante condición resolutoria*» (68). (Es decir, al tercero de buena fe.)

Precio aplazado en la venta: «Siempre que en la escritura de venta no aparece que está el precio por satisfacer total o parcialmente, nace la presunción legal de que integramente ha sido satisfecho. El tercero que compra o adquiere un derecho real sobre lo así vendido, si después se ve privado de ello, realmente es perjudicado por un hecho ajeno imputable al vendedor y al comprador, y sobre todo al primero, en cuyo interés está hacer que conste la falta de pago en la escritura y en el Registro. Más justo es, pues, que el perjuicio recaiga sobre el que dio lugar a él, que sobre el que no pudo preverlo o evitarlo, *cuya buena fe no debe quedar burlada*» (69).

Al tratar de la *restitutio in integrum* concedida a los menores, a los incapacitados y a algunas personas jurídicas, los redactores del proyecto de Código civil entendieron que el beneficio de la restitución solamente tiene lugar contra el tercero que contrató con el tutor o curador y no contra los ulteriores adquirentes, *a no ser contra el que hubiese adquirido de mala fe*.

La Comisión niega el beneficio de la restitución para despojar de la propiedad o de cualquier otro derecho en la cosa *al tercer poseedor que la ha adquirido con buena fe*, si ha sido ajeno al contrato en que ha causado el perjuicio (70).

En relación con las enajenaciones hechas en fraude de acreedores y su posible revocación por esta causa, en el proyecto del Código civil no podían menos que tomarse en cuenta los inconvenientes del derecho antiguo, respecto a la inseguridad en que estaban *los terceros poseedores de buena fe*, y del peligro que corrían de verse despojados de lo que legítimamente hubieran adquirido... Las enajenaciones de bienes inmuebles a título oneroso pueden ser rescindidas siempre que la demanda de rescisión se haya anotado en el

(68) Pág. 35.

(69) Págs. 36-37.

(70) Pág. 39.

registro público antes de haberse inscrito el contrato de enajenación; también se rescinden, aunque no hayan sido inscritas antes de la demanda en el Registro, *si el adquirente obró dolosamente, salvo en este caso el derecho que un tercero haya adquirido entretanto con buena fe* (71)...

«Cuando la cosa legada es determinada e inmueble con arreglo a los principios del Derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que expira el testador; el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio. Esto supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es por lo menos que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un *tercero que, por tener inscrito un derecho y ser adquirente de buena fe*, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación» (72).

Al tratar de las normas transitorias para el paso de la antigua a la nueva legislación, y del plazo de un año concedido para inscribir en el nuevo Registro los derechos antiguos, justificando que no se ha seguido el criterio de la nulidad de los derechos no reinscritos, se dice en la E de M.: «... El proyecto no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, *en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro*» (73).

De la lectura de los fragmentos transcritos de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley podemos obtener en resumen las siguientes consecuencias:

α) La nueva legislación hipotecaria nace con el propósito repetidamente expuesto de poner límites a la mala fe.

β) La publicidad del Registro que ahora se crea pretende el conocimiento por todos de los derechos que se acogen al Registro y así asegurar su eficacia *erga omnes*. La publicidad es requisito de eficacia frente a terceros.

(71) Pág. 40.

(72) Pág. 42.

(73) Pág. 127.

γ) El tercero protegido por el Registro es siempre, y dicho en forma taxativa, un tercero de buena fe, que no ha conocido ni podido conocer los derechos no inscritos y que, por eso, no le son oponibles. No cabe el engaño fraudulento. En lugar de debilitarla, el legislador debe fortalecer la buena fe. El tercero protegido es siempre el que desconoce el derecho real o la carga no inscrita. Sólo así puede ser rectamente entendida la norma general de que lo no inscrito no perjudica a tercero, contenida en el artículo 23.

c') En el año 1871 se publica en Madrid un importante libro. Se titula *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, que había sido suprimida en 1869 y que había intervenido en la redacción de alguna de nuestras leyes más fundamentales (Ley de Enjuiciamiento Criminal y, singularmente, nuestra primera Ley Hipotecaria). Su autor es el ilustre don FRANCISCO DE CÁRDENAS, vocal de aquella Comisión Codificadora (74).

Tan valioso documento histórico nos resulta especialmente útil para estudiar dos aspectos distintos del problema de la buena fe hipotecaria, a los cuales vamos a aludir por separado.

α) La necesidad de buena fe para la protección del tercero del artículo 34, recogida aquí mucho antes de que se sancionara por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de que se estableciera expresamente en la reforma hipotecaria de 1946.

«La Comisión, verbalmente consultada sobre el proyecto de reforma del artículo 34 en 1869, aceptó casi todas sus disposiciones, pero no sin manifestar los defectos que notaba en algunas y, particularmente, la que tenía por objeto adicionar con una restricción importante el artículo 34 de la Ley. Este artículo, el más meditado y el más discutido por la Comisión de todos los que comprendían la Ley, había sido objeto de vivas impugnaciones. Su objeto era asegurar al tercero que contrata con el que tiene su derecho inscrito en el Registro, contra el peligro de ser perjudicado, si este derecho llegara a resolverse en virtud del título no inscrito

(74) *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, suprimida por Decreto del Regente del Reino de 1 de octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente don FRANCISCO DE CÁRDENAS, vocal de ella, y seguida de varios apéndices que comprenden muchos informes, exposiciones y proyectos inéditos de la misma Comisión. Biblioteca Jurídica de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, 1871.

en el tiempo en que contrató, o de causas que no resultaran del mismo Registro. Al acordarlo así la Comisión, se fundaba en que el Registro sería inútil para los fines de su institución, si no era por si garantía bastante contra los derechos desconocidos, de la seguridad de los consignados en él con todas las formalidades requeridas...

Pero a estas consideraciones irrefutables se opuso el temor de los fraudes que podrían cometerse, simulando e inscribiendo una escritura de venta de bienes ajenos y enajenándolos después el comprador simulado *a un tercero de buena fe*. En vano se contestó que si el verdadero dueño de los bienes no los había inscrito, pudiendo, es menos digno de consideración que el *tercero de buena fe* que no omita esta formalidad... De cualquier modo que esto fuese, es lo cierto que semejantes fraudes tienen mucho de imaginarios, que los notarios no otorgan escrituras de venta de inmuebles al primer desconocido que llega a pedirselas sin pruebas fehacientes de su dominio, que es remotísimo el peligro de que el propietario cuidadoso sea despojado *en beneficio del adquirente posterior de buena fe...*» (75).

β) El problema de la buena fe en el artículo 23.

En el Informe de la Comisión de Codificación sobre la Exposición de la Diputación Provincial de La Coruña, pidiendo que la Ley Hipotecaria se aplique sólo a los bienes que en adelante se adquieran, emitido el 23 de enero de 1863, se decía: «La reforma hipotecaria ha tenido por objeto dar cumplida satisfacción a la justicia no permitiendo más que por actos, contratos o derechos no inscritos, pueda ser perjudicado el tercero que no intervino en ellos, y fomentar el crédito de la tierra, facilitando y promulgando el conocimiento del verdadero estado de todos los derechos inherentes a ella. En buena hora que no se obligue a ningún propietario a participar de este beneficio si tuviera la extravagancia de renunciar a disfrutarlo, no dando a conocer el estado de su propiedad. ¿Pero no sería injusto que estos caprichos de algunos propietarios pudieran ceder en perjuicio del *tercero, que de buena fe compre una finca gravada antes con carga no inscrita o preste con la garantía de otra sujeta a hipoteca legal, o tome a*

(75) Loc. cit., págs. 170-171.

censo un edificio afecto a la responsabilidad de créditos privilegiados ocultos?» (76). (Parece que estas palabras se refieren directamente al supuesto del artículo 23: Propietario anterior que no inscribe y, por tanto, no puede causar perjuicio a tercero. Más que la confianza en la apariencia, se castiga al propietario que dejó de inscribir, su falta de diligencia. Pero para que el tercero no quede afecto por la carga no inscrita, es preciso que adquiera de buena fe.)

d') En la *Discusión parlamentaria de las Cortes de 1860-61* sobre la autorización para plantear como ley el Proyecto de Ley Hipotecaria, presentado a las Cortes el 3 de julio de 1860, y en la discusión del Senado, don CIRILO ALVAREZ, defendiendo el Proyecto de Ley Hipotecaria y contestando al señor ARRAZOLA, dijo en la sesión del día 27 de noviembre, entre otros extremos, lo siguiente: «Y aquí diré que no es cierto que nosotros reformemos o anulemos el Código civil por esta Ley. Las obligaciones que nacen de nuestro Derecho civil todas quedan intactas, integras. No hay más que un límite: esas acciones podrán ejercitarse contra todos menos contra el tercer adquirente que ha adquirido un derecho incontestable. No hay reforma del Derecho civil; la legislación existe íntegra, intacta, lo repito. Así es que quedan siempre a salvo las acciones personales. *Lo que se ha dicho es contra el tercer adquirente de buena fe.* Las obligaciones que no han sido inscritas, esas acciones que nacen de *circunstancias que él no puede conocer*, porque nadie se las puede revelar, y con las cuales se *podría sorprender la buena fe del contratante*, esas obligaciones desaparecen... Pero si existe una acción rescisoria *que no se ejercita contra el tercer adquirente de buena fe*, la acción personal que nace de las disposiciones del Derecho civil, existe contra el que no es ese tercero, en perjuicio del que contrató y cometió el fraude (77)... Se ha consignado que aquel que vaya a comprar una cosa, si adquiere en el Registro conciencia de que eso existe (se refiere a causas de acciones rescisorias o resolutorias que consten expresamente en el Registro), haga por su

(76) *Ibid.*, pág. 529.

(77) *Discusión parlamentaria de las Cortes de 1860-61* sobre la autorización para plantear como ley el Proyecto de Ley Hipotecaria, presentado a las Cortes en 3 de julio de 1860, Madrid, 1871, pág. 89.

cuenta el negocio, cargando con todas las consecuencias de esa conducta, ligera o no, que haya podido observar en aquel momento. Pero cuando se trata de un tercer adquirente de buena fe, que no encuentra nada en la inscripción porque no estaba en la escritura y no tenía el don de profecía para lo que sucediera después, para ese se quita» (78).

e') En sus famosos Comentarios a la Ley Hipotecaria de 1861, y al comentar el originario artículo 23, don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA estudiaba el caso de venta de una misma finca hecha por el que era dueño a dos personas diferentes cuando la finca fue entregada al segundo comprador. A este respecto, decía GÓMEZ DE LA SERNA que en tal caso resuelve la Ley la cuestión de dominio a favor del que ha adquirido la posesión, siguiendo la misma regla del Derecho romano y del general español... La resolución adoptada en este caso por las leyes de Partida, tan lógica atendido el principio general en que se fundaba, está modificada por el artículo de la Ley Hipotecaria objeto de este comentario, porque el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador *se engañase*, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro (79).

Recoge este ilustre comentarista la legislación extranjera que había servido de precedente a nuestro artículo 23, y añade: «En algunos Estados, como en Bélgica, Bolivia, Estados Romanos, Francia, Friburgo, Soleure y Vaud, está declarado que los títulos no inscritos no pueden perjudicar a tercero de buena fe. En otros, como en Hamburgo, Hesse y Hungría, se ordena únicamente que sean pospuesto a los inscritos. Cerdeña, Islas Jónicas, Luisiana y Parma, que en lo general siguen sobre este punto la doctrina del Código Napoleón, determinan que los privilegios sujetos a la inscripción y no inscritos en los plazos prefijados por las leyes, no

(78) Loc. cit., pág. 90.

(79) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA: *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*, tomo I, Madrid, 1862, págs. 567-568.

valgan más que como hipoteca, y no puedan perjudicar a tercero sino desde la fecha de la inscripción. En todas estas legislaciones se ve dominante el principio de la nuestra, que es el adoptado por todas ellas, *de las cuales algunas, más que en el fondo, se diferencian en la manera de redactar la misma idea*: ésta es, que el derecho real sobre los bienes inmuebles que no está inscrito, no perjudica a tercero» (80). (Si es cierta la equiparación entre los distintos sistemas legales que consagran este principio, tal como se afirma en este último párrafo, el tercero no perjudicado por lo no inscrito parece que debe ser tercero de buena fe. Pero, sobre todo, dando por supuesta la enorme autoridad de don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA para interpretar la nueva Ley Hipotecaria, que en parte había sido obra suya, obsérvese que para este autor el fundamento de la protección del tercero del artículo 23 estaba en su posible engaño respecto a una venta anterior. Solo esta creencia de que su vendedor seguía siendo dueño, justifica la protección legal a su favor. El fundamento está no en el mero hecho de inscribir antes, sino en la apariencia negativa creada por la falta de inscripción que provoca el engaño del tercero y su creencia consiguiente en que el vendedor sigue siendo dueño. Con tales antecedentes no resulta difícil concluir que el tercero del artículo 23 ha de ser un tercero de buena fe.)

f') PÉREZ PEDRERO y SIDRO y SURGA decían al comentar el artículo 23 en el mismo año de 1861: «Ya en otras ocasiones hemos manifestado que la Ley Hipotecaria descansa principalmente en este precepto que es una de sus bases más esenciales. Por el actual derecho, el que adquiere la cosa por quien ya no tenía derecho para transmitirla, por haberla transmitido anteriormente a otro, la pierde por la acción reivindicatoria o rescisoria que el dueño legítimo ejercita, quedando tan sólo al *comprador de buena fe* la acción personal para repetir el precio y los daños y perjuicios de aquel que sin derecho le hizo la transmisión. Este derecho está, pues, modificado por la Ley Hipotecaria: el que adquiere primeramente la cosa de su legítimo dueño y no inscribe su título en el Registro, para que conste su derecho sobre aquella cosa y la cesación del que sobre ella tenía el transmi-

(80) Loc. cit., pág. 573.

tente, no tendrá derecho a reivindicar la cosa adquirida, si éste, suponiéndose aún dueño de ella, la grava o transmite a un tercero que inscriba su derecho. La razón de la Ley estriba en el principio justo de que, el que por indolencia dejó de inscribir su derecho, y por ello dio ocasión a que un tercero *con buena fe* contratase y creyese dueño aún de la cosa al que no lo era, por no resultar lo contrario del Registro, debe culparse a si mismo de las consecuencias de su abandono, y no perjudicar y despojar al que adquirió *con buena fe* y por títulos legítimos» (81).

g') PANTOJA y LLORET, comentando la necesidad de que el que presta con hipoteca conozca con seguridad las otras cargas que gravan la finca, para saber si podrá reintegrarse de su capital, y censurando el sistema de hipotecas legales tácitas o generales, afirmaban: «*La publicidad, pues, es la compañera inseparable de la buena fe, hace renacer la confianza, sin la cual los capitales huyen de la circulación, y consolida el crédito territorial, que es en la sociedad presente elemento muy principal de la riqueza pública*» (82).

Y al comentar el artículo 36 de la Ley Hipotecaria de 1861 («Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley»), decían: «La regla general que en el artículo 36 se establece es consecuencia del principio consignado en el 25 (concordante del 23), donde se dijo que los títulos inscritos no surten efecto, en cuanto a tercero, sino desde la fecha de la inscripción».

«Los artículos 37 y 38 constituyen la ampliación del que nos ocupa, estableciendo el uno las excepciones de la regla en éste adoptada, y definiendo el otro las acciones rescisorias o resolutorias que están dentro de esa misma regla».

«Por consiguiente, dejando notado que *la inscripción tiende en éste, como en casi todos los casos, a favorecer los derechos de un tercero, en quien se supone fundadamente la mayor buena*

(81) EDUARDO PÉREZ PEDRERO y JOSÉ SIDRO Y SURGA: *Repertorio de la Legislación Hipotecaria de España, o sea, la Ley Hipotecaria*. Colección «Los Códigos de España», tomo I, Madrid, 1861, págs. 381-382.

(82) JOSÉ M. PANTOJA y ANTONIO M. LLORET (Abogados del Ilustre Colegio de Madrid): *Ley Hipotecaria, comentada y explicada, concordada con las leyes y códigos extranjeros*, tomo I, Madrid, 1861, pág. 54.

fe y un título robustecido además con la formalidad del Registro, referimos el comentario del artículo 36 al de los artículos 37 y 38» (83).

h') SOLER y CASTELLÓ decía en su Diccionario de legislación hipotecaria aparecido en 1882 que la Ley Hipotecaria ha invadido casi por completo las instituciones de nuestro Derecho patrio; la familia y la propiedad han sido su especial objeto; en la primera ha procurado salvar los respetables y sagrados derechos de la mujer y de los menores e incapacitados, pero sin desatender los no menos respetables del *tercero que de buena fe contrata..* (84).

i') Don JOSÉ POAL y JOFRESA afirmaba en el año 1899 que la razón de ser de la protección del Derecho inmobiliario está en la necesidad de proteger muchas veces la ignorancia en que el adquirente se halla de la causa invalidadora de su derecho... Toda protección, cualquiera que sea su género y especie, si no ha de ser arbitraria, debe fundarse en ciertas circunstancias o requisitos. Dichos requisitos son siempre *buena fe en el adquirente*, negligencia en el sacrificio, que el título del adquirente sea oneroso y que esté el propio título inscrito. Es a veces también requisito de la protección estar inscrito el título del transmitente... *La buena fe se exige siempre en el aspirante a la protección registral* (85).

— A la vista de todos estos textos parece claro que el requisito de la buena fe estuvo pensado por los legisladores de 1861 como condicionamiento de la protección del tercero que inscribe. Y que tal idea era *communis opinio*, principio generalmente sentido en nuestra Patria en la segunda mitad del siglo XIX, tanto en las discusiones del Senado como en la pluma de los más ilustres y autorizados comentaristas. Después de la lectura de estos fragmentos, no parece que pueda lícitamente afirmarse que los au-

(83) Loc. cit., pág. 240.

(84) FEDERICO SOLER y CASTELLÓ: *Diccionario de la legislación hipotecaria y notarial de España y Ultramar concordada con la del Impuesto de Derechos Reales y Transmisión de bienes, con las disposiciones del Derecho civil, mercantil e internacional referentes a las materias que la misma comprende*, 2 tomos, Madrid, 1882, prólogo, pág. 4.

(85) JOSÉ POAL y JOFRESA (Notario): *La protección del Derecho inmobiliario*, Barcelona, 1899, págs. 9, 27 y 28.

tores del 61 prescindieron deliberadamente del requisito de la buena fe al no incluirlo en la letra del artículo 23.

4) *La interpretación jurisprudencial.*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido señalando desde el primer momento que el párrafo 2.º del artículo 1.473 debía interpretarse subordinado al requisito de la buena fe, igual que los párrafos 1.º y 3.º del mismo artículo. Esa necesidad de buena fe para la protección del segundo comprador que inscribe se ha generalizado por el Tribunal Supremo a todos los casos de protección del titular inscrito frente a derechos no inscritos. La lista de sentencias que recogen y aplican este criterio es, en verdad, muy extenso (86). Baste con recordar ahora, como ejemplo, cuatro de ellas, dictadas en épocas bien distintas:

— Sentencia de 6 de mayo de 1886: Afecta al tercero la causa de nulidad o rescisión de que tenga conocimiento.

— Sentencia de 31 de octubre de 1929: En el artículo 1.473 del Código civil, por respetar la legislación hipotecaria, se ha quebrantado formalmente el principio de que no puede transmitir un derecho quien lo ostenta de modo legítimo, y esto se ha hecho en beneficio de la solidez del crédito territorial, en favor del adquirente de inmuebles que primero haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad; esto se debe entender *subordinado al requisito de la buena fe* exigido en las párrafos 1.º y 2.º

— Sentencia de 11 de junio de 1954: Si bien establece el párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código civil que, tratándose de la doble venta de cosa inmueble, la propiedad se transferirá al comprador que primero la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, sin duda porque se considera que su diligencia debe ser estimada y protegida... tiene declarado con reiteración la jurisprudencia que el contenido del aludido párrafo 2.º del artículo 1.473 *ha de entenderse sobre la base de la buena fe*, y faltando ésta habrá de atribuirse la propiedad a quien primeramente hubiese entrado en la posesión de lo comprado.

(86) Vid. ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, I, pág. 513, nota 2; PÉREZ Y ALGUER: *Derechos de cosas de Martin Wolff*, tomo III-1º, pág. 259.

— Sentencia de 25 de mayo de 1965: Tratándose de inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, a tenor del apartado 2.º del artículo 1.473, como el otro adquirente es un tercero con relación al primer inscribiente de buena fe, la cosa dos o más veces enajenada, pertenecerá al comprador de buena fe que antes la haya inscrito en el Registro... El artículo 1.473 del Código civil ha de ser interpretado todo él *sobre la base de la buena fe*, de acuerdo con la interpretación de la jurisprudencia (87).

Como ha señalado Roca, esta línea de interpretación jurisprudencial se ha fundado, más que en la propia inspiración de la Ley Hipotecaria de 1861, en otra idea también perfectamente válida; a saber, que el Registro es un medio de publicidad, pero no el único. Y que cuando el conocimiento, resultante normal de la publicidad, se obtiene por otros medios, el objeto de aquel conocimiento debe afectar al tercero que conoce. Cuando el adquirente conozca una situación debe quedar afectado por ella. Todo lo cual nos parece, en verdad, bastante justo.

La unanimidad de este criterio jurisprudencial, que ha subordinado la protección del segundo comprador inscrito y del titular registral en general a la existencia de buena fe por su parte, basado en la necesidad de proteger la confianza y de sancionar el fraude, ha contribuido poderosamente a generalizar el requisito de la buena fe como base de la protección registral. El tercero del artículo 34 necesita de buena fe por imperativo legal, y el tercero del artículo 32, por unánime doctrina jurisprudencial, que hoy consagra ya una auténtica doctrina legal en este sentido.

Al lado de esto, el Tribunal Supremo ha confundido técnicamente los conceptos de tercero y tercero de buena fe, al estimar que el tercero que conoce una situación jurídica previa no es tercero, sino parte en la misma. Una cosa es, obviamente, la cualidad de tercero, como ajeno a una relación o derecho frente a la cual es tercero, y otra que tal tercero tenga o no buena fe. De donde resulta la distinción entre tercero simple sin buena fe y tercero protegido con ella. Pero, a pesar de esa pequeña imprecisión técnica, el resultado real a que ha llegado el Tribunal Supremo por este camino ha sido igualmente justo.

(87) Vid. igualmente las sentencias de 11 de febrero de 1946, 30 de enero de 1960, 28 de marzo de 1961, 11 de mayo de 1962 y 19 de diciembre de 1964.

5) *La jurisprudencia de intereses.*

El método interpretativo de la jurisprudencia de intereses, tan fecundo en otras ocasiones, no resulta de fácil aplicación en este caso. La colisión de intereses se plantea aquí entre el primer comprador que no inscribe y el segundo comprador que inscribe pero conoce la primera venta. Porque si concurre buena fe en éste, ya no hay problema para su protección. ¿Cuál de esos dos intereses en pugna resulta prevalente para el legislador? Inicialmente, tan respetable resulta el interés de un adquirente como el del otro. Claro que el segundo cumplió otros requisitos formales de publicidad y garantía, y debe por eso ser más tutelado. Pero, ¿cuáles serán los límites de su protección? ¿Habrà que protegerle en todo caso frente al primero, y despojar a éste de su derecho previamente adquirido, sólo por que el otro cumpla con una formalidad, y aunque sepa que no podía ya adquirir válidamente por haber otro adquirente anterior? No parece. En el tráfico jurídico está vigente con carácter general la idea de proteger la confianza en la apariencia, de garantizar al ignorante inexcusable. Pero no más. Por otro camino, las formalidades legales se convertirían en causa de despojo y las normas legales producirán consecuencias sociales contradictorias con su finalidad. Parece más razonable pensar que el interés del segundo comprador que inscribe y cumple con ese requisito de publicidad sólo será preferido al del primero cuando desconozca las causas de su invalidez. La buena fe se nos aparece así, teóricamente hablando, como límite de la protección legal de los intereses en pugna dentro del tráfico jurídico.

6) *La interpretación sistemática.*

También nos parece difícil aplicar el método de interpretación sistemática al precepto que nos ocupa. Porque los artículos 32 y 34 responden a distintos principios y tienen diferente estructura técnica. No cabe una interpretación analógica del artículo 34 respecto al 32. No es posible la integración sistemática de ambas normas *a priori*, ni aplicar sin más los requisitos del artículo 34 al tercero del artículo 32. La integración vendrá *a posteriori*, después de perfilar el respectivo contorno de ambas normas en función de su

distinta naturaleza. Habrá que partir de la específica realidad de ambas, y sólo después podrán integrarse en una visión general de nuestro sistema, dando a cada una el puesto que le corresponde. El método de la analogía o el de la interpretación extensiva no parecen válidos respecto a la comparación del artículo 32 y el 34.

7) *La interpretación finalista.*

Quiero recordar la importancia de la interpretación finalista para la doctrina actual más autorizada.

Según don FEDERICO DE CASTRO: Interpretar es determinar por los signos externos el mandato contenido en la norma (88). Mediante la interpretación se busca el fin jurídico de la Ley; como ésta no es un fin en sí misma, sino una parte del plan jurídico de organización de la sociedad, se impone investigar el fin que tiene o le corresponde en el Ordenamiento, considerado éste en su totalidad (89). El procedimiento interpretativo adecuado a la naturaleza de las normas es, pues, el finalista o teleológico (90). La *interpretatio legis* supone o implica siempre una *interpretatio iuris* (91).

Tales afirmaciones, aparte la autoridad de quien las expresa, resultan hoy evidentes. Toda norma está dotada de sentido, tiene una finalidad organizadora dentro de la comunidad y al servicio de la misma. El descubrimiento adecuado de ese sentido normativo constituye la meta de la interpretación legal. Se habla así, dentro del fin jurídico en que se centra el contenido de la Ley, de un fin inmediato de la misma, o propósito organizador concreto, y otro fin mediato, general e implícito, de sumisión al bien común para la mejor realización social de la justicia (92).

Pues bien, ¿cuál es la finalidad, el fin jurídico de la norma contenida en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria?:

(88) *Derecho civil de España*, 2.^a edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, tomo I, pág. 446.

(89) Loc. cit., págs. 462-463

(90) Pág. 463.

(91) Pág. 463.

(92) DE CASTRO: loc. cit., pág. 461.

- | | | |
|--|---|--|
| α) <i>Históricamente</i> , el artículo 32 se nos aparece dotado de un triple fin. Ya lo hemos visto | } | 1. Sanción del que no inscribe y protección del inscribiente.
2. Falta de publicidad de lo no inscrito que no debe perjudicar al tercero que lo desconoció.
3. Preferencia derivada de la prioridad registral. |
|--|---|--|

β) *En la actualidad*, ¿cómo se valora esa triple finalidad del artículo 32?

Hay que no olvidar la relatividad histórica de la interpretación jurídica: un mismo precepto con idéntica expresión literal, en dos momentos distintos, puede ser interpretado de dos maneras diferentes. El Derecho es un fenómeno histórico, como la vida social que refleja, y como tal sujeto al incesante movimiento de la Historia.

La vida social es el caldo de cultivo en que el Derecho se desarrolla. Al cambiar las circunstancias económicas, sociales y culturales de una comunidad, cambiará también el repertorio de ideas de instalación de ese grupo social y la forma de resolver sus problemas. De ahí la importancia del reflejo social en cada momento de los institutos jurídicos. Por eso, la doctrina de los autores y la jurisprudencia influyen decisivamente en el rumbo que ha de tomar la interpretación y aplicación de las leyes en cada caso. Buen ejemplo de ello en nuestra Patria sería la teoría del abuso del derecho.

La interpretación es una tarea valorativa, axiológica. Y los criterios de valor, a nivel social, están sujetos a continua reelaboración. En esto consiste la vida de las colectividades. Lo cual no quiere decir que este movimiento se traduzca siempre en un progreso indefinido. Así, por ejemplo, la valoración social de los privilegios clasistas jurídicamente entronizados o del derecho de los trabajadores a la seguridad social, no pueden ser hoy igual que hace cien años (93).

La teoría de la voluntad de la ley está hoy totalmente superada en cuanto olvida el hecho de que son las tradiciones, las creen-

(93) La variabilidad de la interpretación resulta de la propia naturaleza del Derecho. La autoridad que da valor a la ley no es la del antiguo soberano, sino la de quien le mantiene hoy en vigor; la razón que justifica la ley no es el porqué se diera en el momento de su promulgación, sino el valor que tenga y conserve en el Ordenamiento actual, aquella en que pueda continuar sirviendo al bien común y a la Justicia (De Castro: loc. cit., pág. 462).

cias y las aspiraciones del pueblo las que animan y dan sentido a la ley (94).

Si aplicamos estas ideas fundamentales al caso que nos ocupa resulta que, a pesar de su dicción expresiva, sensiblemente idéntica, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria puede no significar lo mismo en 1967 que el artículo 23 en 1861.

En la actualidad, ¿cómo valora la comunidad española ese precepto? ¿Qué importancia se le concede en nuestro Ordenamiento? El problema es delicado, como ocurre siempre en materia de interpretación jurídica. El resultado depende, además, de la sensibilidad para la justicia del caso concreto que tenga nuestra sociedad.

A mi juicio, de los tres fines antes expuestos, el más firme y el que hoy se valora como primordial en nuestra comunidad es el segundo; es decir, que el tercer contratante o adquirente no debe ser afectado por las situaciones jurídicas carentes de publicidad en la medida en que no las conociera. Ni jurídica ni éticamente tiene hoy sentido entre nosotros que una persona quede inmune frente a derechos que conoce y cuya existencia le consta sólo porque sus titulares no hayan cumplido una específica formalidad estatal (la inscripción). El Registro es un instrumento técnico de publicidad. Nace para divulgar los derechos oponibles, para que éstos sean eficaces frente a todos sin engaño ni sorpresa de nadie. Crea una verdad formal, al margen de su posible correspondencia con la realidad material, precisamente para facilitar y garantizar el tráfico, para proteger la confianza del adquirente. Ahí está su destino y ahí el límite intrínseco de su protección. El Registro no es en nuestro país—ni puede serlo—el único medio de publicidad. Para que se sacrifique el derecho válido de un titular en beneficio de otro titular que en principio carecía de preferencia, parece necesario para nuestra mentalidad que el beneficiario sea persona honesta, no fraudulenta ni aprovechada. El fundamento de la protección del tercero está precisamente en su ignorancia o buena fe. De otra manera, el Registro que nace para poner coto a la mala fe y favorecer la confianza del tráfico, se convertiría en meca-

(94) *Ibid.*, pág. 449.

nismo amparador del fraude y la injusticia. En esa desdichada metáfora del burladero, demasiado bufa y despectiva para explicar lo que sea la realidad registral. Esta interpretación, que exige la buena fe en el adquirente para ser protegido, y que me parece evidente en el plano de la protección social y de la valoración de intereses, no es, por otra parte, más que la adaptación al tráfico inmobiliario de lo que siempre ha ocurrido en el de los bienes muebles: que sólo con buena fe puede protegerse al adquirente frente a quien no es dueño. Y sólo así es posible la seguridad jurídica en el cambio de mercancías o de bienes raíces sin lesionar la justicia ni crear la desconfianza. El fin último de la justicia posible, de acuerdo con la naturaleza de las instituciones y su perfil normativo, debe penetrar todas las soluciones del Derecho positivo.

8) *Las recientes tendencias interpretativas.*

Como complemento de lo dicho, quisiera aludir aquí a las más recientes teorías vigentes en el campo de la interpretación jurídica. Desgraciadamente, el tema es ancho y profundo, encierra múltiples matizaciones de no fácil formulación, y no podemos entrar en él ni siquiera en forma apresurada, para no alargar más este trabajo, ya demasiado extenso para su planteamiento inicial.

Baste con recordar, escuetamente, las siguientes teorías: la idea de confianza situada en base del Derecho (EMILIO BETTI) (95); la jurisprudencia principalista o los principios jurídicos de validez general (JOSEF ESSER) (96); la naturaleza de las cosas y los contenidos morales de la idea del Derecho (HELMUT COING) (97); la lógica jurídica como lógica de lo razonable (LUIS RECASENS SICHES) (98); el pensamiento jurídico como pensamiento tópico, asistemático, y la búsqueda de lo justo (THEODOR VIEHWEG) (99); la jurisprudencia

(95) *Teoria generale della interpretazione*, 2 volúmenes, Milano, 1955.

(96) *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961.

La teoría principalista (principios generales del Derecho) ha sido desarrollada en España por CASTRO Y BRAVO, VALLET DE GOYTISOLO, GARCÍA DE ENTERRÍA y Díez PICAZO.

(97) *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1961.

(98) *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, S. A., 2.ª edición, México, 1961.

(99) *Tópica y jurisprudencia* (traducción de Díez PICAZO), Taurus, Madrid, 1964.

de valoración, el Derecho natural relativo y las bases extralegales de valoración (KARL LARENZ) (100), etc.

En 1965, el profesor KARL LARENZ pronunció una conferencia en la «Sociedad de Estudios de Derecho» de Karlsruhe sobre el tema «Características que debe tener el perfeccionamiento judicial del Derecho», en la que alude al debilitamiento actual de los preceptos sobre la forma en base al fortalecimiento del principio de buena fe (101).

A través de todas estas teorías se descubre la necesidad de lograr la interpretación jurídica por encima de la letra—siempre deficiente—de los preceptos; partiendo de los principios básicos del Ordenamiento, que están muchas veces fuera y por encima de la propia ley, y de la naturaleza histórico-social de las instituciones en juego, de acuerdo con lo que, en cada caso y según el perfil de los problemas típicos planteados, resulte más justo y razonable para la convivencia social.

Históricamente, creo que la buena fe del artículo 32 fue pensada por los legisladores y estuvo vigente en la interpretación de la generalidad de los autores y de la jurisprudencia. Antes he tratado de demostrarlo con algún detalle.

Pero aunque así no fuera, aunque la Ley Hipotecaria de 1861 no exigiera buena fe para la protección del tercero—lo que me parece equivocado—, de todas maneras, la interpretación actual del precepto a partir de nuestra valoración social, después de la doctrina jurisprudencial y de la reforma legal de 1944-46, en base a las más recientes teorías interpretativas, debe conducirnos inexorablemente a la *necesidad de la buena fe para la protección registral del inmatriculante frente a lo no inscrito que contempla el artículo 32*.

Posible objeción: Si el segundo comprador que inscribe y conoce la primera venta cree que ésta carece de eficacia por no estar inscrita, de donde piensa que no le es oponible, y adquiere creyendo que es titular protegido. Se trataría de un error de derecho que no puede beneficiarle. Una cosa es la buena fe y otra la interpretación interesada en favor propio de las normas legales. Con

(100) *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1966.

(101) HANS STOLL: *La evolución del Derecho privado alemán durante el año 1965*, R. D. P., diciembre 1966, pág. 1.151.

doble motivo cuando la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento y cuando el Tribunal Supremo ha sentado reiteradas veces lo contrario.

9) *Refutaciones.*

a) NÚÑEZ LAGOS: Su argumento histórico creo queda desvirtuado con lo dicho. Aparte que la interpretación actual no puede limitarse a las ideas de 1861.

Según este autor, «la buena fe sólo juega en los modos de adquirir». Pero es que para mí, en el 32 hay adquisición a *non domino* o puede haberla.

β) TIRSO CARRETERO.

Dos argumentos principales a favor de su tesis: 1) Historia de la publicidad. 2) Derecho comparado.

1) La publicidad registral no es una constante histórica. La organización técnica de esa publicidad varía de unos sistemas a otros.

Por ello, hay que partir de la realidad de los hechos históricos en nuestra Patria, distinta a la de otros países.

Creo haber demostrado que, históricamente, la buena fe fue pensada como necesaria, y que la afirmación de que nuestro sistema del 32 era completamente latino resulta gratuita.

Tampoco me resulta convincente la afirmación, hecha por este autor, según la cual la buena fe entra en juego en la explicación filosófica de los sistemas registrales, pero no en la aplicación concreta de la protección. Porque, si esto es así, semejante explicación no sirve para nada e implica un fraude mental. La teoría es válida en la medida en que se construye sobre la realidad y sirve para explicarla e interpretarla. Si la buena fe sólo fuera un principio filosófico, sin aplicación real, no explicaría nada en los problemas jurídicos planteados y no valdría la pena dedicar tanto tiempo a su discusión. El problema subsiste, en este caso concreto que ahora nos ocupa, con toda su virulencia práctica. Por estimarlo así, hemos dedicado estas reflexiones a plantearlo, a través de los casos prácticos en que puede jugar, y a intentar resolverlo.

2) En relación con el Derecho comparado, creo muy importante la confrontación de las soluciones legales de otros países como información y ayuda para la adopción de las nuestras. No se puede establecer una inteligente política legislativa con desconocimiento de las leyes de otros países, sobre todo en estos momentos de tráfico internacional y de comunicación entre los hombres. Aunque sea a título estrictamente personal, no quiero silenciar mi participación como estudiante en los cursos de Derecho comparado, organizados por su Facultad Internacional. Por todo ello, me parece muy importante el estudio del Derecho comparado y creo no ser ajeno a este orden de preocupaciones.

Pero en Derecho privado, cada país tiene su sistema, fruto de su historia y de su desarrollo ulterior. Los problemas son los mismos, pero las soluciones técnicas distintas.

Esto se complica en nuestro sistema en que hay mezcla de normas latinas y germánicas. Nuestro Derecho hipotecario no es hoy igual que en 1861. Se observa mayor influencia germánica. En este sentido, me parece necesario afirmar la existencia de un *Derecho español del Registro de la Propiedad*. ¿Por qué querer aplicar a ultranza la interpretación de la inoponibilidad de Francia e Italia, si nuestro sistema registral no es sólo latino, si subsisten otras muchas influencias y, además, el criterio de no exigir buena fe no tiene explicación entre nosotros, ni histórica ni racionalmente?

La tercera postura de nuestro sistema (aunque no es cierto que en los germánicos la buena fe no sea requisito de protección por la inscripción constitutiva) es la peculiar de nuestra mentalidad jurídica. Será acertada o no. Ese es un tema de interpretación o de *lege ferenda* a discutir. Pero en ningún caso puede negarse la peculiaridad de nuestro sistema ni las importantes razones y causas que lo fundamentan.

Me opongo terminantemente a considerar que la buena fe prive a la inscripción de su eficacia y logre su desprestigio. Me remito a lo que dice LACRUZ sobre el automatismo formal del Registro. La justicia de cada caso es algo mucho más sutil y complicado que la eficacia a ultranza de la publicidad mientras no se llegue en Derecho legislado a la inscripción constitutiva. Toda protección legal tiene un límite. Y éste viene condicionado por la naturaleza del

instrumento protector y su fundamento. La *interpretatio legis* supone una *interpretatio iuris*. No se puede aislar la eficacia del Registro de la de otras situaciones jurídicas. Además, de que la presunción de buena fe no quita nada al Registro. Al titular le basta con inscribir sin más. Y el contradictor necesitará probar su mala fe.

Por lo demás, como señala PEÑA, tampoco es cierto que en el Registro francés, tan alejado del nuestro en tantos aspectos de su organización y efectos, sea irrelevante la mala fe del tercero. A través de la ampliación del concepto de fraude, la jurisprudencia niega la protección del tercero inscrito frente a lo no inscrito, cuando aquél tenía conocimiento del título anterior (102).

10) Dos *consecuencias* que se derivan de la necesidad de buena fe en el tercero del artículo 32.

a) *Práctica*: Sin buena fe no hay protección. El tercero que conoce una enajenación o un gravamen vendrá afectado por ellos en la medida en que los conociera. La inscripción a su favor no basta para hacer inexistentes frente a él otros derechos o cargas conocidas y no inscritas. La inoponibilidad de lo no inscrito sólo juega para proteger la ignorancia inexcusable del tercero. Pero la buena fe del tercero se presume en todo caso. Inicialmente la inscripción le protege frente a lo no inscrito. Salvo que el contradictor pruebe su conocimiento y mala fe. Entonces no entrará en juego la protección del artículo 32 por faltar uno de los supuestos de aplicación de esta norma.

Ejemplos: •

— Comprador que inmatricula por el 205 y conoce venta perfecta anterior. Aun después de pasar los dos años, debe quedar afectado y perjudicado por la titularidad del dueño anterior, primer comprador no inscrito.

¿*Quid* si conoce sólo venta en documento privado, no consumada por la tradición? Entonces, a mi juicio, el problema no llega

(102) La jurisprudencia entendía que el tercero podía resultar amparado (en virtud del principio de inoponibilidad de lo no inscrito) aunque adquiriera de mala fe, pero, en cambio, no sería protegido si fraudulentamente se concertó con el transmitente para despojar al primer adquirente. Prácticamente resultaba difícil imaginar supuesto de mala fe sin fraude, y últimamente la jurisprudencia califica de fraude al simple conocimiento del título anterior (MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés*, en esta REVISTA, noviembre-diciembre 1963, núms. 426-427, pág. 771).

a plantearse en los mismos términos. Porque sin tradición (real o simbólica) complementaria del documento privado de venta, no hay adquisición del dominio. No existe entonces preferencia entre dos derechos de propiedad incompatibles. Sólo cuando haya colisión de derechos reales, entra en juego la buena fe como criterio de protección. En contra, VALLET.

— Certificación administrativa de dominio del artículo 206 a favor del Estado o de un Ayuntamiento o de la Iglesia. Inmatriculación. Después de dos años, oponibilidad de lo conocido. Aunque mientras no se impugne, registralmente se puede disponer de la finca.

— Id. en caso de sentencia judicial que sitúe de título para la inmatriculación. Aunque aquí será más difícil que en el proceso no haya surgido, a instancia del contraductor, la alegación de mala fe y el problema de preferencia de fondo que ello plantea.

β) *Teórica*: La buena fe como requisito específico de protección del artículo 32. No analogía del artículo 34, sino estricta solución interpretativa del artículo 32 en función de su finalidad.

Si esto se acepta, la buena fe juega en los dos sistemas de protección registral del Derecho español: artículos 32 y 34, Buena fe no ya como requisito de la fe pública registral, o de un artículo, sino de todo el sistema: Requisito general en todo caso de protección registral. Y a partir de ahí puede configurarse como un principio general del Derecho registral. De donde resulta la aplicación al campo del Derecho registral, de un principio general del Derecho patrimonial del tráfico de bienes común a todo nuestro Ordenamiento, fundado en el Derecho natural.

Con lo cual, vamos del caso a la formulación del principio y no al revés.

11) Otros muchos *problemas* quedan pendientes de mis palabras:

1') ¿Buena fe como ignorancia o creencia?

2') ¿Excusable o inexcusable?

3') ¿Entraña diligencia por parte del protegido? La norma del artículo 36, «tuvo medios racionales y motivos suficientes para co-

nocer», ¿se aplica en todo caso o sólo en el contemplado por aquel artículo?

4') ¿Cabe usucapión contra el Registro de buena fe?

5') ¿En qué momento debe existir la buena fe?

6') ¿Cabe buena fe cuando se conoce compromiso de venta anterior y no venta consumada con efectos traslativos?

7') ¿Es necesaria la onerosidad para el tercero del artículo 32?

No hay tiempo para tratar todos estos temas ahora. Quede su consideración aplazada para otro momento posterior.

12) Conclusiones.

Si pudiéramos vertebrar todo lo dicho en un esquema unitario, las conclusiones a que llegaríamos serían las siguientes:

I. El artículo 32 y el 34 de la Ley Hipotecaria son normas heterogéneas, que responden a finalidades distintas y contemplan casos diferentes.

II. El artículo 1.473-2.º del Código civil no es más que la aplicación al caso concreto de doble venta de un inmueble del principio general de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito que sancionaba el primitivo artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

III. La importancia práctica actual del artículo 32 se vincula especialmente a la protección del inmatriculante.

IV. Históricamente, la buena fe se nos aparece en la mente de los legisladores, de los comentaristas y de la jurisprudencia del siglo pasado como requisito para que el tercero del artículo 32 resulte protegido.

V. Aunque así no fuera, la interpretación actual del artículo 32, de acuerdo con su finalidad, impone necesariamente esa exigencia de buena fe.

VI. La buena fe no es sólo requisito de aplicación del artículo 32 ó 34 de la Ley, sino principio general de toda la protección registral, como tal vigente en nuestro Derecho. Sin buena fe no hay protección.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA.

Registrador de la Propiedad.

Los arrendamientos y la extinción de servidumbre por el propietario

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.—III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA «REALIDAD», SU VALOR.—IV. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA PERSONALIDAD.—V. FALTA DE DERECHO REAL DEL ARRENDATARIO SOBRE LAS SERVIDUMBRES.—VI. LA POSIBLE CONDICIÓN DE TERCERO HIPOTECARIO DEL DUEÑO DEL FUNDO SIRVIENTE.—VII. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—VIII. APARIENCIA Y POSEDIBILIDAD DE LAS SERVIDUMBRES.—IX. LA NO POSEDIBILIDAD DE SERVIDUMBRE DE LUCES POR MERA APERTURA DE HUECOS EN PARED PROPIA.

I

PLANTEAMIENTO

El título del presente estudio apunta a un tema genérico: el del derecho del arrendatario de un inmueble urbano o parte de él a las luces y vistas (en sentido amplio) ante la disposición del propietario. Pero advierto desde ahora que lo redacté primero, en forma de dictamen, para un supuesto concreto, y que la somera revisión hecha en él para generalizar su contenido no pretende borrar este origen.

El supuesto en cuestión era (despojado de muchos detalles secundarios) el de una casa edificada—con ventanas—a dos metros de la linde que separa el solar propio del ajeno, y con una servidumbre a su favor de no edificar el solar ajeno en otros dos metros a contar de dicha linde. Los locales de negocio y pisos de la casa fueron arrendados luego. La servidumbre quedó extinguida más

tarde por contrato oneroso entre los dueños de los fundos; y el del antes sirviente pretendió edificar en toda la superficie del suyo, planteándose el problema del posible derecho de los arrendatarios del edificio antes dominante a la servidumbre extinguida.

Tanto la constitución como la extinción del gravamen se habían hecho constar en el Registro de la Propiedad.

Los términos del problema no varían si las ventanas abiertas en pared propia se hallan, sin distancia alguna, contiguas al fundo vecino. Aun en este caso, el planteamiento inicial es el mismo, porque, sea cual sea la distancia de la pared al límite del solar, siempre resultará que el derecho de luces y vistas sólo puede tenerlo el edificio en virtud de una servidumbre; nunca como resultado de la configuración normal del derecho de propiedad. Pues el contenido de la propiedad fundiaria sólo alcanza al fundo ajeno (contiguo) para impedir que en él se abran determinadas ventanas u obligar a que se cierren, pero no impide al vecino edificar en el límite del mismo clausurando las luces de nuestro fundo, cosa que únicamente puede evitarse mediante la constitución de la correspondiente servidumbre.

Por consiguiente, con ventanas alejadas o abiertas en la linde, lo decisivo es si el arrendatario tiene un derecho real sobre las *qualitates fundi* (en particular sobre los derechos de luces y vistas) competentes al arrendador en el momento de iniciarse el arriendo, de modo que la renuncia del propietario a tales derechos los deje intactos frente a quienes tienen sobre ellos una titularidad real. Pues caso afirmativo, la renuncia del dueño del fundo dominante no bastaría para extinguir la servidumbre frente a los otros titulares, de igual modo que, hipotecando el usufructo, la renuncia del usufructuario no daña al acreedor hipotecario.

A mi entender, la solución negativa se deduce del hecho de que el arrendamiento no crea en el arrendatario un verdadero derecho real; por tanto, no abarca, *erga omnes*, a las servidumbres constituidas en favor del fundo arrendado.

II

NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO. DOCTRINA
Y JURISPRUDENCIA

Ciertamente, en los contratos de arrendamiento de inmuebles protegidos por leyes especiales, que son hoy la gran mayoría, y en particular prácticamente todos los de inquilinato, hay unos caracteres de permanencia que faltan en la regulación del Código civil: el contrato se prorroga forzosamente; la transmisión de la finca a tercero, por cualquier título, no lo interrumpe en principio; el inquilino o arrendatario de local de negocio (desde ahora cuando mencione a uno deben entenderse aludidos ambos) tiene derecho, si la transmisión es onerosa, a retraer el local. Tales caracteres, con todo, ¿llegan a hacer al arrendatario titular de un derecho real?

La doctrina, en relación con el arrendamiento de cosas en general, se halla dividida, si bien siempre ha sido mayor el número de quienes consideran al derecho de arrendamiento de naturaleza personal, y tal es la tesis que sigue imperando en nuestro Derecho. Aun con relación a los arrendamientos inscritos, dicen PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER que «el contenido de los derechos del arrendatario no se altera por su inscripción, sino que únicamente quedan garantizados frente al adquirente ulterior. Por ello, no pierde el arrendamiento su naturaleza de relación meramente obligatoria». En términos más generales, ROCA SASTRE afirma que «desde el punto de vista de nuestra legislación civil es forzoso reconocer que el Código construye el derecho del arrendatario como derecho personal o de crédito» (*Derecho hipotecario*, III, pág. 39). Orientación que comparten CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil*, III, 2, Madrid, 1959, página 279) y COSSÍO y RUBIO (*Tratado de arrendamientos urbanos*, I, Madrid, 1949, págs. 359 y sigs.), mientras PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, II, 2, Barcelona, 1956, pág. 248), tras afirmar que la cuestión debe enfocarse desde el punto de vista de la conveniencia—en política legislativa, es de creer—de estar el inquilino protegido *erga omnes* o sólo frente al arrendador, no

resuelve la cuestión, y VALLET DE GOYTISOLO, en su *Hipoteca del derecho arrendaticio* (Madrid, 1954, págs. 8 y sigs.), llega a la conclusión de tener el arrendamiento un acentuado aspecto real, especialmente si es de los protegidos por leyes especiales.

En la jurisprudencia se distinguió durante mucho tiempo entre el arrendamiento inscrito o no (RR. 1-V-1886 y 2-III-1902; SS. 9-VI-1913, 23-VI-1927, 23-IV-1941 y 19-V-1952), concediendo carácter real, al menos relativo, al primero. En cuanto al arrendamiento protegido, la S. 18-III-1959 afirma que «no ostenta el carácter de un derecho real del cual derive la correspondiente acción ejercitable contra todo tercero que lo desconozca, ya que la relación inmediata y directa de la persona con la cosa que caracteriza al derecho real no se da en el contrato de arrendamiento con plena autonomía, sino que el arrendatario precisa de la actuación del arrendador para hacer efectivo su derecho» (también S. 20-II-1960). Frente a esto, la S. 8-V-1958 (Social) afirma incidentalmente el acusado carácter real del contrato de arrendamiento protegido, ya que vincula al arrendatario con la finca de modo directo, con abstracción de la persona que sea su titular, y la S. 21-II-1958 (según dice CASTÁN, «abandonándose a la generalización») proclama que los Tribunales y la doctrina científica entienden que la prórroga indefinida del contrato altera la esencia del arrendamiento, transformándolo en un derecho real con desnaturalización de las condiciones que le son inherentes, convirtiéndole en una figura de derecho difícil de calificar.

III

ANALISIS DE LA CUESTION. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA «REALIDAD»: SU VALOR

En mi opinión, la cuestión de la condición real o personal del derecho del arrendatario ha de plantearse no, como pretende PURG BRUTAU, desde el punto de vista subjetivo de qué sea lo más conveniente, sino desde el punto de vista, ya objetivado, de cuál sea la valoración de intereses hecha por el legislador en orden a este problema.

Y en esa línea pienso que la equiparación entre el derecho del arrendatario y un derecho real típico es opuesta a la mente del legislador y al sistema de la ley, la cual disciplina el arrendamiento no como un contrato creador de *iura in re aliena*, sino de un tejido de obligaciones personales, siquiera la posición del arrendatario haya ido adquiriendo una amplitud en cuanto a su duración y una firmeza en cuanto a su inherencia a la finca que le comunican cierta apariencia, por lo demás, muy relativa, de derecho real.

Muy relativa, porque la ley ha querido que esa permanencia y esa inherencia se actúen como derechos personales frente al propietario de la finca. Por eso la LAU habla de «prórroga del contrato» y de «sucesión» en la posición de arrendador y no de un derecho duradero sobre la cosa arrendada. El resultado final buscado por la ley se resuelve, ciertamente, en una incidencia sobre la cosa, pero a ella se llega combinando la posesión del arrendador (protegida por los remedios posesorios) con el mantenimiento de las relaciones contractuales frente a la persona del propietario de la finca, sea éste quien fuere, que asume *ope legis* la posición de arrendador en el contrato de arrendamiento. O sea, una posición que se determina *propter rem*, dando así reflejamente un cierto tinte de *ius in re aliena* al del arrendatario, pero sin que el medio técnico empleado por el Derecho para conseguir el resultado práctico de la estabilidad del colono o inquilino sea la creación de un poder inmediato sobre la cosa arrendada.

Por lo demás, tampoco se ve cómo el mero hecho de la permanencia podría fundamentar tal poder inmediato: se trata de una inferencia justificada sólo por el *quod plerumque accidit*; por el hecho de que ordinariamente los derechos reales son de duración indefinida, mientras los de obligación suelen hallarse temporalmente muy limitados (no siempre: piénsese en una renta vitalicia reversible al hijo y al nieto del contratante). El argumento así planteado carece de valor probatorio: de una parte, la mera duración no es elemento necesario ni suficiente para caracterizar al derecho real; de otra, tampoco lo es la posibilidad de operar directamente sobre el inmueble, en virtud del contrato antecedente y de la posesión arrendaticia. Mayor significación tiene, en este orden, la persistencia del arriendo cuando circula la cosa a través

de diversos propietarios. Esta persistencia se justifica por la traslación forzosa de la posición contractual de arrendador; pero ¿qué explicación damos, entonces, para esa subrogación involuntaria en posiciones contractuales ajenas?

Los otros argumentos en favor de la *realidad* del arrendamiento no son consistentes. El retracto arrendaticio, aunque sea un derecho real (yo creo que lo es, como todo retracto), no exige que su fuente lo sea; no hay razón institucional que impida conceder el retracto a quien sólo, tiene relación personal con la cosa, y así sucede, por ejemplo, con el retracto gentilicio. Y la inscribibilidad de ciertos arrendamientos no podría servir de argumento para mantener que todos son derechos reales, de igual modo que la exclusión de otros del Registro no permite demostrar (ella sola) que ninguno lo sea. En verdad, la admisión en el Registro parece exigida, más que por una supuesta naturaleza real del arrendamiento, por la finalidad puramente práctica de garantizar la continuidad del mismo mediante la asunción de la situación de arrendador por el adquirente; finalidad que las leyes especiales, al dar eficacia al arrendamiento sometido a ellas frente a los sucesivos adquirentes sin necesidad de inscripción en el Registro, han venido a llenar con mayor energía y eficacia, haciendo casi inútiles las anteriores precisiones legales. Y si pensamos que en el Registro caben situaciones personales a las que se pretende dar eficacia *erga omnes* (las de incapacitación), concluiremos que el arrendamiento constituye una excepción al monopolio del Registro por los derechos reales, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria separa netamente, al enumerar los títulos materiales que tienen acceso a los libros, de una parte, aquellos traslativos o declarativos de los derechos reales sobre inmuebles (1.º), y de otra, «los contratos de arrendamiento», etc. (5.º).

IV

ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA PERSONALIDAD

Los argumentos favorables a una consideración de principio del arrendamiento de inmuebles como derecho personal son bastante sólidos. No lo es, desde luego, el que la posición de arrendatario nazca de un contrato, pero sí el que, a través de la regulación legal, quede patente que aquella posición carece de suficiente incidencia sobre la cosa como para dar nacimiento a un derecho real. La posición de arrendatario sigue procediendo en cada momento del contrato que le dio origen, y que continua cumpliéndose y produciendo efectos mientras persiste el arriendo, al contrario de los contratos que crean o transmiten derechos reales, y cuyo cumplimiento es instantáneo en lo esencial. De aquella divergencia deriva que el arrendamiento no pueda abandonarse como los derechos reales, y si únicamente extinguirse con el contrato, al vencer el plazo o una de las prórrogas. De ahí igualmente la extinción del inquilinato por obras incontinentidas, aun mínimas: especial aplicación de la regla *salva rerum substantia*, que no tiene parangón en el usufructo. E igualmente la necesidad de contar con la voluntad del arrendatario para la cesión de vivienda; tipo de arrendamiento (el de vivienda) en el cual, sin embargo, la continuidad del poder del inquilino sobre la cosa se muestra con la máxima intensidad (en la cesión de local de negocio recuérdense la notificación y la participación o retracto del dueño).

Al arrendamiento, como dicen Cossío y RUBIO, le falta el elemento interno del derecho real: el arrendatario carece de poder inmediato y autónomo suficientemente intenso sobre la cosa arrendada. En principio, la aprovecha gracias a la prestación continuada del arrendador, quien debe realizar en la cosa arrendada las reparaciones (art. 1.554, 2.º), mantener el goce pacífico (artículo 1.554, 3.º) y remover toda perturbación que no sea de mero hecho (art. 1.560).

Cierto que los deberes de reparación obligan a todo propietario

sucesivo (VALLET, pág. 26), pero nótese cómo la fuente de esas obligaciones sigue siendo el contrato, con independencia de la cosa, de modo que el dueño no se libera de ellas abandonando ésta en manos del arrendatario. Incluso en tema de responsabilidad por vicios de la cosa, donde el artículo 1.553¹ remite a las normas del contrato típico transmisivo del derecho real de propiedad, la compraventa, el régimen practicable es notoriamente distinto a causa de la falta de realidad del derecho del arrendatario; debido a ella, éste no es demandado ni citado de evicción y, por tanto, no es parte en el pleito (MANRESA, *Comentarios*, tomo XI, página 459), y ni siquiera parece que el arrendamiento inscrito prevalezca sobre los derechos anteriores a él no publicados por el Registro.

Correspondiendo a esta naturaleza personal del derecho del arrendatario, las acciones que lo defienden son también acciones personales, que prescriben en el plazo señalado para las de esta clase por el Código civil. La subrogación legal y forzosa de los sucesivos adquirentes en la posición de arrendador podrá influir sobre la legitimación pasiva, designando al demandado, pero no confiere realidad a la acción, que es siempre frente al dueño, como vinculado por el contrato. Quedan aparte, desde luego, los interdictos, que competen al inquilino por su condición de poseedor, como al comodatario, al precarista y, en general, a cualquiera que posea a título obligacional y sin arrogarse derecho real alguno (mientras no se trate de un servidor de la posesión ajena); tales acciones, así, nada arguyen en favor del carácter real del arrendamiento, como tampoco arguyen las acciones destinadas a defender frente a cualquier tercero que la ataque la posición nacida del contrato y subsistente por él; todo contratante puede hacer lo mismo: el comodatario, el mandatario, el titular de un derecho obligacional de opción, etc. Ciertamente, como dice MANRESA, «cuando se discute el derecho de arrendamiento en si mismo, no cabe negar al arrendatario su derecho de atacar y defenderse contra quienquiera que lo pretenda, citando en su caso de evicción al arrendador a los efectos del saneamiento». Pero piénsese que esta defensa no es distinta de la de otras posiciones contractuales, y que el saneamiento pertenece a la compraventa en cuanto contrato transmisivo oneroso, mas no necesariamente creador de .

derechos reales (también tendría lugar si el objeto comprado fuera un crédito o una renta vitalicia, o si se transmite el uso, etc.).

Obsérvese, asimismo, cómo el arrendatario no está legitimado para defender el uso y disfrute de la cosa arrendada en mayor medida y con acciones más enérgicas de las que pueden corresponder a cualquiera que tenga ese uso o disfrute, o ambos, por otro título obligacional.

La distinción entre las acciones reales, que sólo corresponden al propietario, usufructuario, etc., y las interdictales, se desprende de la comparación entre los artículos 1.559, 1.º, y 1.560 del Código civil. Aquél, al decir que «el arrendatario está obligado a poner en conocimiento del propietario, en el más breve plazo posible, toda usurpación o novedad dañosa que otro haya realizado o abiertamente prepare en la cosa arrendada», muestra cómo es el propietario el legitimado *y obligado* para defender la cosa frente a quien se atribuya derechos sobre ella en pugna con los suyos propios cedidos al arrendatario en goce. Mientras que el segundo dispensa al arrendador de «responder de la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador».

La posibilidad del arrendatario de mantener su derecho contractual frente a, por ejemplo, otro arrendatario que trae causa del mismo dueño, no figura expresamente en el Código civil, si bien es innegable y, en todo caso, carece de cualquier significación para el problema que estamos examinando.

Un último argumento en favor de la condición obligacional del arrendamiento nos lo suministra su condición de acto de mera administración, que para los arrendatarios ordinarios deriva del artículo 1.548 del Código civil, y para los urbanos protegidos, además, del artículo 57 *in fine* LAU (prórroga de los arrendamientos concluidos sin fraude para el usufructuario). Si el arrendamiento fuera un derecho real, su constitución sería (como la de un usufructo o servidumbre) un acto de riguroso dominio, y ni podría realizarse por una mayoría de copropietarios—y menos por un simple administrador—ni persistiría el otorgado por un usufructuario tras la extinción del usufructo.

V

FALTA DE DERECHO REAL DEL ARRENDATARIO
SOBRE LAS SERVIDUMBRES

Queda claro, en conclusión, que la *realidad* del derecho del arrendatario se reduce en los arrendamientos protegidos a la continuación de la posición de tal frente a los sucesivos propietarios. Este es el carácter diferencial con los otros contratos que proporcionan por modo obligacional el uso o disfrute de las cosas y su posesión. Por lo demás, evidentemente, la posesión no denuncia inequívocamente la presencia de un derecho real definitivo.

Según esto, de los dos caracteres—interno y externo—que la doctrina presenta como típicos del derecho real, a saber, la inmanencia y la oponibilidad *erga omnes*, ninguno reside completamente en el arrendamiento. Hay cierta inmanencia, cierta influencia directa sobre la cosa, pero debida a la posesión arrendaticia (la cual sí es un derecho real, como toda posesión *ad interdicta*, cualquiera que sea el título que la justifique o delimite). Y hay oponibilidad, mas no *erga omnes*, sino frente a los sucesivos adquirentes de la finca.

Ahora bien, ¿qué se puede oponer a esos sucesivos adquirentes de la finca? ¿La relación inmediata de uso y disfrute de la cosa? No; ésta sólo resiste a las perturbaciones de mero hecho. Lo que se les opone es el contrato de arrendamiento, y precisamente por la condición de arrendatarios que han asumido forzosamente en el acto de la adquisición.

Nos hallamos, en definitiva, ante un derecho que por su tendencial larga duración, por su localización en una cosa y por su continuidad a través de los cambios de arrendador y arrendatario se presta a ser manejado, en ciertos aspectos, como un derecho real (por ejemplo, embebido en el concepto de *establecimiento mercantil*, puede ser objeto de hipoteca mobiliaria, porque se estima suficiente que la obligación persista a través de sucesivas transmisiones de la finca arrendada; sin perjuicio de que un simple tabique levantado por el arrendatario eche abajo, con el arren-

damiento, todo el edificio de la hipoteca). Mas, en cualquier otro aspecto, no determina la sujeción inmediata y directa de la finca. Continúa vigente el concepto romano de la *locatio conductio* como productora de una simple obligación del propietario de facilitar el uso y goce del bien arrendado. Lo que pasa de un propietario a otro es la obligación (con otras relaciones): una obligación contra cuya infracción sólo puede reclamarse mediante acciones personales.

Así, si el propietario realiza actos en perjuicio del arrendamiento, el arrendatario tendrá acción personal contra él y podrá hacer valer el contrato contra cada sucesivo adquirente, pero sólo a través del dueño que por tiempo fuere tendrá acción contra los terceros que perturben su uso y goce por algún título jurídico. Tal es el significado del artículo 1.560, 2.º, del Código civil, según el cual «no existe perturbación de hecho cuando el tercero, ya sea la Administración, ya un particular, ha obrado en virtud de un derecho que le corresponde». De donde, relacionando este párrafo con el primero del propio artículo, resulta que el arrendatario carece de acción directa contra el tercero que perturba su goce de la cosa arrendada, si dicho tercero opone al título arrendaticio otro de rango superior: el inquilino sólo puede defenderse directamente contra quien realiza un ataque de puro hecho, sin título efectivo, o contra quien discute su título arrendaticio.

En suma: el inquilino, al carecer de derecho real, no puede combatir los títulos reales ajenos, para lo cual precisa la colaboración del propietario-arrendador. Y el que el propietario renuncie a una servidumbre activa de luces y vistas, en hipótesis podrá significar un daño jurídico para los inquilinos de su casa, pero sin que éstos tengan acción real contra el vecino y si sólo acción personal contra el propietario-arrendador, quien no pudiendo reparar el daño *in natura* (pues no puede obligar a su vecino a que renuncie a construir) habría de indemnizarles. La supuesta infracción se hallaría tipificada en el artículo 1.557 del Código civil, a cuyo tenor «el arrendador no puede variar la forma de la cosa arrendada».

Cabría objetar a esto que si los inquilinos, al vender el dueño la casa, conservan intacto su derecho arrendaticio, lo mismo debe ocurrir en las enajenaciones de menor monta, de modo que con-

servasen su derecho al mantenimiento del *statuo quo ante* frente al propietario del fundo vecino gravado con servidumbre. Pues de lo contrario se ponía en manos del arrendador un arma poderosa para hacer ineficaz el contrato.

Mas esta interpretación retorná por otros caminos a la ya rechazada caracterización del derecho arrendaticio como deecho real. La LAU (art. 57) se limita a ordenar la prórroga del contrato, «aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones». Y el dueño del fundo contiguo favorecido por la renuncia no sucede al arrendador, el cual continúa siéndolo. La responsabilidad de los actos perjudiciales de dicho arrendador podrán hacerla efectiva los inquilinos contra él por via de una acción de indemnización de daños, pero nunca contra un tercero que no está vinculado con ellos por contrato alguno, que no tiene, por tanto, obligación personal de mantenerles en el goce de la finca, y frente al cual, no siendo los inquilinos titulares reales, carecen de acción.

VI

LA POSIBLE CONDICION DE TERCERO HIPOTECARIO DEL DUEÑO DEL FUNDO SIRVIENTE

Aunque se entendiera que el arrendamiento es fundamentalmente un derecho real, para que la extinción de una servidumbre, pactada mediante contrato oneroso, fuera inoponible por el dueño del antes fundo sirviente frente a los inquilinos, el arrendamiento debería estar inscrito en el Registro de la Propiedad; de otro modo, dicho arrendamiento no inscrito, no perjudica a tercero (artículo 32 de la Ley Hipotecaria) sino en la medida estricta en que la ley ordena la asunción de la posición de arrendador por cualquier sucesivo adquirente del inmueble arrendado.

No es esa la posición del dueño que se limita a pactar la extinción de una servidumbre con quien en el Registro aparece con facultades para ello, y que, al inscribir, tiene la condición (salvo prueba de su mala fe) de tercero hipotecario. Ocurre igual que si el predio dominante, en lugar de ser dado en arriendo, se hubiera

gravado con un usufructo, que es un derecho más enérgico, y no se hubiera inscrito el gravamen. No sería preciso, en mi opinión, hacer constar el usufructo, a efectos de la titularidad usufructuaria sobre la servidumbre activa, en el folio del predio sirviente, pues la simple constatación en él de una servidumbre *predial* pasiva equivale a una remisión al folio del fundo dominante, que es el que designa el titular o titulares legitimados en cada momento para disponer del gravamen. Pero si, evidentemente, la constancia de cualquier derecho limitado sobre el fundo dominante que tenga relación con la servidumbre, en el folio del mismo, es indispensable para precaverse contra los actos de enajenación de su dueño.

No se alegue, entonces, la falta de inscribibilidad del derecho de los arrendatarios por plazo anual o en periodo de prórroga, porque tal falta no es sino una demostración palmaria de que no tiene la condición de derecho real.

Tampoco cabe alegar sin pruebas la mala fe del dueño del predio que fue sirviente, a quien no puede forzarse a la búsqueda de unos hipotéticos arrendatarios para que consientan la extinción de la servidumbre en la medida que a ella tengan derecho, según las condiciones del contrato privado de arrendamiento.

VII

LA INTERPRETACION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Hay, además, otra dificultad que oponer al derecho real del inquilino sobre las servidumbres cuando son no aparentes, y es lo dudoso de que el arrendamiento de la finca se haya verificado sobre la configuración jurídica real de la misma, y no con su configuración aparente. A falta de otra mención en el contrato, parece que la voluntad de las partes debe entenderse dirigida hacia esta última, y no comprendiendo en el arrendamiento, salvo prueba en contrario, circunstancias que, de una parte, no se contemplan en la realidad tangible, y que, de otra, es improbable que conocieran los interesados. Consiguientemente, las ventanas abiertas a dos metros o más, carecen de valor indiciario de una voluntad contrac-

tual dirigida al arrendamiento de un derecho de no edificar el solar inmediato.

Y no se diga que la inscripción de servidumbre en el Registro de la Propiedad protege al arrendatario. El Registro, frente a los arrendatarios, no tiene sino mera eficacia de publicidad fáctica, pues la protección registral plena tiene lugar sólo frente a los terceros adquirentes que inscriben (arts. 34 y 40 de la Ley Hipotecaria), sin que en la expresión «tercero» se encuentren comprendidas otras personas, y en particular los acreedores del transmitente o los que adquieren sin inscribir en el Registro. Tampoco podría aprovechar a los arrendatarios la presunción de exactitud del folio registral proclamada por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, presunción que aquí es innecesaria, pues nadie discute la exactitud del folio, que, desde luego, está de acuerdo con la realidad jurídica. Aquí lo que se discute es si se han incluido en el contrato las servidumbres activas de la finca que no vienen denunciadas por una apariencia inequívoca, y esta inclusión o exclusión es algo que depende de la concorde voluntad de los contratantes. El Registro manifiesta que existen tales servidumbres en favor del fundo, pero no podemos deducir de la inscripción (porque sería un medio inadecuado para ello) la voluntad del dueño o la del arrendatario de que tales servidumbres se consideren incluidas en el contrato de arrendamiento. Para que a estos efectos valiera el artículo 38, sería necesario partir de una presunción inexistente de conocimiento del Registro por todos los que, sin tener la condición de tercero hipotecario, contratan con el dueño del fundo dominante, y tras ello restaría por demostrar que él y sus inquilinos quisieron incluir en el contrato de arrendamiento la servidumbre.

Mas no sólo a los efectos de la inclusión presunta en el contrato de arrendamiento interesa examinar si, dada la situación fáctica, hay sobre el terreno, y con independencia de los pactos constitutivos o extintivos que hayan podido tener lugar entre los propietarios colindantes, una apariencia de servidumbre. Pues la respuesta afirmativa entrañaría la existencia de una servidumbre *poseída* por los arrendatarios y, por tanto, susceptible de ser defendida por éstos mediante los interdictos (al menos los de retener y recobrar).

VIII

APARIENCIA Y POSEDIBILIDAD DE LAS SERVIDUMBRES

Las ventanas abiertas en muro propio sin guardar las distancias prevenidas en el artículo 582 del Código civil son signo aparente a los efectos de la constitución de servidumbre «por destino del padre de familia», configurada en el artículo 541. Es decir, que cuando se vende el fundo edificado y se retiene el solar contiguo o viceversa queda constituido el gravamen.

Mas la mera existencia de un signo de esta clase ¿implica, además, posesión de la servidumbre?

El artículo 532 del Código civil define las servidumbres aparentes como «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas», y para el 533 «se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa, la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre». En principio, parece que la mera prohibición de hacer algo impuesta al dueño del fundo sirviente no podría estar demostrada por ninguna apariencia funcional (signos externos que revelan el uso y aprovechamiento de la servidumbre, según el artículo 532).

A primera vista, entonces, los conceptos de apariencia y negatividad son antitéticos, pues lo que caracteriza a la servidumbre negativa es que en ella la utilización del fundo sirviente consiste sólo en cierta inactividad por parte de su propietario, es decir, en la abstención del ejercicio de alguna de las facultades normalmente contenidas en su derecho de propiedad, abstención que en este caso constituye la sustancia de la utilidad asegurada por la servidumbre. De ahí que la doctrina italiana entienda que las servidumbres negativas no pueden ser aparentes, puesto que la inactividad recíproca que las caracteriza no es compatible con la existencia de un signo aparente de servidumbre.

Mas este punto de vista no puede ser el del Código civil español,

que admite de modo expreso la existencia de servidumbres negativas y aparentes a la vez cuando, al hablar en el artículo 538 de la usucapión de las servidumbres continuas y aparentes, previene que, *cuando tales servidumbres sean negativas*, el tiempo para la prescripción comenzará a contarse «desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal al del sirviente, la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre». De donde está claro que en la concepción legal hay servidumbres aparentes y negativas, en las cuales la apariencia no denuncia inequívocamente la existencia de la servidumbre, pues para que empiece a contar la prescripción es preciso algo más (el acto obstativo).

Estas servidumbres, entonces, aunque legalmente se consideren como aparentes, *no son objeto de posesión* por el mero hecho de su apariencia: se trata, en la concepción legal, de una tenencia tolerada y, por tanto, incapaz para constituir verdadera posesión ni *ad usucapionem* ni *ad interdicta* (art. 444 del Código civil) mientras no se elimine el vicio de la tolerancia.

En esta línea parece hallarse la jurisprudencia, según la cual en las servidumbres de luces y vistas hay que distinguir entre los huecos practicados en pared propia y sin voladizos, y los hendidos en pared medianera o provistos de voladizos que caen sobre el fundo sirviente. Los primeros son signos de una servidumbre negativa, y los segundos, de una positiva. La distinción persiste en las sentencias más recientes (por ejemplo, 19 de junio de 1951, 9 de febrero de 1955, 8 de junio de 1962, 2 de octubre de 1964 y 6 de mayo de 1965).

IX

POSIBLE EXPLICACION DE LA NO POSEDIBILIDAD DE SERVIDUMBRE POR MERA APERTURA DE HUECOS EN PARED PROPIA

Con la introducción de las servidumbres negativas dotadas de apariencia, el Código civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han constituido un *tertium genus* entre las servidumbres pura y absolutamente negativas, no aparentes y no susceptibles

de posesión y usucapión, y las servidumbres positivas, aparentes, y cuya mera apariencia manifiesta automáticamente su existencia (al menos supuesta) y su posesión, dando inicio a la prescripción adquisitiva y la protección interdictal.

Ese *tertium genus* se caracteriza por una disociación entre los conceptos de apariencia y de posedibilidad jurídica, basada, sin duda, en una presunción de tolerancia. Presunción, por cierto, de justificación discutible en el Derecho actual, en el cual la existencia de una especial ordenación de las relaciones de vecindad, y en particular de las distancias para huecos, hace que ya no sea ahora lícito todo aquello que el propietario quiera realizar en su fundo, y en el caso presente, que no sea lícito abrir huecos en las paredes contiguas a finca ajena (en la regulación del Código civil) sino con sujeción a muy estrictas condiciones. De modo que en la actual servidumbre de luces y vistas rectas a menos de dos metros hay también un *soportar*, un *dejar hacer* del propietario (es decir, la apertura de ventanas a distancia no permitida), que debería proporcionar a dicha servidumbre la condición de positiva. Una ventana construida en una pared situada a un metro del fundo vecino no representaba en el ordenamiento clásico romano sino un desarrollo normal de los derechos del propietario y en nada afectaba al dueño vecino, el cual podía edificar en el límite mismo de su finca, salvo que se hubiera constituido una servidumbre *ne prospectui officatur*. La ventana no era signo aparente de una servidumbre, como no lo es hoy una ventana para vistas rectas abierta a tres metros del fundo vecino. En cambio ahora, la ventana abierta a un metro, o responde a una servidumbre, o es una transgresión de las normas sobre vecindad que el propietario contiguo no tiene por qué soportar.

Para justificar, frente a esos datos, la actitud del Tribunal Supremo tendríamos que prescindir de la fundamentación de sus sentencias y pensar que en el concepto de *apariencia* entran dos clases de signos: los inequívocos y los relativamente equívocos. A esta segunda clase pertenece la apertura de ventanas a distancia menor de la legal, que se reputa acto meramente tolerado, y por tanto:

a) De una parte, no denuncia inequívocamente la existencia de la servidumbre; y

b) De otra, no afecta a la posesión hasta que se produzca el acto obstativo frente al dueño del fundo que puede resultar gravado.

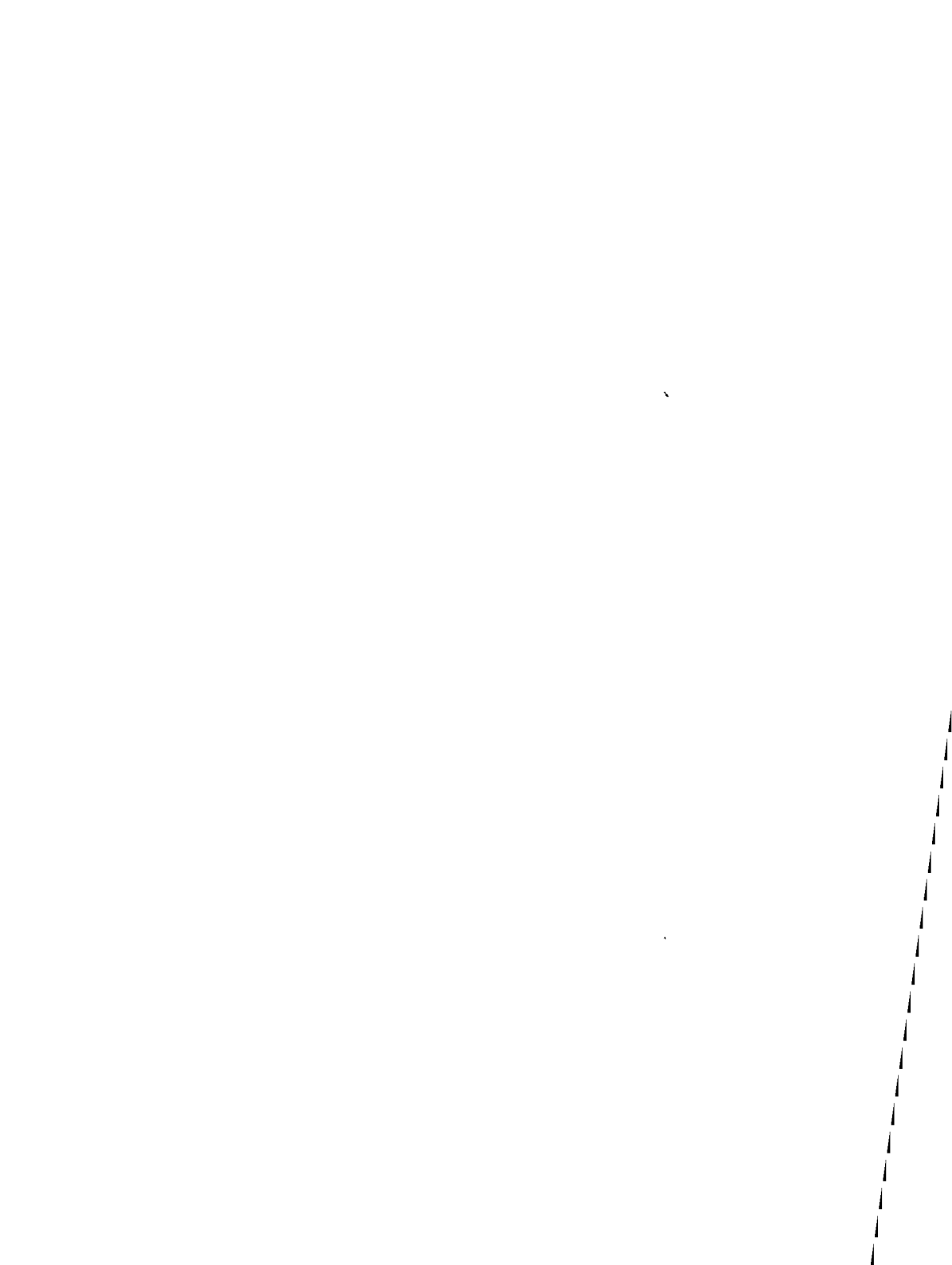
Se trataría de una tolerancia precaria, de actos que se pueden reprimir en cualquier momento pidiendo su rectificación (el cierre de las ventanas); tolerancia en su sentido más propio, destinada a impedir que los actos de apertura de huecos importen la posesión (conforme al art. 444 del Código civil, los actos meramente tolerados no afectan a la posesión) y aprovechen para la usucapión (pues de esa utilidad les priva el art. 1.942 del Código civil). Frente a la apertura de los huecos cabe reaccionar en cualquier momento; pero si nada hacen, una vez abiertos, ni el propietario del fundo presuntamente dominante ni el del presuntamente sirviente, no por eso se pierde la oportunidad de pedir en cualquier momento la clausura de las ventanas ni el que las abre adquiere ningún derecho a mantenerlas mientras no se produzca el llamado «acto obstativo» y transcurra luego el tiempo legal. Igual que en el caso del artículo 581 (las llamadas luces de tolerancia), hasta ese momento ni se inicia la adquisición de la servidumbre ni se inicia la pérdida de la posibilidad de obstruir las aberturas; la diferencia con dicho supuesto reside en que el colindante, en el caso de la pared medianera, si bien puede tapar las luces de tolerancia construyendo, no puede, en cambio, obligar a que las suprima el copropietario de la pared en que se hallan practicadas, el cual tiene así un derecho a mantenerlas abiertas mientras no se alce el edificio contiguo.

La explicación, desde luego, no es muy satisfactoria. Sigue sin justificar la consideración, como negativas, de las servidumbres de luces y vistas cuando se infringe la reglamentación de distancias del artículo 582; en último término tendríamos que acogernos a la artificiosa tesis de MANRESA, que contempla aquí una servidumbre negativa (la de no edificar sobre el fundo vecino), unida a otra positiva (la de soportar las vistas y, en general, la apertura de huecos), ambas aparentes en cuanto que existe un instrumento de la servidumbre, pero—y esto ya no lo dice el autor—un instrumento cuya apariencia resulta destruida por su propia equivocidad.

El que contempla los huecos no puede por ese solo hecho deducir la existencia de la servidumbre (constituida o en vías de usucapión).

Mas lo uniforme de la jurisprudencia nos permite afirmar que en la práctica los huecos en pared propia no engendran posesión y, por tanto, ni significan para el arrendatario la existencia de servidumbre, ni le legitiman para el interdicto.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.



La adquisición a “non domino”

SUMARIO: *Planteamiento. Teoría de la adquisición a «non domino»*.—I. *Concepto*. A) El *non dominus*. B) El tercero. C) Presupuesto para la adquisición.—II. *Origen y Derecho comparado*. A) Idea general. B) Derecho romano. C) Derecho germánico. D) Evolución posterior. E) Derecho comparado.—III. *Clases*. A) La apariencia de derecho. B) La posesión de buena—IV. *Naturaleza*. A) Adquisición derivativa. B) Adquisición originaria. C) Posición aceptable: MENGONI.—LA ADQUISICIÓN A «NON DOMINO» EN EL DERECHO ESPAÑOL.—I. *Su posibilidad*.—II. *A. N. D. derivadas de la apariencia*. A) Simulación. B) Poder revocado. C) Heredero aparente. D) El tercer adquirente de bienes inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 34 LH). *a)* Tesis de la irreivindicabilidad. *b)* Tesis de la A. N. D. *c)* Tesis mixta. *d)* Nuestra opinión.—III. *A. N. D. derivadas de la posesión*. A) Inmuebles. Usucapión abreviada. B) Muebles. El artículo 464 del Código civil.—IV. *Examen especial del artículo 464 del Código civil*. A) Precedentes. B) Interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. 1. Presunción de título apto para usucapir. 2. Adquisición a *non domino*. 3. La reivindicación mobiliaria. 4. Presunción de propiedad. 5. Nuestra opinión.—V. *Posibilidad de una teoría general de la A. N. D. en el Derecho español*.

PLANTEAMIENTO (1)

Es principio general, desarrollado sobre todo en la doctrina germánica, que el negocio dispositivo, para ser eficaz, requiere no sólo la concurrencia de los elementos constitutivos y de los presupuestos de existencia y de validez del negocio, sino de otros elementos extraños a la estructura del mismo. Tales elementos se distinguen en voluntarios—*conditiones facti*—y legales. Los últimos, a su vez, pueden ser *condictiones iuris* y presupuestos de eficacia. El elemento más importante de esta clase de presupuestos de eficacia que nos interesa destacar aquí es el de la titularidad del derecho por

(1) Este trabajo fue redactado como tema de oposiciones entre notarios: y se publica tal como fue escrito, sin *addenda*s ni correcciones

parte del disponente o, excepcionalmente, la autorización en sentido lato de éste para disponer. Dándose esta circunstancia, el negocio resulta eficaz y el adquirente deviene *dominus* del derecho transmitido.

La doctrina moderna se ha planteado el problema de la eficacia de un negocio dispositivo en el que el transferente no sea titular del derecho ni esté autorizado por éste para su disposición. En principio, tal negocio, aun siendo válido, por concurrir en él todos los elementos de existencia y validez del negocio, parece que debiera estimarse ineficaz y, por ende, inadecuado para producir el traspaso de la propiedad al adquirente, por aplicación de la regla romana *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. *Nemo dat quod non habet*.

Sin embargo, esta postura ha sido revisada modernamente, estimando que la tutela de un tercer adquirente de buena fe de un *non dominus* afecta al interés colectivo de seguridad de la circulación jurídica de los bienes. La solución favorable a mantener la adquisición del tercero en estos supuestos tiende a aceptarse con frecuencia tanto mayor cuanto más intensa y veloz es la circulación de los bienes en el ambiente económico-social, y esto explica que frente al Derecho romano—que actuaba en una economía prevalentemente familiar—nuestra actitud opuesta al Derecho moderno, al admitir en los textos legales una serie de hipótesis de adquisiciones a *non domino*, que progresivamente aumentan, como puede comprobarse al comparar los supuestos admitidos en el Código Napoleón y en el Código de 1942.

La conveniencia de admitir estas figuras anómalas de adquisición ha sido defendida *in extremis* por MENGONI (curso de Derecho civil en la Universidad católica de Milán, 1961-62) al afirmar que el sacrificio que estas normas protectoras del tercer adquirente a *non domino* suponen para el titular del derecho encuentra su contrapartida en la ventaja que indirectamente se produce para el mismo titular en relación a otro no menos relevante principio: el interés en una fácil negociabilidad del derecho. Esta negociabilidad es tanto más posible cuanto mayor sea la posibilidad del tercero de adquirir a *non domino*. Por eso una aplicación intransigente de la regla *nemo plus iuris* resultaría, en definitiva, perjudicial para el titular mismo.

El problema que nos ocupa tiene para nosotros, españoles, un aspecto diferente. Para la dogmática extranjera, la cuestión consiste en averiguar si la expresión *acquisto a non domino*—AND—designa una categoría jurídica unitaria y es posible montar sobre ella una teoría general, ya que los textos legales son claros acerca de la posibilidad de tales tipos de adquisiciones. En cambio, en nuestra Patria el primer problema que ha de abordarse es el de la posibilidad misma de figuras de AND, ya que nuestros textos legales no se pronuncian claramente a este respecto.

Estas circunstancias imponen a nuestra exposición un orden determinado: 1.º Nos ocuparemos de la doctrina o teoría de la AND, tomada fundamentalmente de los autores italianos, y entre ellos MENGONI, a través de sus dos obras publicadas sobre esta materia. 2.º Luego, en nuestro Derecho, examinaremos las diversas figuras que la dogmática estima como probables supuestos de AND, y respecto de ellas, si responden a una categoría jurídica unitaria.

TEORIA DE LAS ADQUISICIONES A «NON DOMINO»

I. CONCEPTO.

Tomando por base ideas de MENGONI, podemos decir que hay AND—concurriendo ciertas circunstancias—cuando la norma jurídica estima eficaz, en beneficio del tercero, un acto de disposición realizado por un sujeto que no está legitimado para esto y que lo celebra sin subordinar su eficacia a la adquisición de la titularidad del derecho mismo.

Para perfilar este concepto examinemos sus distintos aspectos:

A) *Non dominus*.

a) La calificación de *non dominus* no concierne a un sujeto en sí, sino a un sujeto en cuanto es parte de un negocio de disposición que tiene por objeto un derecho del que el enajenante

no es titular. Se trata, pues, de un concepto que pertenece a la dinámica del derecho. Es un concepto correlativo no tanto con el de *dominus* como con el de tercer adquirente.

b) El *non dominus* no es simplemente un no titular del derecho de que se trata, sino un no titular que no está, en ningún caso, excepcionalmente legitimado para disponer. El apoderado, por ejemplo, no es titular, pero tampoco es *non dominus* en sentido estricto, porque está legitimado. El *non dominus* es un no titular que dispone ilegítimamente del derecho de otro.

No es éste el lugar adecuado para examinar el concepto de legitimación para disponer, que puede entenderse en el sentido de titularidad de un verdadero y propio poder jurídico (así, GORLA, BARBERO, ALLORIO) como manifestación individualizada de la capacidad jurídica (THON) o como una mera posibilidad objetiva que se refleja sobre el sujeto, en cuanto una específica posición suya respecto al derecho de que se trata, es considerada entre los elementos constitutivos del supuesto de hecho del efecto dispositivo (MENGONI). Nos basta ahora con indicar estas dos cosas: Primera, que la fuente ordinaria de la legitimación es la titularidad del derecho, pero extraordinariamente cabe que la voluntad del titular o la ley puedan atribuir a otro sujeto una legitimación para disponer del derecho de aquél. La voluntad puede atribuir al legitimado una mera facultad de disposición—poder para disponer en sentido estricto—, un verdadero derecho subjetivo—prenda—o añadir una obligación—cesión de bienes a los acreedores—. Las fuentes legales se desenvuelven en una serie de hipótesis heterogéneas no susceptibles de reducir a un esquema común. Segunda, que cualquiera que sea la postura que se acepte sobre el concepto y especies de legitimación, en principio, nos basta con afirmar que el *non dominus* no está legitimado para disponer.

La noción de *non dominus* aparece, por consiguiente, como más reducida que la de «no titular».

c) No asume la cualidad de *non dominus*, en sentido técnico, el propietario que enajena sucesivamente a varias personas una misma cosa. Los diversos adquirentes son considerados por la doctrina como adquirentes *a domino*, esto es, provisto todos de un título de igual fuerza adquisitiva, y el conflicto se resuelve por

caminos distintos del de la llamada AND (MENGONI, *Gli acquisti...*, página 7).

B) *El adquirente.*

El concepto de AND implica en el adquirente varias cualidades: que lo sea a título oneroso, de buena fe y que tenga la cualidad de tercero.

a) La onerosidad parece un requisito esencial, ya que el criterio de seguridad en la circulación de los bienes que lleva a la admisión de la AND no puede extenderse a la adquisición gratuita, en que, faltando la contraprestación por parte del adquirente, no hay razón para que se sacrifique en su interés el *dominus*. La transmisión gratuita no puede derivar en una AND.

b) La buena fe es otro requisito esencial. Es necesario que el adquirente ignore que el derecho no pertenece al enajenante, y tal ignorancia, cuando no pueda apoyarse en una situación objetiva de apariencia de derecho suficiente para determinar un error colectivo excusable, debe al menos ser subjetivamente excusable en base al elemento objetivo de la ausencia de culpa.

Frecuentemente se discute si la buena fe es elemento constitutivo o la mala fe un hecho impeditivo de la adquisición por el no titular, pero esta cuestión carece de relevancia para nuestro tema. (No obstante, puede verse MENGONI, *Gli acq.*, págs. 131 y sigs.)

c) Finalmente, se cuestiona por MENGONI si el adquirente debe tener la cualidad de tercero. A este respecto, es bueno recordar el concepto de tercero que dan nuestros hipotecaristas. Para el Derecho civil, tercero simple—dice ROCA SASTRE, pág. 471, I, 5, adic.—es aquel que es completamente extraño o ajeno a un acto o contrato especialmente contemplado debido al hecho de no haber tenido relación jurídica alguna con las partes de dicho acto o contrato, en lo que afecta al mismo o a su resultado jurídico. Tercer adquirente es el que ha entrado en relación jurídica con una de las partes de un contrato respecto de lo que es materia u objeto del mismo, ya sea en virtud de un nuevo negocio, ya por derivación de la ley. Este tercer adquirente, cuando adquiere a título singular, se le llama subadquirente.

Estos conceptos se utilizan también por MENGONI—*Gli acq.*, páginas 51 y sigs.—. Y aplicándolos al campo de las AND, dice que el adquirente del *non dominus* es tercero porque es extraño al negocio que produjo el desplazamiento posesorio de la cosa desde el *dominus* al *non dominus*. Y es tercer adquirente—la denominación, no la de MENGONI—porque el dicho tercero se pone en relación con el poseedor, el *non dominus*, y celebra con éste un negocio de disposición por virtud del cual deviene adquirente de la cosa al transmitirse la posesión de la misma. Estas ideas quedarán aclaradas posteriormente.

C) *Presupuestos para la adquisición.*

La adquisición por el tercer adquirente queda subordinada, según la dogmática, no sólo a la circunstancia de que actúe aquel de buena fe. sino a las siguientes:

a) *Justo título.*—Es necesario, ante todo, que el acto de enajenación realizado por el *non dominus*, esto es, el título de la adquisición invocado por el tercero, sea en sí mismo válido—justa causa—, salvo el defecto de la titularidad del enajenante. Si el título está viciado, aunque ignore el vicio, no hay razón para acordar la tutela del tercero en términos distintos de los que se produciría en caso de adquirir de un *dominus*.

b) *Posesión o apariencia.*—La concurrencia de buena fe y justo título tampoco es suficiente: es necesario una ulterior circunstancia, constituida por una situación extrínseca, relevante en el ambiente social, la cual, en virtud de una objetiva valoración, disminuye la posición jurídica del *dominus* y refuerza la del tercer adquirente. Tal requisito es la posesión, obtenida del *non dominus*, de la cosa objeto de enajenación. En ciertos supuestos excepcionales, la posesión es sustituida por una situación de objetiva apariencia de titularidad del derecho.

c) *Inmediatividad.*—La AND tiene evidentes contactos con la usucapión, en cuanto a través de ésta puede llegarse también a adquirir un derecho sin que tal adquisición se produzca por razón de un acto de voluntad del *dominus*. Sin embargo, como se deduce

de la construcción de MENGONI, AND y usucapión son figuras distintas. Mientras para esta última es necesario la posesión continuada durante cierto tiempo, tal idea es extraña a la AND, donde la adquisición ha de producirse inmediatamente.

II. ORIGEN Y DERECHO COMPARADO.

A) *Idea general.*

No puede hablarse de origen de la AND en el Derecho histórico porque éste es un concepto de elaboración reciente. Puede, en cambio, hablarse de precedentes de las diversas figuras que han sido causa de dicho concepto. Rebasa de nuestras posibilidades el examinar el origen de dichas figuras concretas, pues ello nos llevaría al estudio de los precedentes de la simulación, revocación del mandato y poder, heredero aparente, usucapión, publicidad registral, etcétera. Por esta razón, nos vamos a ocupar exclusivamente del origen de aquel fenómeno de la AND sobre el cual prevalentemente se ha montado la posibilidad de elaborar una doctrina coherente sobre la materia. Nos referimos a las AND derivadas de la posesión y a sus relaciones con la figura de la usucapión.

B) *Derecho romano.*

a) El acto de disposición llevado a cabo por un *non dominus*, en el Derecho romano sólo era apto para producir la adquisición del derecho cuando el adquirente entraba en la posesión de la cosa y dentro de los términos de la usucapión. Exigía buena fe, justo título y posesión continuada durante cierto tiempo, si bien breve: dos años para los fundos, uno para las cosas muebles.

En su origen la usucapión clásica era una regla de Derecho procesal establecida en las XII Tablas. Transcurrido un bienio o un año, según los supuestos, el poseedor, demandado en juicio por el dueño, podía limitarse a afirmar que la cosa era suya (*rem meam esse ex jure Quiritium*), sin necesidad de indicar la causa ni la persona de quien había adquirido la cosa. Si se trataba de cosa mueble, el actor podía replicar demostrando que el demandado había ro-

bado la cosa: porque la máxima de las XII Tablas no valia para el ladrón.

En la práctica esta regla procesal perseguia sanar el defecto de poder de disposición por parte del transferente *non dominus*. Con la evolución del pensamiento juridico, dicha regla se transformó en una regla de Derecho material: es decir, la posesión fue considerada como un modo de adquirir la propiedad (usucapión).

b) Respecto de bienes muebles, con la citada transformación se produjo una restricción a la regla general en varios sentidos. En primer lugar, a partir de la Lex Atinia (fin del siglo III o primera mitad del siglo II a. de J.) se excluye la posibilidad de *usucapir resfurtivae*. El hurto es un vicio de la posesión que sólo podia ser purgado por la devolución de la cosa al dueño. En segundo lugar, el reivindicante, a partir de dicha Lex, no tenia necesidad de demostrar que el demandado habia robado o hurtado la cosa. Era suficiente que demostrase que la cosa le habia sido sustraída, y el demandado debía, en tal caso, expresar la causa de la posesión y la persona que se la habia transferido.

De esta manera se llegó a excluir la AND mediante la usucapión respecto de cosas que el *dominus* hubiera perdido la posesión involuntariamente, idea que repite el Derecho germánico—como veremos—sobre distinta base. Pero la evolución no termina aquí.

En tercer lugar, la regla de la Lex Atinia, limitada en origen a la pérdida de la posesión contra la voluntad del *dominus*, se extiende—mediante una ampliación del concepto de hurto—a las cosas que fueran enajenadas de mala fe por aquel a quien se las hubiera entregado el propietario (arrendatario, comodatario, etc.). Como explica TRIFONINO (D. 26, 7, 55, 1), se reconoce que no se ha producido una sustracción de la cosa al control del dueño; sin embargo, el delito cometido por el detentador, que abusa de la confianza del *dominus*, vicia la posesión del tercero y de los eventuales subadquirentes como si proviniese de hurto.

La Lex Atinia supuso así un enérgico reforzamiento de la protección del propietario: como modo de AND, la usucapión anual de las cosas muebles se reduce a un fenómeno marginal que podia verificarse sólo en los casos—poco frecuentes—de enajenación por parte del detentador de buena fe. El mismo GAYO trae como ejem-

plo el caso del heredero del depositario que enajena de buena fe la cosa que ignoraba haber sido recibida en depósito por el difunto.

C) *Derecho germánico.*

a) En contraposición al Derecho romano, el antiguo Ordenamiento germánico de la propiedad mobiliaria estaba caracterizado por la ausencia de la acción reivindicatoria. El propietario estaba protegido solamente por las acciones de defensa de la «Gewere», que era «una relación exterior de la persona con la cosa» (O. GIERKE), la forma exterior del dominio materializada en la disponibilidad física del bien.

u) Ahora, respecto a los muebles, la acción de defensa de la «Gewere»—«Anevangsklage»—, tendente al mismo fin que la *reivindicatio*, o sea, recuperar la posesión de la cosa, se concedía solamente a aquel que hubiese perdido la «Gewere» involuntariamente, esto es, por hurto—hipótesis que comprende también la pérdida—y por robo. Por ello, el tercero adquirente de cosa en que no se daban estos supuestos, en el momento en que recibía la cosa del enajenante (arrendatario, comodatario, depositario, etc.) venía a encontrarse prácticamente en la posesión de nuevo propietario de la cosa, precisamente porque no era perseguible mediante la acción de defensa de la «Gewere», dado el carácter voluntario de la pérdida de la posesión por parte del anterior propietario, y esto independientemente de la buena o mala fe del tercero, es decir, aunque el tercero conociese el abuso de confianza cometido por el enajenante. Por el contrario, si la cosa hubiera sido robada, hurtada o perdida, el *dominus* podía reivindicarla también contra el tercero de buena fe que la hubiera adquirido ignorando que procedía de robo, hurto o pérdida.

Esta distinción entre pérdida voluntaria y no voluntaria tiene aquí un sentido distinto del que vimos en el Derecho romano. Mientras para la Lex Atinia supone un límite a la tutela del tercero de buena fe (que en un principio podía usucapir incluso cosas hurtadas), para el Derecho germánico la distinción constituye desde su origen un límite a la tutela del propietario contra el tercer poseedor, ya que la buena fe del último era irrelevante. Este límite

de la acción de defensa de la «Gewere», reflejada en el célebre proverbio jurídico tudesco *Hand wahre Hand*, en el brocardo francés *meubles n'ont pas de suite* o en la frase *mobilia non habent sequelam*, tenía un fundamento procesal, a su vez determinado por la indeferenciación entre propiedad y posesión. Por ello, el propietario que quería reclamar su cosa no podía alegar la violación del abstracto derecho de propiedad, sino la pérdida de la relación material sobre aquella contra su propia voluntad, es decir, la violación ilegítima de la «Gewere». Ahora bien, según el pensamiento del Derecho germánico, que no admite la posesión por medio de otra persona (*possidere solo animo*), una *reversio* sólo puede darse por parte del que robó, hurtó o encontró la cosa perdida. Por el contrario, el propietario que ha dado la cosa en depósito como dato, arrendamiento, etc., no podía lamentar frente al tercer poseedor el abuso de confianza de que hubiera sido víctima, ya que él se había desprendido voluntariamente de la «Gewere». Por esta razón, como resulta, por ejemplo, del formulario judicial del estatuto de la ciudad de Viena (art. 78.), no bastaba que el actor afirmase «esta cosa es mía», sino que debía alegar «que la cosa era suya y le había sido robada». Sólo el que perdía la cosa en estas circunstancias podía ser reintegrado de la «Gewere» y este derecho subsistía frente a cualquier poseedor, fuese de buena o mala fe.

D) *Evolución posterior.*

a) La influencia del Derecho romano después de la recepción en los países germánicos se ha concretado a limitar, pero no impedir, el traspaso al Derecho moderno de los principios de la antigua «Gewere», más favorable a la exigencia del tráfico jurídico. Se mantiene firme en materia de muebles la distinción germánica entre pérdida voluntaria e involuntaria de la posesión, es decir, no fue acogido el amplio concepto del hurto del Derecho romano, que prácticamente hacía irrelevante el modo con que la cosa salía del propietario. Pero se impone el criterio romano de distinguir entre propiedad y posesión y de reconocer al primero la acción reivindicatoria, independientemente de la posesión. En el caso de pérdida voluntaria de la posesión, la acción reivindicatoria por parte del propietario fue admitida solamente contra el tercer po-

seedor (que adquirió del *non dominus*) si hubiera procedido de mala fe.

El contacto del principio romano de la *reivindicatio* y el germánico *mobilia non habent ecquelam* produce la reconstrucción de la tutela del tercer adquirente de cosas *non furtivae*, según el esquema de la usucapión clásica, es decir, con la introducción de los requisitos de la justa causa y de la buena fe para limitar la eficacia adquisitiva de la posesión; permanece firme, sin embargo, siguiendo la línea de la «Gewere», la inmediata tutela del tercero, sin necesidad de esperar, como en la romana *usucapio*, a que transcurra un cierto tiempo, aunque éste sea breve.

La derivación de la regla moderna *posesio vale titulo* del antiguo Derecho germánico explica la originaria (y aún hoy tradicional) formulación de aquélla en los términos procesales de una *denegatio actionis*, es decir, como una excepción concedida al poseedor de buena fe contra la reivindicación por parte del propietario. Pero en realidad, una vez acogido el principio romano de la *reivindicatio* como acción de tutela de la propiedad, independientemente de la posesión y del modo, el propietario ha perdido la disponibilidad material de la cosa, la denegación de la acción reivindicatoria en las relaciones con el tercer poseedor de buena fe implica una regla de derecho sustancial y es el índice de que la posesión de buena fe de las cosas muebles (fundada sobre un justo título) ha devenido un modo de adquisición de la propiedad. La *denegatio actionis* al dueño no tiene una base simplemente procesal, sino que es la consecuencia de la extinción de la propiedad del reivindicante, extinción determinada por la adquisición del tercer poseedor a *non domino*.

b) En materia de inmuebles se mantienen totalmente separados los países germánicos y latinos. En los primeros, con la aparición de los libros registrales, se robustecen la *auflassung*, que actúa vinculada a la inscripción, y con el principio del consentimiento se llega a dar al Registro un valor constitutivo en la adquisición de derechos reales. Caben perfectamente AND. En cambio, en los países latinos la protección del adquirente a *non domino* se sigue manteniendo dentro de los límites de la usucapión, que presupone transcurso de tiempo, y por ello no implica auténtica AND, conforme al concepto que de esta figura hemos expuesto.

E) *Derecho comparado.*

a) En todos los Códigos modernos, el principio de la no reivindicación de las cosas muebles frente al tercer poseedor de buena fe está formulado en términos de derecho sustantivo, es decir, como modo de adquisición de la propiedad.

Code Napoléon.—El artículo 2.279 dice: «en fait de meubles la possession vaut titre». La opinión general de los autores franceses ha venido entendiendo que esta fórmula significa que la posesión tiene valor de título adquisitivo de la propiedad (MENGONI, *Gli acq.*, págs. 30 y sigs.). No faltan, sin embargo, opiniones que ponen en duda esta interpretación, como ha recordado certeramente VALLET. Así, la de AUBRY ET RAU Y SAVATIER, para quienes, más que título de propiedad, el artículo 2.279 consagra una «presunción de propiedad»; pero como admite este último, la dispensa de la prueba de la propiedad equivale prácticamente a una adquisición de ella (vide VALLET, págs. 375 y sigs.).

El *Code* no pide que el adquirente actúe de buena fe, pero a tal exigencia ha llegado la doctrina, aplicando la regla general contenida en el artículo 1.141, el cual contiene la reserva expresa de la buena fe de tercero (*pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi*). Sin embargo, los autores franceses han venido negando que sea requisito esencial el justo título. La protección se concede al poseedor de buena fe, aunque su título está tarado con vicios extrínsecos (MENGONI, *GLI.*, *ACQ.*, pág. 31).

Código civil alemán.—El BGB consagra también la AND respecto de bienes muebles en su artículo 932, el cual dice que «el adquirente se hace propietario incluso si la cosa no pertenece al enajenante, a no saber que él—el adquirente—no esté de buena fe en el tiempo en que, según estas disposiciones, adquirirá la propiedad».

Código italiano.—El artículo 707. del Código de 1865 no era más que una copia del 2.279 francés, si bien con una rectificación interesante, ya que no sólo llevó el texto legal el requisito de la buena fe, sino también el del justo título. Y este camino ha sido seguido por el vigente del 1942, cuyo artículo 1.153 expresa: «Aquel a quien son enajenados bienes muebles por parte de quien no es propietario,

adquiere la propiedad mediante la posesión, siempre que esté en buena fe en el momento de la entrega y tenga un título idóneo para el transferimiento de la propiedad».

b) En materia de inmuebles, la solución es distinta en el BGB y en los países latinos. En el primero llega a su punto culminante la eficacia de la inscripción registral a través del valor probante del Registro y del principio del consentimiento. En cambio, en los segundos la tutela del tercer adquirente *a non domino* de bienes inmuebles se mantiene en el ámbito del instituto romano de la *usucapio*. Dicha protección se concreta en el abreviamento de los plazos para la adquisición del dominio (de veinte a diez años en Italia) condicionada a la subsistencia de un justo título y de la buena fe del tercer poseedor. Todo esto, claro está, sin perjuicio de la protección que pueda proporcionar el T. de la F.—bastante limitada—, pero esto está fuera del tema.

III. CLASES.

La dogmática moderna distingue en materia de AND dos tipos de supuestos: los que tienen su fundamento en la apariencia y los que lo tienen en la posesión de buena fe.

A) *La apariencia de derecho.*

La AND, derivada de la apariencia, se basa, fundamentalmente, en la posición del enajenante, más que en la del adquirente. Se apoya en que aquél se encuentra, respecto del dominio de que se trata, en una posición de hecho, de carácter formal, que le inviste de la apariencia de ser titular del dominio mismo. Entonces, la Ley, en función de la tutela del tercero que actúa confiado en la apariencia dicha, utiliza técnicamente el hecho de la titularidad aparente, sustituyéndolo, como equivalente a la titularidad efectiva, que falta en la lista de elementos de perfección y eficaz del negocio positivo, llevado a cabo por el titular aparente.

De esta manera, el relieve técnico jurídico asumido por la apariencia del dominio, se traduce, en favor del tercero, en una valoración del acto dispositivo, que de otra manera sería ineficaz, y surge

de reflejo, para el *non dominus*, en cuanto titular aparente, la posibilidad de disponer eficazmente del dominio ajeno. Tal posibilidad, sin embargo—dice MENGONI, *L'acq.*, pág. 65—, no se subjetiviza en una facultad, y, por consiguiente, no asume el valor de una verdadera y propia legitimación, la cual, según este autor, supone la titularidad de una facultad inserta en una específica posibilidad objetiva del sujeto de disponer eficazmente de un determinado derecho.

Como especies de AND, derivadas de la apariencia de derecho, suele incluir la doctrina extranjera las derivadas del heredero aparente, del titular registral en ciertos sistemas y del apoderado con poder revocado. No es idea pacífica, sin embargo, que todos estos casos estén basados en la apariencia e impliquen verdaderos supuestos de AND.

a) *Simulación y apariencia*.—Existe simulación—dice BETTI, página 297—cuando las partes de un negocio bilateral, de acuerdo entre sí, dictan una regulación de intereses distinta de la que piensan observar en sus relaciones. La teoría clásica—defendida modernamente por MOSSA, FEDELE y ALLARA—considera a ésta como una simple hipótesis de divergencia entre la voluntad y la declaración, explicando con esta doctrina la inoponibilidad de la simulación a tercero de buena fe. Recientemente, SACCO, entre otros, ha tratado de justificar esta protección, apoyándola en la apariencia de titularidad real del adquirente simulado. Pero la teoría de la apariencia no resuelve el problema de las relaciones *inter partes*, explica un problema de protección del tercero, pero no de voluntad negocial, es inconcebible estudiar las relaciones entre las partes del negocio simulado sobre la base de la apariencia de derecho.

La formulación del problema como un caso de apariencia parte del reconocimiento de la nulidad del negocio simulado en toda relación, pero atribuye—dice MENGONI, *L'acq.*, pág. 108—a la posición del titular aparente del fingido adquirente, dante causa del tercero, una relevancia sustitutiva de la titularidad material. La adquisición del tercero se presenta como una AND; en razón de la situación de apariencia del *non dominus*, que suple la nulidad del título de enajenación.

Creemos, sin embargo, con la doctrina clásica, que la explicación

es distinta. La tutela del tercero se obtiene considerando firme la declaración simulada en función de la responsabilidad del fingido enajenante, y por esto el negocio simulado es considerado válido en relación con dicho tercero, considerándose la adquisición de éste como una adquisición derivativa *a domino*, basada en la legitimación del fingido aparente.

b) Disposición por el apoderado con poder extinguido y apariencia. Para explicar la protección del tercero que contrate con un apoderado en estas circunstancias se ha acudido también a la doctrina de la apariencia. Admitida la eficacia de la revocación, aun no siendo comunicada al tercero, o ignorándolo el apoderado (*vide*, arts. 1.737 y 1.738 C. c.), la adquisición del tercero se estima como AND, y no apoyada en el precedente poder, sino en la situación de apariencia del apoderado. La explicación, a nuestro juicio, no es ésta. El poder debe estimarse válido y eficaz en tanto no se haya comunicado, en la forma legal, al apoderado o al tercero con quien contrata el apoderado. Entre poderdante y apoderado no tiene eficacia una revocación, realizada *in mente*, pero no exteriorizada en forma idónea. Frente a terceros no vale la revocación que no se ajuste a los requisitos de publicidad previstos por el legislador. Por ello, la adquisición, basada en un poder ya revocado, pero en el que concurren las circunstancias dichas, es una adquisición *a domino*. El apoderado está legitimado.

ps.

B) *La posesión de buena fe.*

La doctrina de la posesión de buena fe como base de las AND ha quedado ya estudiada en sus precedentes históricos y Derecho comparado. Sólo interesa aquí recordar que tiene su apoyo en una posición del adquirente, no del enajenante, respecto de la cosa, y que ésta puede ser mueble o inmueble.

IV. NATURALEZA JURÍDICA.

El problema de la naturaleza jurídica de la AND se concreta por la doctrina a la determinación de su carácter originario o derivativo. Conocidos son estos conceptos cuyo origen hay que bus-

car en la escuela del Derecho natural, fundamentalmente en Grocio. La adquisición es originaria—se dice—cuando se produce en virtud de una relación inmediata del adquirente, con el objeto de cuya adquisición se trata, sin ningún nexo con el derecho eventualmente preexistente, y, por consiguiente, al margen de la voluntad de una persona. Es derivativa cuando se adquiere por el trámite de un precedente sujeto, titular o legitimado, para disponer de un derecho preexistente sobre el objeto. Partiendo de estos conceptos se ha dicho que la AND es:

A) *Adquisición derivativa.*

Quienes admiten esta posición se basan, fundamentalmente, en que la Ley concede, en los supuestos específicos que contempla la AND, un poder dispositivo al *non dominus* sobre el derecho ajeno, apoyado en la apariencia de titularidad, de tal forma que el accipiente adquiere el derecho del titular verdadero en virtud de la disposición declarada válida por la Ley (DERNBURG, VON THUR, GIERKE).

B) *Adquisición originaria.*

El sector más nutrido de la doctrina extranjera estima que la AND es originaria. No se produce una sucesión por falta de poder dispositivo. No existe nexo causal. El derecho que se adquiere no se apoya en el derecho de otro; en realidad, el derecho que subentra en el patrimonio del adquirente no es el derecho del titular, sino más bien un derecho distinto, una titularidad *ex novo*.

Esta postura se debe a uno de los máximos representantes de la pandectística tedesca del siglo pasado—REGELSBERGER—, que ve en la buena fe el elemento relevante de la protección del tercer adquirente. Incluso en los casos de apariencia de derecho, ésta no es más que un presupuesto de la buena fe, la cual constituye el objeto de la tutela legal. La tutela de la apariencia se identifica con la tutela de la buena fe y viene absorbida por ésta.

C) *Posición aceptable* (MENGONI).

Para decidirnos en torno de este problema es necesario precisar previamente el concepto de adquisición derivativa; determinar si para que exista es necesario un acto de voluntad del precedente titular, o esto, sólo es exigible en las hipótesis más normales. Ya sobre esta base, la posición de la moderna dogmática se inclina por estimar que nada impide pensar que el transferencia de un derecho y el correlativo fenómeno de adquisición derivativa pueda ligarse a una situación distinta de la voluntad de su titular. Ya VENEZIAN observaba que «la condición de que la adquisición se produzca por la autoridad del precedente titular es una característica ulterior que no se integra en el concepto de adquisición derivativa, sino que sirve para diferenciar una especie».

Dicho concepto se integra por dos requisitos: 1. Objetivo. Un nexo objetivo de dependencia entre dos relaciones jurídicas sucesivas por virtud del cual el derecho adquirido depende y es medido por la titularidad de un precedente sujeto, y por ello es causa de la pérdida del derecho del precedente titular. 2. Subjetivo. Que la adquisición depende de una relación con otro sujeto, pero que no es preciso que sea el titular (MENGONI GLI., ACQ, pág. 170). Término de referencia del efecto traslativo es siempre el precedente titular, pero el efecto puede producirse por la actuación de un sujeto distinto. Esta es una premisa de la moderna teoría de las adquisiciones coactivas, a los cuales todos atribuyen naturaleza derivativa.

Sobre estos razonamientos, MENGONI ha dicho que, para resolver si la AND es originaria o derivativa, hay que fijarse en si la Ley valora exclusivamente la buena fe del adquirente, sin atender para nada a la postura del *non dominus*—en cuyo caso es originaria—, o, por el contrario, en la tutela del adquirente entra también como elemento determinante la relación del *non dominus* con un sujeto «*a priori* individualizado como portador del interés en conflicto con el tercero»—en cuyo caso es derivativa—.

Aceptando estas ideas, el autor cree que las AND, basadas en la apariencia jurídica, son derivativas; las que proceden de la posesión, son originarias.

LA ADQUISICION «A NON DOMINO» EN EL DERECHO ESPAÑOL

I. SU POSIBILIDAD.

El problema en el Derecho español consiste en determinar si es posible admitir la AND. La doctrina maneja una serie de preceptos y de instituciones, que tiene su precedente en los Códigos y derechos extranjeros, y trata de demostrar que suponen aspectos concretos de la figura cuestionada. E incluso, aunque con menos frecuencia, se cuestiona sobre la posibilidad de montar sobre aquellos supuestos una teoría general de la AND.

Sobre la apariencia jurídica se han ocupado ALEJANDRO BÉRGAMO, en su conferencia en el C. N. V., y JORDANO BAREA, en el ADC sobre la AND de inmuebles inscritos en el R. de la P. Es abundante la bibliografía, y es notable la aportación de ANGEL SANZ, R. NÚÑEZ LAGOS y ROCA SASTRE; sobre la AND de inmuebles no inscritos pueden verse referencias en las páginas dedicadas a la usucapión. Pero es sobre todo, en materia de muebles, donde la bibliografía jurídica española es abundantísima, al interpretar, enjuiciar y estudiar el artículo 464 y sus conexos 1955, y 488 del Código civil. Esta circunstancia excusa una referencia detallada de la misma. No obstante, podemos destacar los trabajos de SOLS SÁNCHEZ VELASCO, HERNÁNDEZ GIL, y el más reciente de VALLET, sobre «reivindicación mobiliaria».

Nos ocuparemos sucintamente de cada una de las posibles figuras de AND en nuestro Derecho, de su naturaleza jurídica y de la posibilidad de una teoría general.

II. AND, DERIVADAS DE LA APARIENCIA.

A) *Simulación.*

Nuestro Código civil sólo se refiere a la simulación en el artículo 1.276, cuando afirma: «La expresión de una causa falsa

en los contratos dará lugar a su nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.» LADARIA CALDENTY, examinando este precepto en relación con la apariencia jurídica, dice que él mismo sólo disciplina las relaciones internas nacidas de la simulación; el problema de las relaciones externas surgidas de ésta, únicamente podrá resolverse con facilidad, planteándolo en el campo general de la posesión o de la inscripción registral—pág. 31—.

Por consiguiente, parece deducirse de la idea de este autor que la AND en esta materia sólo podría producirse al amparo de los artículos 464 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, de que nos ocuparemos a continuación. Fuera de estos preceptos, la simulación, por sí misma, no produciría una protección del tercero, que adquiriera del titular fingido, salvo en la simulación relativa, si la causa subyacente era lícita.

Por nuestra parte nos interesa afirmar únicamente que, aun pudiendo admitirse una protección del tercero adquirente del título simulado, la adquisición no sería AND, sino *a domino*, por las razones expuestas anteriormente, al hablar de las «clases de AND», en la teoría general de esta figura.

B) *Poder revocado.*

El artículo 1.734 del Código civil dice que, «cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas, si no se les ha hecho saber». Y el 1.738, añade que «lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe». A la sombra de estos preceptos no hay duda de que los adquirentes que contraten con el apoderado, en los supuestos dichos, adquieren verdaderamente. Pero, por las razones antes expuestas, estimamos que hay adquisición *a domino*.

C) *Heredero aparente.*

Nuestro Código civil, a diferencia del Derecho francés, italiano y alemán, no contiene ninguna disposición en la que haga re-

ferencia al heredero aparente. Sin embargo, dice J. BAREA (pág. 671), los artículos 991 y 997 presuponen su posibilidad por haber aceptado la herencia ajena sobre la base de un testamento que después resulta revocado por la aparición de otras posteriores, entonces desconocidos.

La jurisprudencia a veces se refiere a supuestos de herederos aparentes a propósito de la legitimación pasiva en el ejercicio de la *actio petitio hereditatis*. Así, en numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo se habla de «poseedor en concepto de heredero», etcétera (*Vide*, LADRIA, pág. 232). Tales situaciones pueden producirse por razón de un error, aunque es poco probable en las certificaciones de Últimas Voluntades.

La situación de apariencia del *possedor pro heredero* puede también tener carácter registral. La Ley Hipotecaria vigente no permite que el «derecho hereditario del coheredero, antes de la adjudicación, sea objeto de inscripción, sino de anotación preventiva». Serán objeto de inscripción los bienes adjudicados (art. 14-2.º) y los adquiridos por el heredero único (art. 14-3.º).

Ahora bien, una cosa es que quepan posibilidades de heredero aparente en nuestro Derecho y otra que se reconozca una protección del tercero que adquiera de aquél, apoyándose exclusivamente en la situación de apariencia. Tal protección no la admite ningún precepto del Código civil, ni puede apoyarse en el R. G. de Últimas Voluntades, que tiene mero valor informativo, no engendrando ninguna presunción legal de veracidad (art. 15, párr. 4.º, Anexo 2.º RN). Tampoco sirve como base la anotación preventiva del derecho hereditario, porque si bien el artículo 46-3.º de la Ley Hipotecaria dice que «podrán transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación», los actos dispositivos del heredero aparente no gozan de la protección de la *fides publica*, de modo que la regulación de la Ley Hipotecaria no altera las normas civiles en este punto (art. 1.067. C. c.).

Por esta causa, la mayoría de nuestros autores (JORDANO, LADARIA y BÉRGAMO) entienden que únicamente al amparo de los artículos 464 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria pueden producirse AND derivadas del heredero aparente, pero esto no por razón de su cualidad de tal, sino por la posición del tercero de buena fe, de cosas muebles o de la fe pública registral. Incluso en este último

supuesto, la cualidad de heredero, si es voluntario, retrasa la actuación de la *fides publica* por razón de dos años (art. 28 L. H.).

D) *El tercer adquirente de bienes inscritos en el R de la P.*

La protección de este tercero está reglamentada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Se discute si el 32 regula una protección que debe estimarse como parte del 34 o consagra otra diferente. El examen de esta materia, así como el contenido de estos preceptos, no corresponde al presente tema; tiene su sede adecuada en el temario de hipotecaria. Aquí no nos consideramos obligados únicamente, por razones de sistemática, a tratar de dichos preceptos en relación con el problema de la AND.

Es incuestionable que la Ley Hipotecaria establece un concepto del tercero que adquiere con los requisitos previstos por ella. Pero lo que nuestros autores han cuestionado es si esta protección se produce por el camino sustantivo de la AND o por el procesal de la irreivindicabilidad. Se trata de una *verita questio*, que—como vimos—tiene sus precedentes en el Derecho romano y en el germánico, y que en nuestro Derecho depende del sentido que se atribuya a la frase del artículo 34, «será mantenido en su adquisición».

a) *Tesis de la irreivindicabilidad*.—Si se concibe la fe pública en sentido negativo únicamente, no se reconoce en el artículo 34 una adquisición del tercero, sino una situación privilegiada del mismo, en virtud del cual no pueden ejercitarse contra él las acciones que dicho precepto señale. Se trata de un supuesto de *negatio actionis*, de irreivindicabilidad.

Ahora bien, la irreivindicabilidad no debe confundirse con la extinción de las acciones, pues éstas subsisten, si bien sin posibilidad de ejercitarse frente a terceros, lo cual puede tener importantes repercusiones prácticas. Por ejemplo, supongamos que A., titular inscrito en virtud de un contrato nulo, transmite a B., y éste a C., y éste vuelve a vender a A., inscribiéndose todas las transmisiones. De aceptarse la tesis propuesta, es lógico que, al cesar el estado registral que lo impedía, podrán hacer eficaces nuevamente las acciones, y A., no podrá oponerse a ellas.

b) *Tesis de la AND*.—Se fija en el aspecto positivo de la fe pública, equivalente a una adquisición del derecho por el tercer adquirente, operada como excepción a la regla *nemo dat quod...*, aunque el transferente no tuviera el derecho y no pudiera transmitirlo. Se trata, pues, de un AND: el tercer adquirente adquiere, efectivamente, de un no titular. La protección contra la irreivindicación y demás acciones previstas en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es una mera consecuencia de la cualidad de dueño o titular efectivo que corresponde al adquirente, según el Registro.

c) *Tesis mixta*.—El artículo 34 dice que el tercero será mantenido en su adquisición, una vez que ha inscrito su derecho. No cabe duda que, para que este derecho sea mantenido, la adquisición tendrá que llegar a ser irreivindicable en manos del tercero. Pero una cosa es la irreivindicable y otra la AND. Ahora bien, la irreivindicable como rebote produce la AND. Es decir, puede hablarse en España de AND como consecuencia de la irreivindicable, así como en Alemania puede hablarse de la irreivindicable como un efecto de la AND.

La doctrina española niega, en general, la tesis de la irreivindicable pura. ROCA SASTRE, como la mayoría, consideran que el artículo 34 consagra verdaderas AND. NÚÑEZ LAGOS, en cambio, ha desarrollado la tesis que hemos llamado mixta: se parte de la irreivindicable, y de rechazo se llega a la AND (ADC, 1949, II-I, págs. 43 y sigs., entre otros lugares).

d) *Nuestra opinión*.—La discusión en torno de este punto es meramente académica. Como antes hemos tenido ocasión de afirmar, al tratar de los antecedentes históricos del concepto de AND acogido por el Derecho moderno, el principio romano de la *reivindicatio* como acción de tutela de la propiedad, la denegación de la acción reivindicatoria en las relaciones con el tercer poseedor de buena fe implica una regla de derecho sustancial, y es el índice de que la posesión o la inscripción en este caso ha devenido un modo de adquisición de la propiedad. La *denegatio actionis* al dueño no tiene una base simplemente procesal, sino que es la consecuencia de la extinción de la propiedad del reivindicante, extinción determinada por la adquisición del tercero en que concurren los requisitos previstos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

III. AND, DERIVADA DE LA POSESIÓN.

A) *Inmuebles.*

Se ha sostenido por un sector de la doctrina que la usucapión abreviada o decenal, con justo título y buena fe—artículo 19—, implica un supuesto de AND, porque también a través de ella puede llegar a adquirirse la propiedad de una cosa transmitida por un *non domino*, siempre que el adquirente mantenga la posesión durante el plazo legal. Tal postura es, a nuestro criterio, incorrecta, porque si la *usucapio* y la AND se estiman como figuras distintas, la esencia de la primera radica en la posesión continuada durante un plazo mas o menos breve, y para la segunda es fundamental, en cambio, como hemos tenido ocasión de destacar, al precisar su concepto, la inmediatez de la adquisición, sin necesidad de esperar el transcurso de plazo alguno.

Es verdad que la *usucapio* ordinaria centra su eficacia exclusivamente en la posesión, y, en cambio, la abreviada, además, en el justo título, pero la exigencia de este último no es incompatible con la *usucapio*, como lo demuestra los antecedentes históricos de la figura desde el DR, y la propia reglamentación legal.

B) *Muebles.*

El artículo 464 del Código civil dice: «La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiera perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.

Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en el Monte de Piedad, establecidos con autorización del Gobierno, obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.

En cuanto a las adquiridas en Bolsa, FERIA o Mercado, o de un

comerciante legalmente establecido, dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio.

HERNÁNDEZ GIL examina otros preceptos que—según él—aplican la doctrina del 464—976, 1.160, 1.295, 1.540, 1.738, 1.765, 1.778, 1.897, 1.097—. Para los fines de nuestro tema creemos suficiente referirnos al artículo 464.

IV. EXAMEN ESPECIAL DEL ARTÍCULO 464 DEL CÓDIGO CIVIL.

A) *Precedentes.*

La doctrina española está de acuerdo en que este artículo tiene su precedente inmediato en el 2.279 del *Code Napoléon*. Pero difiere en cuanto a la cuestión básica de si tiene precedentes mediatos en nuestro Derecho. He aquí el problema magistralmente tratado por VALDEAVELLANO, en su artículo en la RDP, sobre la limitación reivindicativa de los bienes muebles en el Derecho español medieval.

Para el Derecho visigodo parece difícil resolver la cuestión en uno u otro sentido. MEREJA y MAYER se inclinan por una tesis negativa. En cambio, para el Derecho medieval, esos dos grandes historiadores se hallan enfrentados. MAYER sigue manteniendo la tesis negativa. En cambio, PAULO MEREJA, en base a diferentes Fueros (Cuenca, Cáceres, Coria, Albarracín, Logroño, etc.), admite la vigencia del principio germánico de protección del propietario que ha abandonado voluntariamente a otro la vestidura sobre la cosa. Faltaba un texto que consagrara esta teoría, y lo ha encontrado VALDEAVELLANO en la Ley XV del Fuero Viejo de las Encartaciones de Vizcaya.

Con gran profundidad VALLET se ha ocupado de estos precedentes presuntos de nuestro artículo 464. Y si bien admite las conclusiones de VALDEAVELLANO, favorables a la admisión del principio «Hand Wahre Hand» en nuestro Derecho medieval, afirma que dichos precedentes se perdieron posteriormente, sin que hayan producido influencia alguna en nuestro legislador, y sin que sirvan para condensar el pensamiento histórico patrio.

B) Interpretaciones del artículo 464.

Estas dudas sobre el origen de nuestro cuestionado artículo 464, producen una serie de interpretaciones dispares acerca de su interpretación y sentido actual. Se cuestiona, fundamentalmente, si el artículo dicho implica un supuesto de admisibilidad de AND en nuestro Derecho, o, si por el contrario, no es más que una manifestación especialísima de la usucapión de bienes muebles. Con el fin de no implicar excesivamente la exposición, señalaremos las cuatro direcciones fundamentales mantenidas al respecto:

1. El artículo 464 establece una presunción de título apto para usucapir.

Esta es la tesis de la doctrina conocida con la denominación de «tradicional», que si bien admite el precedente francés de nuestro artículo, trata, sin embargo, de interpretarlo con arreglo a cánones romanos.

TRAVIESAS es el representante de la doctrina clásica. Para él, la regla del artículo 464 no es sino una mera presunción de propiedad de carácter *iuris tantum*, y que, como todas las de su género, puede destruirse por la prueba en contrario. Ahora bien, cuando hayan transcurrido los tres años necesarios para la prescripción ordinaria de que habla el párrafo del artículo 1.955, el tenedor adquirirá el dominio y ya no cabrá prueba en contrario ni reivindicación alguna. PEDRO SOLS—(RDP, 1950, feb., pág. 128)— es quizá el último mantenedor de esta posición. Para él, la doctrina del artículo 464 y demás concordantes de nuestro Código civil, relativos a la posesión de buena fe interesante, para nuestro estudio se concreta en una regla general y varias excepciones:

Regla general.—Tratándose de bienes muebles, su posesión ininterrumpida como dueño de buena fe, unida al transcurso de tres años, permite ganar por usucapión el dominio de los mismos—artículos 464-1.º, inciso 1.º, y 1.955-1.º—.

El verdadero dueño puede reivindicar en tanto no transcurran esos tres años—artículo 464, párrafo 1.º, inciso 2.º—, pero reembolsando lo pagado por la cosa si se compró en venta pública—artículo 464-2.º—y aun lo prestado por un Monte de Piedad si se hubiera depositado en él—artículo 464-3.º—.

Excepción.—Las cosas muebles adquiridas en Bolsa o de comerciantes legalmente establecidos, dedicados habitualmente al tráfico de objetos análogos, entendiendo esto último del modo que preceptúa el artículo 85 del Código de Comercio, pertenecen al adquirente desde el momento de la adquisición por prescripción instantánea que establece a su favor la Ley—artículo 464-4.º del Código civil y 85 del Código de Comercio—.

Con esta interpretación concluye SOLS; la doctrina de nuestro Código resulta un todo razonable, sencillo, completo y sin oscuridades, y, por tanto, no caben, según la tesis clásica, adquisiciones *a non domino* de bienes muebles en el Código civil, quedando reducidas a las llamadas «prescripciones instantáneas del Código de Comercio».

2. El artículo 464, en su párrafo inicial, recoge un supuesto de adquisición *a non domino*.

Esta es la tesis de la doctrina llamada «germánica» que inició ALAS y a la que se adscriben PÉREZ Y ALGUER, CASTÁN, GARRIGUÉS, NÚÑEZ LAGOS, ANGEL SANZ, HERNÁNDEZ GIL, GÓMEZ-ACEBO. Y más recientemente, MELÓN IFANTE. Reconoce, como la doctrina clásica, que el artículo 464 del Código civil tiene su precedente inmediato en el Código francés, pero—a diferencia de aquélla—trata de encontrar el espíritu de nuestro precepto en los precedentes históricos del artículo 2.279 y en brotes medievales de que antes hemos hablado. Para esta doctrina existe también una regla general y varias excepciones, delimitadas por la frase «sin embargo» del artículo 464:

Regla general.—Esta se refiere a los supuestos de la posesión de la cosa por acto voluntario del propietario, esto es, cuando «el poseedor que enajena la cosa» la tenía en su poder por una relación jurídica derivada de un negocio jurídico, por ejemplo: usufructo, uso, prenda, arrendamiento, etc. En tal supuesto, cuando el poseedor enajena la cosa al tercero de buena fe, la posesión de éste equivale al título, título de propiedad, con lo que se establece una verdadera adquisición *a non domino*.

Excepciones.—Esta regla no se aplica cuando el propietario hubiera perdido la cosa o hubiera «privación ilegal» de la misma. En estos casos, el principio de la posesión equivale al título, no podrá

tener aplicación y la cosa podrá ser reivindicada cualquiera que sea la persona que la haya adquirido y aunque se den los supuestos de posesión de buena fe del adquirente. Este sólo podrá adquirir la propiedad por el procedimiento de la usucapión y con los requisitos del artículo 1.955 del Código civil. La protección del tercero en este caso no actúa por la AND, sino mediante la reintegración del precio que hubiera dado por ella, si la adquirió en venta pública, o del importe del préstamo e intereses si se pignoró en el Monte de Piedad.

Finalmente, cuando la adquisición se realizase en Bolsa, feria o mercado o de un comerciante legalmente establecido la protección se regula por el Código de Comercio, que acepta el principio germánico en términos más enérgicos que el Código civil, pues la adquisición a non domino se produce sin necesidad del requisito de buena fe, sin distinguir el origen de la posesión de las cosas, no exceptuando, por tanto, la pérdida o privación ilegal. Se aplica este sistema para las cosas adquiridas en almacenes o tiendas abiertas al público—art. 85 C. de C.—y de un modo especial para el dinero—art. 86 C. de C.—y los títulos al portador—arts. 324 y 545 C. de C.

La frase «privación ilegal».—Ahora bien: la interpretación que acabamos de exponer, siguiendo a HERNÁNDEZ GIL, parece que encuentra un obstáculo dentro de su propio artículo 464, 1.º y 2.º, según el alcance que se dé a la frase «privación ilegal», que exceptiona la regla general de AND. La doctrina ha sostenido dos posiciones:

1.ª Entender que la frase dicha comprende todos los casos en que no tenga lugar una transmisión válida, con lo que destruye la aplicación del párrafo primero del artículo y limita extraordinariamente su aplicación. Así lo sostiene ALAS.

2.ª Salvar el escollo de dicha frase interpretándola en sentido muy restrictivo. PÉREZ y ALGUER la asimilan a «hurto o robo», basándose en los términos «perdida o sustraída», empleados por el párrafo segundo del propio artículo 464. N. LAGOS llega a igual conclusión fundándose en el artículo 1.956, que habla de las «cosas muebles hurtadas o robadas». HERNÁNDEZ GIL parte del artículo 1.962 del Código civil, el cual al referirse al 1.955, 3.º, sustituye

la frase «privación ilegal» por «hurto o robo», y como este artículo se remite a su vez al 464, privación ilegal, sustracción y robo y hurto tienen el mismo sentido según una interpretación auténtica.

3.^a El artículo 464 se refiere a la reivindicación mobiliaria. Apartándose de los puntos de vista expuestos, se había ya mantenido por algunos autores que el artículo 464 se refería a la reivindicación en materia de bienes muebles. En este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, BONET RAMÓN.

Esta directriz ha tenido un desarrollo magistral en el fundamental trabajo de VALLET—ADC, 1956—. El artículo 464, según el pensamiento de nuestro compañero, no tiene por fin consagrar una adquisición a *non domino*, ni una prescripción adquisitiva. Su tema es la reivindicación mobiliaria, o, con mayor precisión, los efectos de la posesión de bienes muebles en el ámbito de la reivindicación.

WALLET basa su tesis, entre otras cosas, en la posición sistemática de nuestro artículo 464, enclavado en plena sede de los efectos de la posesión. Al contrario, el artículo 2.279 está contenido en la prescripción; el 932 del BGB, lo está en materia de propiedad y la misma situación tiene el 1.035 del Código. Esto explica que nuestro artículo 464 no plantee un problema de adquisición de propiedad de las cosas muebles por parte del tercero, sino una cuestión de reivindicación por el *dominus* desposeído de su cosa.

Centrado el tema en la reivindicación, el artículo 464 tiene su explicación en la manera diversa con que actúa dicha acción en materia de muebles. La reivindicación de bienes inmuebles debe apoyarse en título de dominio. Hay que justificar la adquisición dominical. En cambio, en la reivindicación mobiliaria la justificación del dominio se hace por el reverso. En ella no es con la presentación de títulos adquisitivos cómo se puede demostrar la titularidad de la cosa, sino acreditando la posesión anterior en concepto de dueño y probando la pérdida o privación ilegal de la misma. No hay, pues, que probar la adquisición de la propiedad, lo que sería muy difícil, dado el régimen de clandestinidad por que se rigen las transacciones mobiliarias, sino la posesión. Tampoco precisa probarse la buena fe, pues se presume.

Así las cosas, el artículo 464 parece confundirse con el 448, que dice: «El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la pre-

sunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo.» Sin embargo, la diferencia entre el 448 y el 464 es incuestionable, según VALLET. El primero sienta una presunción *iuris tantum* de título que puede desvirtuarse probando la nulidad o la ineficacia absoluta o relativa de aquel título o presentando al reivindicante el suyo preferente. En cambio, la presunción del 464 funciona de muy distinta manera. Este precepto sienta una regla de valor: la posesión equivale al título, y esta equivalencia es la que no permite que se enerve por otro título propiamente dicho; la alegación de un título contrario carece de valor porque en materia de muebles la posesión es la base de la justificación del dominio, del mismo modo que la prueba de los títulos propiamente dichos justifica la propiedad en los inmuebles. Y si en estos bienes, para enervar el título en que el poseedor funda su derecho, es necesario que el reivindicante, previamente a probar su título, obtenga—aunque sea en el mismo juicio—la declaración de nulidad de aquél, tratándose de bienes muebles, en cambio, para enervar la equivalencia al título de la posesión del demandado, el reivindicante deberá probar que perdió la cosa o fue privado de ella ilegalmente, o bien demostrar que es él el que civilmente posee frente a la posesión material del demandado, o que le faltan a éste los presupuestos necesarios para dicha equivalencia.

Finalmente, estima VALLET que el artículo 1.955 es perfectamente compatible con la interpretación que da del 464. El poseedor de buena fe—dice—, en base del 464, puede rechazar cualquier reivindicación por el solo hecho de ser poseedor, sin necesidad de apoyarse en el artículo 1.955, pero si el vindicante demostrase que la cosa que reivindica la había perdido o había sido privado de ella ilegalmente entonces el poseedor, si quiere defenderse, deberá justificar, conforme al 1.955, que la ha usucapido por poseerla durante tres años, si presenta justo título (entonces ha desaparecido la equivalencia entre posesión y justo título, y por ello ha de presentar otro), o durante seis años si no se presenta este justo título.

4.ª El artículo 464 contiene una presunción de propiedad que sólo cede ante la prueba de que el dueño fue privado de ella injustamente, carga que incumbe a este último. Esta es la tesis mantenida por nuestro Tribunal Supremo, que la apoya en los siguientes argumentos:

A) No debe pensarse que el ánimo del legislador fuera transcribir pura y simplemente el precepto del Código francés, cuando la palabra *vol* robo, de significado estricto, viene a ser sustituida por la de privación ilegal, mucho más amplia que aquélla.

B) Tal interpretación es la más conforme a la inspiración romana, que es la de nuestro Derecho tradicional.

C) La seguridad del tráfico queda salvaguardada con la vigencia de la legislación mercantil, a que hace referencia el Código español.

D) No puede decirse que el precepto resulte estéril a los fines de un menor rigorismo en materia de posesión de bienes muebles, puesto que establece a favor del poseedor de buena fe una presunción de legitimidad que le exime de toda prueba, haciendo recaer la carga de ésta sobre el que alega su dominio.

E) El creciente valor alcanzado por los bienes muebles, que haría sumamente peligrosa la extensión de este principio.

F) El punto de vista ético, que exige no extremar las facilidades en sancionar la adquisición de la propiedad sin una transmisión de ésta por parte del que tiene derecho sobre ella.

Esta Sentencia (19 de junio de 1945), fundamental en el punto que nos ocupa, ha motivado interesantes comentarios, algunos de los cuales quizá no han interpretado rectamente la doctrina contenida en la misma.

VALLET, en el ADC 1952, ha llevado a cabo un detenido estudio de la misma. Este autor, criticando la opinión de GÓMEZ ACEBO, dice que el Tribunal Supremo distinguió cuidadosamente: 1) De una parte, el criterio de quienes alegan que el artículo 464 presupone el transcurso del tiempo normal establecido para la prescripción de muebles a que se refiere el artículo 1.955. 2) De otra, la opinión de quienes estiman que este precepto (464 C. c.) se limita a establecer en favor del poseedor de buena fe una presunción de propiedad que sólo cede ante la prueba de que el dueño fue privado de ella injustamente, carga que incumbe a este último.

La segunda de estas dos posiciones (continúa VALLET), y no la primera, es la aceptada por la sentencia de referencia, el Tribunal

Supremo establece a favor del poseedor de buena fe una presunción de legitimidad que le exime de toda prueba haciendo recaer la carga de ésta en el que alega su dominio. Prueba que, a su vez, para su eficacia requiere el concurso favorable e imprescindible de otra prueba conexas: «que el dueño privado de ella (de la cosa mueble) lo haya sido injustamente».

Una simple presunción de título apto para la usucapión no daría al poseedor ventaja procesal, fuera del supuesto en que se discute la prescripción ordinaria. Es decir, sólo sería útil después de los tres años de su posesión. En cambio, la presunción de ser dueño el poseedor sólo enervable por la prueba a cargo del dueño de haber sido privado ilegalmente de la cosa, le sitúa de hecho en una posición casi tan favorable como la resultante del artículo 2270 del Código francés.

La presunción de titularidad del artículo 464 excede del ámbito de simple presunción *iuris tantum*, con su prueba en contrario limitada a determinar los supuestos (pérdida o privación ilegal). Significa una *negatio actionis* al titular fuera de los casos en que pruebe haber perdido la cosa mueble o sido privado ilegalmente de ella. Es decir, llega a establecer una presunción *iuris et de iure* (que como tal no es una verdadera presunción, sino una negación del derecho de la otra parte), frente a quien no demuestre haber sido privado ilegalmente de la cosa o haberla perdido.

La Sentencia de 3 de marzo de 1951, aun cuando no aborda directamente el problema de si el artículo 464 determina una adquisición de propiedad, parece, sin embargo, partidaria de la dirección que hemos llamado negativa—dice PEÑA—porque entiende que la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título para la usucapión. No obstante, continúa este comentarista, esta razón no es decisiva, ya que hay autores que, aun entendiendo que el artículo 464 determina adquisición de propiedad, le da también este valor, puesto que la usucapión ordinaria de muebles es posible respecto de los bienes muebles llamados «extrañados» (perdidos, hurtado o no robados).

5.ª Nuestra opinión:

A. A la tesis que refiere el 464 a la reivindicación mobiliaria pueden oponérsele los mismos reparos sistemáticos que a la tesis

germánica, que ve en el 464 una verdadera adquisición a *non domino*. Si el emplazamiento adecuado de un precepto relativo a los modos de adquirir debe ser el lugar destinado a tratar de la propiedad, lo mismo cabe decir de la acción reivindicatoria; si la valoración de la posesión es suficiente para llevar una regla sobre dicha acción a la sede de aquélla, no se ve qué razón pueda alegarse para que no se lleve también una norma sobre adquisición del dominio basada en dicha posesión.

B. No basta situar el 464 en el campo procesal, considerándolo como una *denegatio attionis* frente a la acción reivindicatoria del *dominus*. Así se deja sin explicar la cuestión sustantiva de fondo. ¿Qué ocurre cuando no puede actuarse la reivindicación por no haberse perdido la cosa ni haberse privado de ella ilegalmente? La *denegatio attionis* al dueño no tiene una base simplemente procesal, sino que es la consecuencia de la extinción de la propiedad del reivindicante extinción determinada por la adquisición del tercero que adquiere la posesión de buena fe.

C. La tesis de VALLET puede aceptarse admitiendo que la posesión vale como título de propiedad. Así puede afirmarse que el *dominus* no puede reivindicar su cosa del adquirente del *non dominus*. Admiendo la propiedad del tercero que posee de buena fe, frente a él no puede prevalecer el título del *dominus*, porque su propiedad quedó extinguida.

D. Rechazamos la teoría del Tribunal Supremo. Afirma que el artículo 464 consagra una presunción de dominio en favor del poseedor de cosa mueble; de buena fe es dejar las cosas a medias, porque no explica la razón por la que dicho poseedor se queda con la cosa cuando no puede prosperar la reivindicación del *dominus*. Si afirmamos que estamos ante una situación de irreivindicabilidad simple, es aplicable aquí lo que antes dijimos: la denegación de dicha acción implica, en el fondo, una regla de derecho sustantivo; es el índice de que la posesión ha devenido un modo de adquisición de la propiedad. La *denegatio* es la consecuencia de la extinción de la propiedad del *dominus*.

E. Entendemos únicamente admisibles las dos posturas que plantean el tema cuestionado en el campo del derecho sustantivo:

La que cree que la posesión actúa como justo título para la usucapión, y la que cree que existe verdaderamente AND. A nuestro juicio, está última debe ser la postura admisible. La otra no explica el origen inmediato de nuestro precepto en el artículo 2.279 del Código y olvida los precedentes destacados por VALDEAVELLANO y MEREÁ.

POSIBILIDAD DE UNA TEORIA GENERAL DE LA AND EN EL DERECHO ESPAÑOL

Estudiados los diversos supuestos que pueden estimarse como de AND en nuestro Derecho, cabe plantear—con JORDANO PARRA—la cuestión de si puede inducirse de ellos un principio general de estas adquisiciones en el Derecho civil, o si se trata de supuestos excepcionales que deben ser objeto de interpretación restrictiva.

La posibilidad de una teoría general ha tratado de construirla dicho autor apoyándola en la analogía *iuris*, para llegar a la conclusión de que en ninguno de los supuestos analizados anteriormente existe base suficiente para tal extensión analógica. Tal posibilidad tampoco puede aceptarse sobre la base de un principio general de apariencia.

Entre los autores extranjeros, principalmente entre los italianos, se discute si la apariencia es o no principio general de derecho, pero, a pesar de los esfuerzos hechos en pro de una solución positiva, la que predomina es la tesis negativa. En nuestra doctrina ni siquiera HERNÁNDEZ GIL se ha atrevido a mostrarse abiertamente partidario del principio de la apariencia. Por ello suscribimos la afirmación de JORDANO cuando dice que en nuestro ordenamiento no hay duda de que rige el principio general de la irrelevancia de los negocios sobre el patrimonio ajeno. Los supuestos del artículo 464, sus concordantes, y el 34 de la Ley Hipotecaria son supuestos excepcionales que hay que interpretar restrictivamente. En verdad—añade dicho autor—, es misión del legislador y no del intérprete determinar en qué casos debe darse protección a la expectativa de terceros respecto del titular del derecho que queda sacrificado.

BIBLIOGRAFIA

- ALAS: *Estudio sobre la publicidad en el Derecho privado 1920*.—BERGAMO: *La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español*, C. C. N. V., 1946.
- BETTI: *Teoría del negocio jurídico*.—HERNÁNDEZ GIL: *El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código civil y una posible interpretación de la frase privación ilegal*, R. D. P., 1944, págs. 491 y sigs.—HERNÁNDEZ GIL: *De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil*, R. D. P., 1945.
- JORDANO BAREA: *La teoría del heredero aparente*, A. D. C., T. III, pág. 668.
- LADARIA: *Legitimación y apariencia*, Madrid, 1952.—MELÓN INFANTE: *La posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título*, Bosch, Barcelona, 1957.—MELÓN INFANTE: *La adquisición de mercaderías en establecimientos mercantiles*, Bosch, Barcelona, 1958.—MENGONI: *L'acquisto a non domino*, Milán, 1962. Curso en la Universidad de Milán 1961-62.—NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa*, 1934.—NÚÑEZ LAGOS: *Perfiles de la fe pública*, A. D. C., II-I, pág. 28.—PEÑA, M.: *Comentario a la sentencia de 3 de marzo de 1951*, A. D. C.—ROCA-SASTRE: *Derecho hipotecario*, Quinta edición.—SANZ FERNÁNDEZ: *La prenda sin desplazamiento*, AAMN, II, págs. 143 y sigs.—SOLS: *Ensayo sobre la prescripción adquisitiva de bienes muebles*, R. D. P., 1950.—TRAVIESAS: *Extinción y reivindicación del derecho de propiedad*, R. D. P., 1920.—VALLET: *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil*, A. D. C., 1956, página 361.—GÓMEZ-ACEBO: *«La buena y la mala fe»*, R. D. P., 1952.

VICENTE FONT BOIX,

Notario de Granada.

NOTAS

Notas al régimen económico-matrimonial de Alemania (República Federal)⁽¹⁾

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—1.1. Régimen anterior al Código civil.—BGB.—1.2. Modificaciones introducidas por el BGB en el Derecho Matrimonial de bienes.—1.3. Problemas planteados ante la adopción del principio de equiparación jurídica del varón y la mujer.—2. La Ley de equiparación de 18 de junio de 1957: sus innovaciones.—2.1. Contrato matrimonial: Libertad limitada de pacto. Mutabilidad.—2.2. Condiciones de validez de los contratos matrimoniales: Capacidad jurídica. Forma.—2.3. Publicidad de los contratos de matrimonio: Registro de Bienes del Matrimonio.—3. Principios de Derecho Internacional Privado Alemán aplicables a los contratos de matrimonio: Regla General.—3.1. Mutabilidad del régimen matrimonial: Modificación del estatuto personal. Modificación de la Ley competente. Modificación por contrato de matrimonio. Protección a los terceros.—3.2. Esposos que se hubieran casado sin contrato de matrimonio: Regla General: Esposos de nacionalidad extranjera: a) Esposos de la misma nacionalidad. b) Esposos de diferente nacionalidad. c) Doble nacionalidad. d) Apatridia.—4. Régimen legal de la «Zugewinnngemeinschaft».—4.1. Funcionamiento del régimen legal durante el matrimonio: a) Determinación del patrimonio «inicial» de cada esposo.—4.2. Administración y disposición por cada cónyuge de su patrimonio inicial: a) Regla General. b) Administración. c) Disposición: 1. Limitación impuesta a cada esposo de no poder disponer del conjunto de su patrimonio sin el consentimiento o la ratificación posterior del otro.—2. Limitación impuesta a cada esposo de no poder disponer de los objetos del hogar sin consentimiento del otro.—4.3. Funcionamiento del régimen legal a la disolución del matrimonio: a) Disolución por divorcio. b) Disolución por muerte de uno de los cónyuges. c) El reparto anticipado de beneficios: Separación de hecho. Otros casos de reparto anticipado.—5. Regímenes convencionales.—6. Régimen de separación: Efectos.—7. La comunidad general de bienes.—7.1. Las tres masas de bienes en los regímenes de comunidad.—7.2. La administración del patrimonio común: 1. Administración por uno de los cónyuges.—2. Administración conjunta del patrimonio. 3. La comunidad continuada de bienes.

(1) No existe un régimen de bienes unitario para las dos Alemanias, pues aunque la Constitución de la República Democrática de 7 de octubre de 1949 introdujo el principio de la equiparación de sexos, el Código de Familia de la misma, de 20 de diciembre de 1965, ha impuesto—imperativamente—el régimen de la comunidad reducida a las adquisiciones, sistema similar al de los demás ordenamientos jurídicos de la Europa del Este.

1. *Introducción.*

Todo régimen económico-matrimonial tiende a la satisfacción de dos categorías de intereses: los peculiares de cada esposo y de su familia, y los de la asociación conyugal en general; de ahí que las modalidades técnicas de los diferentes sistemas se centren en torno a dos series de cuestiones: de un lado—problema de titularidad—, la necesidad de catalogar los bienes y determinar los derechos de los esposos sobre los que le sean propios, sobre los del otro cónyuge y, en su caso, sobre los comunes; de otro—problema de disposición—, precisar el contenido del poder o poderes de los esposos sobre tales especies de bienes. La solución de estas cuestiones se ha centrado en Derecho alemán a través de las siguientes tendencias:

- independencia de patrimonios en el sistema de separación;
- concentración de bienes o de rentas, bajo un solo esposo en el régimen de la unión de bienes;
- constitución de un patrimonio común y cuasi-autónomo, destinado a reparto en el sistema comunitario.

1.1. *Régimen anterior al Código civil—BGB—.*

Antes de la entrada en vigor en 1900 del Código civil—BGB—, coexistían en Alemania más de cien diferentes sistemas que se entroncaban con formas jurídicas, germanas y romanas, o con las derivadas de la combinación de ambas, y cuyas modalidades variaban, según las regiones, ciudades y clases sociales. Estos diversos regímenes matrimoniales se hallaban organizados alrededor de tres fundamentales y antitéticos principios: la unidad de bienes, la comunidad y el régimen dotal que había penetrado a través de la recepción del Derecho romano; principios que, a su vez, procedían, o de una atenuada idea de separación—régimen dotal y sistema de unidad de administración—, o de una clara regla comunitaria—comunidad general de bienes o sus variedades de comunidad de ganancia y comunidad de muebles—.

En el primero, contribuye la mujer a los gastos del matrimonio, entregando al marido una parte de sus ingresos, o una parte de sus bienes en administración o en propiedad «dos», con la obli-

gación de restituirla a la disolución del matrimonio. En el fondo se trata de un sistema de separación, atemperado por la entrega de la dote.

En el sistema de la unidad de administración, el patrimonio de la mujer entra en la *gewere* del marido para la debida tutela—régimen de administración de beneficios por el marido o régimen de administración y disfrute—, que tiende a suavizar la separación de las masas patrimoniales, situando unitariamente su administración y utilización durante el matrimonio.

Por el contrario, la idea de comunidad encuentra su más perfecta expresión en la comunidad general de bienes, en la que los patrimonios de los cónyuges se confunden totalmente en lo que respecta a su propiedad—bienes comunes—, que incluso a la disolución no se reintegran a su procedencia.

Derivado del anterior, es el sistema que excluye de la comunidad a determinados patrimonios de los cónyuges, comprendiendo aquella solamente las ganancias comunes—comunidad de ganancias—o, junto a ellas, al patrimonio mobiliario—comunidad de muebles—.

1.2. *Modificaciones introducidas por el BGB en el Derecho matrimonial de bienes.*

Es el BGB, completado en este punto por las Leyes de 6 de julio de 1936 y 20 de febrero de 1946, el que lleva a cabo la unificación del Derecho matrimonial de bienes al adoptar como régimen legal el de la «administración y goce de los bienes de la mujer por el marido», entonces vigente en el Norte de Alemania. En este sistema, el patrimonio del marido, los bienes aportados por la mujer y los bienes reservados o de economía propia de la misma, permanecen completamente separados, ya que no originan la constitución de ningún patrimonio común, y si tan sólo sitúan los bienes aportados por la mujer, bajo la administración y disfrute del marido, que no tiene facultad alguna sobre los bienes reservados. Además, salvo casos excepcionales—parágrafo 1.376 BGB—, el marido no puede disponer de los bienes aportados sin el consentimiento de su esposa, quedando obligado a rendir cuentas de su administración a la disolución del matrimonio y a la restitución del capital aportado —1.391 y 1.421 BGB—.

Este sistema legal adolecía de dos inconvenientes esenciales, especialmente en cuanto a la mujer, que no sólo se encontraba en situación de dependencia respecto de su esposo, sino que se veía excluida de la administración del patrimonio aportado y del reparto de los beneficios obtenidos durante la vigencia del régimen matrimonial. Pese a que esta desventajosa situación se justificaba por el hecho de recaer sobre el marido toda la responsabilidad derivada del riesgo, cargas y deudas, el BGB atendió a compensar económicamente a la mujer, en especial a través del Derecho sucesorio, a base de conceder al cónyuge sobreviviente una participación importante en la sucesión del esposo fallecido, al tiempo que reiteradas decisiones jurisprudenciales, basadas en la finalidad de imponer el reparto de beneficios, pusieron de manifiesto la existencia de una sociedad tácita cuando la mujer colaborase en los negocios del marido (2).

También el BGB redujo el número de los regímenes matrimoniales a los siguientes tipos: la comunidad general de bienes, la separación de bienes, la comunidad de adquisiciones—sistema intermedio entre el legal y la comunidad universal—y la comunidad de muebles.

1.3. *Problemas planteados ante la adopción del principio de equiparación jurídica del varón y la mujer.*

La Ley de 1 de abril de 1953 estableció el principio de equiparación jurídica, por lo que, a partir de esta fecha, cada esposo pasó a disponer libremente de sus bienes, si bien no fue inmediatamente corregido el perjuicio que se ocasionaba a la mujer por el hecho de no participar en el reparto de beneficios; de ahí que la doctrina y la jurisprudencia considerasen que solamente el régimen de separación de bienes sería compatible con dicho principio igualitario.

(2) Los Tribunales no impusieron obstáculos a la admisión de las sociedades entre esposos, logrando, por medio de la «sociedad interna», un procedimiento técnico y cómodo para realizar tal reparto de beneficios. Así, según la jurisprudencia, una colaboración efectiva y superior a lo que la costumbre exige, crea entre esposos una sociedad tácita. Estas decisiones, primeramente aplicadas a los casados bajo el régimen de separación de bienes, se extendieron a los que contrajeran matrimonio bajo el régimen legal, ya que, según sus postulados, es del todo conforme a la naturaleza de la comunidad conyugal que los esposos participen de los resultados del trabajo común, siempre que éste sea diferente de la simple ejecución de los deberes conyugales

Ahora bien, esta idea de la equiparación jurídica impuso al legislador el trazar un régimen legal que, contrariamente al anterior, asegurase la igualdad de los esposos, tanto en el aspecto jurídico, es decir, en lo relativo a sus poderes como en el aspecto económico, reparto de las ganancias obtenidas durante el matrimonio.

Pero con la introducción del referido principio de igualdad, el problema de la elección o de la configuración del régimen legal se complicaba extraordinariamente, ya que, de un lado, habría que atender a implantar en la técnica de los sistemas matrimoniales, si no el principio, sí al menos la idea de igualdad de los esposos, y, en otro aspecto, a organizar la protección de los bienes necesarios a la existencia de la familia, es decir, a contribuir a la formación de una comunidad de bienes como lógica consecuencia de la comunidad de personas y siempre con el inevitable resultado de la compenetración de principios separatistas y comunitarios. Pues aunque el régimen de la separación de bienes logra la igualdad jurídica de los esposos en cuanto a los poderes sobre sus patrimonios, adolece del esencial defecto de desconocer la igualdad económica, padeciendo el régimen de comunidad de un contrapuesto inconveniente: la igualdad económica se realiza con el reparto de los bienes comunes, mientras que la igualdad jurídica no se respeta, ya que la mujer no participa, sino en una pequeña medida, en la gestión de los bienes de la comunidad.

2. *La Ley de equiparación de 18 de junio de 1957: sus innovaciones.*

Esta Ley sobre «equiparación jurídica del varón y la mujer en el ámbito del Derecho civil», que entró en vigor el 1 de julio de 1958, a base de combinar las modalidades de los regímenes de separación de bienes y de comunidad, introduce las siguientes innovaciones:

— Modifica los párrafos del BGB, relativos al régimen matrimonial, para armonizarlos al nuevo principio de igualdad—1.356 a 1.390 (3)—.

(3) Todas las citas sobre párrafos del BGB han de entenderse referidas al nuevo texto que reciben por la Ley de equiparación.

— Rechaza el sistema de la comunidad de adquisiciones (4), determinando como «estado legal» un sistema de separación de bienes con nivelación de ganancia al que califica de «comunidad de ganancias» o—*Zugewinnngemeinschaft*—, 1.363 y siguientes BGB (5).

— Este régimen matrimonial legal supone una situación intermedia entre la separación de bienes, de la cual toma el principio de la separación de patrimonios y los regímenes comunitarios, de los que recoge el principio de la distribución o reparto de los beneficios a la disolución. Pero su originalidad, respecto a estos dos sistemas, reside en las limitaciones impuestas a los poderes de los esposos para disponer libremente de sus bienes, así como en la ausencia de constitución de una masa común para repartir a la disolución del matrimonio (6).

— La nota tipificadora del nuevo régimen legal de bienes estaba en ser un sistema de separación que tan solo cuando termina y

(4) Esta rehusa se ha basado fundamentalmente en las tres siguientes causas:

- la administración de los bienes comunes no se ajusta de manera satisfactoria al principio de igualdad de los cónyuges;
- la liquidación de los bienes comunes creará numerosas dificultades cuando finalice el matrimonio;
- finalmente, el problema de la responsabilidad por deudas en este sistema tampoco tiene una adecuada solución.

(5) La traducción del término alemán ha dado lugar a diversas acepciones. Diferentemente se considera como comunidad de adquisiciones, comunidad de beneficios, participación en las adquisiciones, compensación o reparto de beneficios, nivelación de ganancias.

(6) Al igual que las reformas introducidas en las legislaciones francesa, holandesa y proyecto belga, el BGB establece un régimen matrimonial de carácter imperativo que regula:

- la contribución a los gastos del hogar—1.360 y 1.360 a) BGB—,
- el mandato doméstico de la mujer—1.357 BGB—;
- la colaboración de uno de los esposos a la profesión o empresa del otro —1.356-2)—;
- el estatuto de los bienes afectos a la vida común—1.369 y 1.361 a) BGB—;
- las presunciones relativas a la propiedad de los bienes de uno u otro esposo—1.362-1) BGB—.

Sin embargo, para O. SANDROCK, estos problemas patrimoniales de «base» no encuentran una solución ideal en la legislación alemana de 1957, ya que el régimen del mandato doméstico de la mujer no está ajustado ni al principio de igualdad ni a las necesidades de la práctica. Asimismo, los problemas que plantean la colaboración de uno de los esposos en la profesión o empresa del otro han sido abandonados en gran medida a las decisiones de la jurisprudencia y doctrina. Tampoco se encuentran suficientemente protegidos los bienes del hogar contra los actos de disposición del esposo propietario que podrán resultar perjudiciales a la familia. Finalmente, las presunciones de propiedad manifiestan un excesivo cuidado para la protección de los acreedores.

entra en su fase liquidatoria, está adornado de ciertos elementos comunitarios, formados por la «nivelación de ganancia».

— Este régimen se aplica a los casados bajo el anterior sistema legal que no hubieren suscrito antes del 30 de junio de 1958, ante Tribunal competente, una declaración, manifestando su propósito de mantener la separación de bienes (7).

— La Ley reduce el número de regímenes convencionales de los que suprime: «la comunidad de adquisiciones», por estimar el legislador que el sistema legal es suficiente para realizar un reparto de beneficios a la disolución; «la comunidad de muebles y de adquisiciones», por resultar en la práctica raramente elegida y conserva tan sólo el régimen comunitario universal, y el de separación, que es a la vez régimen legal. cuando se impone a continuación de un reparto anticipado o de una disolución anticipada de la comunidad. y régimen convencional, cuando libremente se elige por contrato.

2.1. *Contrato matrimonial.*

El régimen legal no se impone a los cónyuges, sino que tiene un carácter meramente dispositivo. Estos pueden regular contractualmente sus relaciones patrimoniales, que tan sólo a falta de contrato se someterán a las disposiciones legales—sistema legal de la nivelación de ganancia—; así, el 1.361 dispone que «los cónyuges viven en el estado de bienes de la comunidad de ganancia, si no pactan otra cosa por contrato matrimonial».

Este contrato, que podrá tener lugar antes o después de celebrado el matrimonio, se encuentra tipificado por los siguientes caracteres:

Libertad limitada de pacto.—Aparte naturalmente de las limitaciones generales a la libertad de contratación, se reconoce a los esposos plena libertad para estipular y elegir cualesquiera de los regímenes previstos por la Ley, o regular sus convenciones, sin atenerse a un régimen tipo, pero con la limitación de que no podrán establecer

(7) Cada cónyuge casado antes del 22 de junio de 1957 pudo hasta el 30 de junio de 1958 excluir el régimen legal. Entre las personas acomodadas, esta posibilidad ha sido extensamente utilizada.

en el contrato matrimonial restricciones contrarias a uno de los esposos, ni consignar aquellas limitaciones que supongan derogación de los principios generales. Se les reconoce igualmente la facultad de adoptar toda clase de convenciones, incluso extrañas al Derecho alemán, siempre que sus preceptos no caigan fuera del marco de los regímenes regulados en el BGB (8).

Mutabilidad.—Los esposos pueden modificar o dejar sin efecto su régimen matrimonial, a la vez que tal modificación puede provenir de una decisión judicial. El BGB autoriza la demanda de disolución judicial de la comunidad—1.447, 1.448 y 1.469—, así como un reparto anticipado de las ganancias—1.385 y 1.386—.

Ambos caracteres se determinan en el párrafo 1.408: «los cónyuges pueden regular por contrato matrimonial sus relaciones jurídico-patrimoniales, y en especial, aun después de contraer matrimonio, pueden suprimir o modificar el estado de sus bienes», añadiendo el 1.409 la prohibición de que «el estado de los bienes o régimen legal de los mismos se determine por remisión a una Ley ya no vigente o a una Ley extranjera». Sin embargo, los esposos pueden por derogación a esta última regla referirse a la Ley de un país extranjero, si uno de ellos tiene en él su domicilio.

2.2. *Condiciones de validez de los contratos matrimoniales.*

Capacidad jurídica.—Tanto los mayores como los menores de edad que puedan contraer matrimonio, podrán otorgar sus contratos matrimoniales, si bien estos últimos necesitarán el consentimiento de su representante legal—padre o tutor—. Igualmente, el tutor precisará autorización del Tribunal de Tutelas en ciertos casos especiales: para pactar la exclusión de la participación en las adquisiciones, para la estipulación de la comunidad de bienes, etcétera. En el caso de que alguno de los contratantes esté limitado en su capacidad negocial, requerirá el asentimiento de su representante legal para dicha celebración—1.411 BGB—.

(8) En Alemania, los esposos pueden libremente elegir entre todas las convenciones de Derecho común. Esto hace que el contrato de trabajo, el contrato de sociedad, la simple copropiedad o aun el contrato de préstamo, sean utilizados en las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Por este medio, numerosas situaciones pueden encontrar una solución más adecuada que aquellas que son ofrecidas por el Derecho de Familia.

Forma.—El contrato de matrimonio deberá realizarse por acto auténtico ante Notario o Tribunal, con la presencia simultánea de los esposos o prometidos. La representación por mandatario se excluye para el contrato matrimonial—1.410 BGB—.

2.3. *Publicidad de los contratos de matrimonio.*

Dado el principio de libertad de contratación, no puede de antemano ser conocido el régimen de bienes bajo el que viven los cónyuges, que es, sin embargo, de fundamental importancia para los terceros que con ellos entran en relación. De ahí que el BGB haya creado un Registro Público, denominado «Registro de Bienes del Matrimonio», en el que los cónyuges pueden constatar las desviaciones al régimen matrimonial legal, así como las modificaciones a un régimen ya inscrito.

Este Registro Matrimonial, de absoluto carácter público, se encuentra a cargo del Tribunal a que corresponda el domicilio de los esposos o, en su caso, del marido, previéndose, en el supuesto de eventuales cambios de domicilio, que la inscripción se haga constar en los sucesivos del marido.

La sanción de la no inscripción es la inoponibilidad a terceros del contrato de matrimonio o de la convención modificando el régimen adoptado.

Sus asientos, a diferencia del Registro fundiario, no crean presunción de exactitud a favor de los adquirentes de buena fe, sino que tan sólo se rodean de una publicidad negativa: los hechos inscribibles no inscritos son inexistentes para aquéllos. Como consecuencia, a los terceros no les afecta la existencia de modificaciones inscribibles no inscritas, o de las modificaciones no inscritas al régimen inscrito, lo cual comunica una gran seguridad a las relaciones jurídicas. En este sentido, el parágrafo 1.412 BGB determina que, «cuando la derogación al régimen legal no hubiese sido inscrita, los que contraten con los esposos tienen el derecho de considerar la existencia del régimen legal, desconociendo, sea el contrato derogatorio del mismo, sea cualquier otro régimen que pueda aplicarse, según las reglas de los conflictos de Leyes», añadiendo el 1.413, que, «si un cónyuge somete su patrimonio a la adminis-

tración del otro, el derecho a revocar esta cesión en todo momento sólo puede excluirse o modificarse por contrato matrimonial».

Finalmente, la inscripción se publica por inserción en la hoja destinada a publicaciones, al tiempo que se permite que toda persona pueda consultarlo y solicitar sus extractos.

3. *Principios de Derecho internacional privado alemán aplicables a los contratos de matrimonio.*

Las reglas de conflicto se encuentran en los artículos 7 al 31 de la Ley de Introducción al Código civil—EGBGB—. En el examen de éstas cabe destacar:

Regla General.—La cuestión de determinar si los esposos pueden otorgar un contrato de matrimonio, y si éste puede tener lugar bajo las condiciones que hubieren adoptado, se determinará por la *Ley nacional*, aplicable al marido el día del matrimonio; rigiendo, por consiguiente, la Ley alemana cuando el marido tuviera esta nacionalidad o, cuando careciendo de ella, pueda aplicársele por ser apátrida o refugiado, en virtud de su residencia habitual en Alemania. Además, el Derecho alemán también se extenderá a los extranjeros, cuya Ley de origen reenvíe al mismo—artículo 27—, admitiendo una constante jurisprudencia, tanto el reenvío en primero como en segundo grado.

Cuando este reenvío no exista, el problema de determinar si los extranjeros pueden concluir un contrato de matrimonio, se apreciará en principio, según el Derecho extranjero. Sin embargo, a estos efectos, el artículo 15 contiene una norma especial para el caso de que ambos contratantes tengan su domicilio en Alemania, ya que en este supuesto se les autoriza para celebrar un contrato de matrimonio incluso no admitido por su Ley nacional; principio igualmente aplicable cuando las convenciones adoptadas en el contrato no estén admitidas por el Derecho extranjero, pero sí sean lícitas en Derecho alemán (9).

Para determinar la capacidad jurídica de cada persona, se aplicará el criterio de su estatuto personal, es decir, en principio su Ley

(9) Este principio no se extenderá a los súbditos italianos y holandeses, dada la Convención de La Haya relativa a los regímenes patrimoniales, cuyo artículo 4 se refiere exclusivamente a la Ley nacional.

nacional, habiéndose de tener en cuenta, en su caso, la nacionalidad de la mujer para resolver la cuestión de capacidad. Ahora bien, el estatuto personal indicará si la persona de que se trata tiene la capacidad jurídica general, por lo que la apreciación de si posee la capacidad especial o debe cumplir determinados requisitos, se resolverá, según el estatuto de los regímenes matrimoniales, atendiendo a la Ley personal, aplicable al marido el día del matrimonio.

En cuanto a la forma, el Derecho internacional privado alemán admite la validez del contrato de matrimonio que responda, sea a las exigencias de forma prescritas por el estatuto de los regímenes matrimoniales—Derecho nacional del marido el día del matrimonio—, sea a la forma válida del lugar en que se ha celebrado el contrato—artículo 11—.

Si el contrato de matrimonio tiene lugar en Alemania ante Notario de esta nacionalidad, su validez será admitida, en todo caso, incluso si en él participan extranjeros, siempre que se haya observado la forma del lugar del otorgamiento (10).

Si los súbditos alemanes otorgan un contrato de matrimonio en el extranjero, será suficiente que la forma prescrita en el lugar sea respetada, a menos que se establezca que los interesados se someten a la Ley alemana.

3.1. *Mutabilidad del régimen matrimonial.*

Esta puede deberse a las siguientes situaciones:

Modificación del estatuto personal.—El Derecho internacional privado alemán aplica el principio de la inmutabilidad y, en consecuencia, los derechos matrimoniales, en cuanto a los bienes, estarán regidos invariablemente por la Ley de la nación de que el marido fuese súbdito el día del matrimonio, incluso si con posterioridad el marido hubiera adquirido otra nacionalidad.

Modificación de la Ley competente.—En la Ley de equiparación, el legislador no se ha contentado con establecer un régimen legal para los matrimonios contraídos con posterioridad a la mis-

(10) Para los súbditos italianos y holandeses, el principio de la «Lex loci» no se admite, salvo que el estatuto matrimonial lo permita.

ma, sino que también interviene en los regímenes de los matrimonios existentes, transformándolos en el régimen legal de la nivelación de ganancia. Este procedimiento difícilmente se adapta a este Derecho internacional privado, dominado por la citada teoría de la «petrificación».

Modificación por contrato de matrimonio.—El problema de determinar si el régimen matrimonial puede ser modificado por voluntad de las partes, estará sometido al estatuto del régimen matrimonial, es decir, a la legislación del país del esposo en el momento de contraer matrimonio.

Protección a los terceros.—Cuando los esposos extranjeros, por origen o que han llegado a ser ciudadanos alemanes después de la celebración del matrimonio, establezcan su domicilio en Alemania, el régimen legal extranjero será asimilado a un régimen convencional, al que le serán aplicables el juego de presunciones y publicidad para su afección a terceros—artículo 16—.

3.2. *Esposos que se hubieran casado sin contrato de matrimonio.*

Regla General.—Cuando los esposos no hubieren otorgado contrato de matrimonio, sus derechos patrimoniales se regularán por las disposiciones legales concebidas para el caso normal—régimen legal de la nivelación de ganancia—.

Esposos de nacionalidad extranjera.—Cuando alguno o ambos esposos fueren de nacionalidad extranjera, la Ley de Introducción al Código civil establece los siguientes principios:

a) *Esposos de la misma nacionalidad.*—Los efectos del régimen matrimonial se someterán a la Ley nacional que tuviera el marido el día de la celebración del matrimonio—artículo 15—.

b) *Esposos de diferente nacionalidad.*—Cuando los esposos tuvieran diferente nacionalidad, la Ley del marido será la determinante del régimen, ya que éste habrá de ser uniformemente regulado. Por consiguiente:

— Si el marido ostenta la nacionalidad alemana y los esposos no han otorgado contrato matrimonial, será aplicable el régimen legal de la nivelación de ganancia.

— Si el marido posee la nacionalidad extranjera, el régimen matrimonial legal alemán no será aplicable, aunque la esposa ostente esta nacionalidad, determinándose, en este caso, el régimen según la Ley del marido. Ahora bien, como el Derecho extranjero puede reenviar al alemán, este reenvío—artículo 27—habrá de tomarse en consideración, pudiéndose de este modo paliar los inconvenientes de una estricta referencia a la nacionalidad.

Como hemos indicado, toda modificación ulterior de la nacionalidad del marido carecerá de influencia sobre el régimen matrimonial así determinado (11).

c) *Doble nacionalidad*.—Cuando alguna persona posea, además de la alemana, otra nacionalidad, para el Juez alemán será determinante la primera.

d) *Apátrida*.—La Ley nacional para los apátridas estará representada por la Ley del lugar de su residencia—artículo 29—, siendo, por tanto, aplicable al régimen legal, cuando el marido apátrida, en el momento de la celebración del matrimonio, resida habitualmente en la República Federal.

4. Régimen legal de la «Zugewinnngemeinschaft».

Este régimen legal que en principio se muestra como un sistema «separatista», pasa a convertirse en un régimen asociativo, es decir, según señala ZAJRAY, se trata de una comunidad corregida.

Esta alteración se debe a cuatro grupos de normas:

1. Las relativas a las restricciones que sufre cada esposo en la administración, y especialmente en la disposición de sus bienes.—1.365 a 1.369 BGB—.

(11) El Derecho alemán incluye en el estatuto personal las cuestiones relativas al régimen matrimonial, y, sin embargo, no admite todas las consecuencias de esta clasificación, ya que aplica a los inmuebles la Ley de su situación—artículo 28—. Como consecuencia, la Ley alemana continuará aplicándose a un inmueble, sito en Alemania, aunque una Ley extranjera regule los bienes de los esposos.

2. Al procedimiento de compensación, al momento de la disolución del matrimonio—1.363-2 y 1.372 y siguientes BGB—de los beneficios, ganancias o enriquecimientos, realizados por los esposos durante el matrimonio.

3. La solución sucesoria de la compensación de los beneficios matrimoniales por el aumento de la porción hereditaria del sobreviviente—1.371 BGB—.

4. La posibilidad de exigir la compensación anticipada de los beneficios en ciertos casos críticos—1.385 a 1.388 BGB—.

En su examen hay que diferenciar dos fases o etapas respectivamente delimitadas por la vigencia y terminación del matrimonio. Durante la primera, funciona con arreglo a los principios propios de los sistemas de separación de bienes, siendo en la segunda cuando entran en juego los escasos elementos de comunidad que le caracterizan: la nivelación de la *Zugewinn* o ganancia.

4.1. *Funcionamiento del régimen legal durante el matrimonio.*

El principio básico de la *Zugewinnngemeinschaft* es el de no crear ninguna masa común entre los patrimonios de los esposos, que permanecen perfectamente diferenciados a lo largo del matrimonio, no estando tampoco ningún bien especialmente afecto a las cargas del hogar o al reparto ulterior. Por tanto, no existe, al menos en teoría, distinción a realizar entre bienes propios y adquisiciones ni entre bienes personales y bienes matrimoniales, ya que la finalidad de la Ley ha sido el elaborar un régimen simple que evite las dificultades que provoca la creación de numerosos patrimonios entre dos personas. Sin embargo, esto no obsta para que los esposos puedan adquirir en común algún bien, que dependerá no de la comunidad y sí de una indivisión ordinaria.

En el funcionamiento de este régimen, que reduce al mínimo las complicaciones de todo régimen matrimonial, cabe distinguir:

a) *Determinación del patrimonio «inicial» de cada esposo.*

El patrimonio inicial estará representado por los bienes propios de cada cónyuge el día del matrimonio, a los que será preciso añadir los bienes que cada uno adquiera posteriormente por sucesión,

dote o donación, pues estos bienes, que no son beneficios, si recibirían tal trato si no se imputasen al cálculo de dicho patrimonio. Sin embargo, puede ocurrir que los bienes así adquiridos se excluyan del patrimonio inicial, cuando, de acuerdo con las circunstancias», no deban ser imputados—supuesto de la dote destinada a cubrir los gastos de la familia—.

La determinación del patrimonio inicial plantea la necesidad de que se realice por cada esposo un inventario de sus bienes al día del matrimonio, ya que, si la menor disputa surge a la disolución, cosa posible en caso de divorcio, la ausencia de inventario no hará más que complicar el sistema de reparto, con el confuso resultado de considerar a todos los bienes del patrimonio inicial como beneficios. De ahí que la Ley añada un valor probatorio particular al inventario para impeler indirectamente a los esposos a realizarlo. El inventario, según el 1.377, implica una presunción de exactitud, y en su defecto, el patrimonio inicial se tendrá por nulo, o, lo que es igual, todo aquello que poseyera un esposo al día del matrimonio se reputará como beneficios a la disolución. Además, los esposos tendrán interés en la formación del inventario para no caer de hecho bajo un régimen de comunidad universal, si bien esta presunción no es irrefutable, pues admite toda clase de prueba en contrario para evitar que el régimen legal se transforme de hecho, y en numerosos casos, en comunidad universal.

4.2. *Administración y disposición por cada cónyuge de su patrimonio inicial.*

a) *Principio general.*

El patrimonio personal de cada esposo, así como los bienes adquiridos por cada uno de ellos después del matrimonio, permanecen separados de los del otro—1.363 BGB—, y la única excepción a este principio es la de los objetos del hogar adquiridos por subrogación que continúan de la propiedad del esposo propietario del bien reemplazado, cualquiera que sea el cónyuge que hubiese pagado el precio.

La separación de bienes trae también aparejada la separación de deudas, con la excepción de que las derivadas de un acto realizado por la mujer en el cuadro de la gestión doméstica, son siem-

pre deudas del marido y subsidiariamente deudas de la mujer. Del mismo modo, el juego de presunciones *iuris tantum* de propiedad puede llevar a un esposo a pagar sobre su patrimonio personal las deudas contraídas por el otro (12). Estos son, en definitiva, los efectos generales del régimen que alteran inevitablemente la pureza del principio de la separación de patrimonios entre los esposos.

b) *Administración.*

La separación de patrimonios llama por reacción al principio de la unión de bienes y de la comunidad, a la libre gestión de sus patrimonios por los esposos, ya que esta libertad aparece como la única manera de respetar la igualdad jurídica de la mujer casada. En este sentido, el 1.364 dispone que «cada uno de los cónyuges administra de manera autónoma su respectivo patrimonio». Cabe igualmente la posibilidad del mandato entre esposos; así, el 1.359, regula especialmente el mandato por el cual un esposo abandona todo o parte de su patrimonio a la administración del otro».

c) *Disposición.*

El principio general es el de que «cada esposo conserva el poder de disposición de todos sus bienes»—1.364—. Pero aun cuando se permita esta amplia libertad de disposición a título gratuito u oneroso, el marido, y subsidiariamente la mujer, están obligados a afectar sus bienes a las cargas del hogar, sancionando la Ley una gestión contraria al interés de la familia y determinando la responsabilidad en que incurre cualquiera de los cónyuges que cause un perjuicio al otro al enajenar o destruir los bienes del hogar por mala fe o egoísmo.

(12) El 1.362 BGB dispone que «se presume en favor de los acreedores del marido y de los de la mujer, que los bienes mobiliarios que se encuentren en la posesión de uno de los esposos, o de ambos, pertenecen al deudor. Esta presunción no se aplicará cuando los cónyuges vivan separadamente y los bienes se encuentren en la posesión del esposo no deudor». Esta exclusión de la presunción, en caso de separación, muestra que la misma tiene su fundamento en la comunidad de vida que entraña uso común y, en consecuencia, confusión de bienes.

Igualmente existe la presunción de que las cosas exclusivamente destinadas al uso personal o a las actividades de uno de los cónyuges, pertenecen al mismo. Respecto a los inmuebles, el juego de presunciones no tiene aplicación, dada la garantía que representa la inscripción en el Registro de la Propiedad.

A diferencia también del régimen de separación de bienes, no existe una libertad absoluta de gestión, ya que el legislador impone a los esposos una serie de importantes limitaciones, a la libre gestión de ciertos bienes, en aras del interés y cohesión de la familia. Son éstas:

1. *Limitación impuesta a cada esposo de no poder disponer del conjunto de su patrimonio sin el consentimiento o la ratificación posterior del otro.*

El 1.365 establece que cada cónyuge sólo puede obligarse a disponer de su patrimonio «como un todo» si cuenta con el consentimiento del otro. Si se ha obligado sin el necesario asentimiento de este, únicamente puede cumplir la obligación cuando lo obtenga. En el caso de que el negocio jurídico que se pretende celebrar esté de acuerdo con las reglas de una ordenada administración, el Tribunal de Tutelas, a petición, puede suplir el consentimiento del otro cónyuge si éste se niega sin motivo suficiente a otorgarlo, o si está imposibilitado para emitir una declaración de voluntad al respecto por enfermedad o ausencia, y siempre que con la espera vaya unido un riesgo».

La sanción de ineficacia, en contravención de la regla anterior, se establece respecto a los contratos en el 1.366, y en cuanto a los negocios jurídicos unilaterales en el 1.367, que declaran: «los contratos y negocios jurídicos unilaterales que un cónyuge lleve a cabo sin el consentimiento del otro son ineficaces, si bien, tratándose de contratos, cabe que la posterior ratificación dé lugar a su eficacia».

En todos los casos en que un cónyuge haya dispuesto de su patrimonio sin el necesario consentimiento del otro, corresponde a éste el hacer valer judicialmente contra tercero los derechos derivados de la ineficacia de la disposición—1.368 BGB—.

Aunque el legislador ha pretendido proteger con estas normas la base misma de la existencia de la familia, no parece haber asegurado un equilibrio satisfactorio entre los dos intereses representados por la seguridad del tráfico jurídico y la protección de aquélla, como así lo acredita el importante número de decisiones judiciales recaídas en torno a las dos siguientes cuestiones: La dis-

posición de la totalidad de los bienes por uno de los cónyuges y la consiguiente protección a los terceros que con aquél contraten.

La jurisprudencia ha interpretado la noción de «totalidad de los bienes» desde un plano económico, considerando el «conjunto del patrimonio» como el volumen de bienes que esencialmente le constituyen y representan el recurso esencial para la existencia de la familia. Respecto a su disposición, aunque el Derecho alemán admite la disposición *inter vivos* del patrimonio, un esposo, como hemos indicado, no puede obligarse a disponer del conjunto del mismo sin el consentimiento del otro, que puede prestarlo, sea en el momento del acto de compromiso, sea en el momento del acto de ejecución de aquél (13).

Dentro de la noción de acto de disposición habrá de incluirse, en el sentido del 1.365 BGB, todo acto que tenga por objeto la pérdida o el menoscabo de un derecho real en provecho de un tercero. En este amplio aspecto, la disposición del conjunto de los bienes comprende su enajenación, su disposición a título gratuito y la constitución de derechos reales en beneficio de terceros. Problema debatido por la jurisprudencia es el de determinar si el hecho de gravar con garantía inmobiliaria un bien que represente la totalidad del patrimonio, constituye una disposición en el sentido del 1.365, siendo la tendencia dominante la de no admitir la aplicación de este precepto más que cuando la hipoteca atente a los fundamentos económicos de la familia. Otro problema, el de la aportación a sociedad, ha originado numerosas críticas al 1.365 a causa de sus posibles repercusiones en materia mercantil, por lo que un amplio sector doctrinal preconiza la no aplicación de éste, con el fin de evitar que el derecho de sociedades pase constantemente por el filtro del derecho de familia.

Respecto a los terceros, la Ley no establece en principio protección eficaz para los que contraten con un esposo sin consentimiento o ratificación del otro, ya que carecen de acción de ejecución y no se les concede ningún derecho en reparación de la fal-

(13) Ello se debe a que, en este derecho, el acto de disposición se divide en dos operaciones sucesivas: acto de compromiso—obligacional—, en principio creador de obligaciones, y acto de ejecución del compromiso—disposición—, traslativo de la propiedad. Por consiguiente, si uno de los esposos se compromete antes del matrimonio, siendo la ejecución posterior al mismo, el consentimiento de su cónyuge no será necesario.

ta de ésta; incluso, como hemos indicado, el cónyuge que no haya prestado su consentimiento puede hacer valer judicialmente contra tercero los derechos derivados de la ineficacia de la disposición. La Ley se limita a concederles las siguientes facultades:

- la posibilidad de revocación del acto si ignoraban que su contratante estaba casado—1.366,2—;
- la facultad de requerir al cónyuge para que ratifique en un plazo de catorce días, transcurrido el cual se estimará rehusado;
- en caso de rehusa abusiva en consentir o ratificar, el poder solicitar al Tribunal de Tutelas que supla el consentimiento—1.365,2—.

Esta situación ha conducido a los Tribunales a elaborar una más eficaz protección hacia los terceros de buena fe, en el sentido de restringir la aplicación del 1.365 y protegerles cuando el acto consista en la disposición de un bien particular, aunque de hecho constituya el esencial del patrimonio. Es decir, que si los terceros no pueden prevalerse en que ignoran que su contratante estaba casado, si podrán, cuando la disposición recaiga sobre uno o varios bienes particulares, invocar el hecho de que ignoraban que tales bienes representasen la totalidad del patrimonio de la persona con quien han contratado. En este caso, su buena fe será protegida y el acto se considerará válido.

2. Limitación impuesta a cada esposo de no poder disponer de los objetos del hogar sin consentimiento del otro.

Cada cónyuge sólo puede disponer de los objetos del hogar que le pertenezcan u obligarse a una disposición sobre los mismos, si consiente en ello el otro cónyuge; el asentimiento de éste puede, a petición, suplirse por el Tribunal de Tutelas si el que debía prestarlo se niega sin motivo suficiente, o, si por enfermedad o ausencia, no puede emitir una declaración de voluntad—1.369 BGB—.

Para determinar a quién corresponde la propiedad de los objetos del hogar que se adquieran para sustituir a otros, se aplica el sistema de la subrogación real; los objetos adquiridos, en lugar de los que ya no existen o hayan perdido su valor, pertenecerán al cón-

yuge a quien correspondía la propiedad de éstos—1.370—, si bien se concede al esposo no propietario que los hubiese pagado, un crédito contra el otro y por la cantidad satisfecha que se hará efectivo a la disolución del matrimonio. Al no existir patrimonio común de los cónyuges—1.363—, los objetos del hogar que no se adquieran con fines de sustitución serán de la propiedad del cónyuge con cuyos medios se obtengan.

Estas normas atienden a la protección de los bienes necesarios a la vida cotidiana de las familias y a garantizar la consistencia del patrimonio de los esposos en vista de la partición a la disolución, pero la idea subyacente que constituye su verdadero fundamento es la de la afectación de los muebles al hogar, es decir, al uso común de los esposos, cualquiera que sea el titular del derecho de propiedad, ya que toda comunidad conyugal establece una comunidad de muebles al menos en cuanto al uso. Sin embargo, estas disposiciones protectoras de la familia pueden resultar perjudiciales para los terceros en el sentido de que no logren la protección y el control del Registro de la Propiedad, e igualmente un tercero puede desconocer la afectación de un bien mueble (14), y resulta un tanto excesivo el obligarle a consultar el Registro matrimonial, siempre que pretenda adquirir de un casado un bien de esta clase. Asimismo, cuando los cónyuges vivan separados de hecho, la aplicación del 1.369 planteará numerosas dificultades a los terceros, pues incluso el Tribunal de Tutelas no podrá reemplazar el consentimiento del esposo que rehusa si éste se encuentra en estado de necesidad.

El que el Derecho alemán acoja estas limitaciones es un testimonio de que la necesidad de protección de la familia lleva inevitablemente a una organización societaria de poderes, pues tan libres como sean los esposos de administrar sus patrimonios como tengan por conveniente, están, no obstante, ligados cuando un acto es de naturaleza peligrosa a la existencia material de la familia. Los cónyuges son a la vez autónomos y solidarios, y la Ley ha buscado un equilibrio entre estos dos aspectos contradictorios de la vida conyugal. Este equilibrio se logra durante el matrimonio por

(14) Para la determinación de los bienes que caen bajo el 1.369 BGB, el criterio de distinción debe buscarse en el destino de los mismos, si es al hogar o al uso personal de uno de los esposos.

medio del ejercicio de los poderes, y llegada la disolución a través del reparto de beneficios. Si la Ley acentúa el principio de autonomía durante el matrimonio, la disolución del régimen hace aparecer, inversamente, el principio comunitario.

4.3. *Funcionamiento del régimen legal a la disolución del matrimonio.*

La Ley ha querido implantar a la disolución un reparto anticipado de los beneficios realizados por los cónyuges durante el matrimonio, esencialmente en atención a los intereses de la mujer, que en la mayor parte de los casos, por no ejercer una profesión, carece de la posibilidad de crear una fortuna personal, mientras que por su actividad doméstica contribuye a la prosperidad del hogar. Pero cualquiera que sea la actividad de la mujer, el reparto de ganancias corresponde a la vocación comunitaria de la unión conyugal, y es acorde al principio de equiparación que no tiene solamente un fundamento jurídico, sino también un contenido económico.

No obstante, esta exigencia de justicia supone en la práctica importantes dificultades de realización, por lo que la Ley, consciente de los aspectos del problema, ha buscado simplificar la técnica como principal objetivo, hecho que explica la dualidad de soluciones adoptadas. Así, la nivelación de ganancia se realizará diferentemente, según que el matrimonio se haya disuelto por divorcio o por muerte de uno de los cónyuges.

a) *Disolución por divorcio (15).*

Si el estado de bienes—declara el 1.372—termina de forma distinta a la muerte de un cónyuge, la ganancia se nivelará según las disposiciones de los párrafos 1.373 a 1.390, siendo la primera cuestión a resolver la de concretar si durante la vigencia del régimen los cónyuges han o no obtenido «*zugewinn*» o ganancia». Esta determinación se efectúa sobre la base de una comunidad puramente contable, calculándose los beneficios realizados por cada

(15) Las soluciones adoptadas para esta hipótesis valen también para el caso de anulación del matrimonio y para toda causa de disolución del régimen matrimonial distinta a la muerte de uno de los cónyuges.

uno de los esposos mediante la comparación del montante de sus patrimonios a la disolución con el que tuvieren el día del matrimonio. La diferencia hará aparecer el total de los beneficios obtenidos por cada uno. Este resultado podrá ser nulo, pero no negativo, ya que las deudas no se deducirán más que hasta la concurrencia del activo. Mediante este procedimiento se logra la determinación del patrimonio «final» de cada cónyuge.

Sin embargo, el cálculo de este patrimonio puede complicarse por la incorporación del montante de los bienes de los que un esposo se haya aprovechado en detrimento de los derechos del otro, en los diez años anteriores a la disolución del régimen. En este sentido, el 1.375 se refiere a las disposiciones a título lucrativo con ánimo de defraudar; a los casos en que un esposo ha dilapidado sus bienes; a aquellos en los que ha tratado de perjudicar a su cónyuge, que siempre pueden servir de base para justificar una demanda de reparto anticipado de beneficios por el otro cónyuge (16). Presunciones semejantes a aquellas que se añaden al inventario del patrimonio inicial se establecen respecto al patrimonio final, al tiempo que se establece que, si alguno de los esposos no está conforme con el inventario presentado por el otro, puede pedir su comprobación técnica, de donde se desprende la recíproca obligación de los esposos de comunicarse la composición y valor de sus patrimonios.

Problema conectado con el anterior es el relativo al momento de la apreciación del valor de los bienes, señalando el 1.380, que el patrimonio inicial se apreciará por el que tuviere el día del matrimonio, y el de los bienes, adquiridos por sucesión o donación, el día de su adquisición. El patrimonio final se valorará el día de la demanda de divorcio, anulación o reparto anticipado; los actos de empobrecimiento, realizados en fraude de los derechos de un cónyuge, se apreciarán por su valor el día en que fueren denunciados, y las explotaciones rurales o forestales, por sus rendimientos —1.376 (17)—.

(16) Estas medidas de protección envuelven la idea de la acción pauliana, es decir, el principio de la inoponibilidad al acreedor de los actos fraudulentos de su deudor.

(17) La estimación del valor de los bienes debe efectuarse en análoga unidad monetaria para el patrimonio final e inicial y precisamente en la moneda de curso legal. Los créditos en dinero no presentan dificultades; los títulos, ac-

Fijados ambos patrimonios, inicial y final de cada cónyuge, procederá o no la nivelación de ganancia que tendrá lugar cuando hubieren obtenido beneficios desiguales, en cuyo caso el que haya realizado la ganancia menor puede exigir del otro, en concepto de crédito de nivelación, la mitad del excedente de una ganancia sobre la otra. Este crédito debe pagarse inmediatamente en metálico por el esposo deudor, si bien el Juez puede, a petición del acreedor, imponer al deudor la entrega de bienes determinados. Se reconoce igualmente al deudor que pueda pedir una moratoria judicial—1.382 BGB—o rehusar el pago que manifiestamente atente a la igualdad.

b) *Disolución por muerte de uno de los cónyuges.*

En el caso de que el régimen legal finalice como consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges, la nivelación de la ganancia se traduce normalmente por determinación de la Ley, en un incremento de la porción hereditaria que corresponde al cónyuge superviviente. Así, el 1.371 dispone que la porción hereditaria legítima del sobreviviente se incrementará en una cuarta parte de la herencia, siendo indiferente para que este incremento tenga lugar que los cónyuges hayan obtenido o no ganancia en el caso concreto. Esta atribución de la cuarta parte no se hace a título sucesorio, sino a título matrimonial. La Ley presume la existencia de beneficios realizados durante el matrimonio y por considerar que éstos suponen la mitad del patrimonio del difunto, decide, en consecuencia, que el superviviente tenga derecho a la cuarta parte de este patrimonio, además de su participación hereditaria. Esta regla, que es equitativa cuando el marido que premuere ha logrado efectivamente tales beneficios, deja de serlo cuando es el marido el que sobrevive a la mujer, ya que si ésta no ha logrado aumentar su patrimonio, se dará la injusta situación de que se altere el destino familiar de los bienes propiedad de la causante.

ciones y obligaciones, se apreciarán por su valor en bolsa; los restantes bienes por su valor en el mercado. En lo que concierne a las fluctuaciones de valor de un bien existente en el patrimonio inicial y final, la Ley no las tiene en cuenta ni tampoco ha previsto el problema tan actual de la depreciación monetaria, señalando la doctrina que será preciso aplicar los principios elaborados por la jurisprudencia en materia de revisión de contratos y sobre la base del 242 BGB.

c) *El reparto anticipado de beneficios.*

El principio de equiparación concede, además, a los cónyuges la posibilidad de solicitar el reparto anticipado de beneficios, cuando la gestión de cualquiera de ellos ponga en peligro su existencia. La Ley, a estos efectos, diferencia dos situaciones:

Separación de hecho.—El parágrafo 1.385 concede al esposo no culpable de la separación que no tenga medio de controlar la gestión del otro, el poder solicitar el reparto anticipado, siempre que hayan transcurrido al menos tres años desde la ruptura de la vida en común. En el caso de que la culpa correspondiera a ambos esposos, ninguno podrá ejercitar tal derecho.

Otros casos de reparto anticipado.—Atienden éstos a la protección de un cónyuge contra la gestión de mala fe del otro. Así, el 1.386 contempla el supuesto de que un esposo disponga del conjunto de su patrimonio sin el consentimiento del otro, o el de que alguno resulte empobrecido por donaciones que hagan peligrar el futuro reparto de beneficios, o el que se rehuse comunicar al otro los datos acerca del estado del patrimonio. En todos estos casos, y a partir de que se haya ordenado el reparto, los esposos se considerarán sometidos al régimen de separación de bienes.

5. *Regímenes convencionales.*

Como régimen convencional propiamente dicho, sólo se regula la «comunidad de bienes», pues el de separación, tanto puede considerarse régimen contractual como régimen legal subsidiario, ya que solamente podrá tener lugar en virtud de contrato matrimonial o, como hemos indicado, a consecuencia de sentencia que declare la nivelación anticipada de la ganancia en el sistema legal. Por ello, el 1.414 dispone que, «si los cónyuges excluyen el estado legal de los bienes o si lo suprimen, se producirá la separación de bienes en el caso de que otra cosa no se deduzca del contrato matrimonial». Lo mismo ocurrirá si resulta excluida la nivelación de la ganancia o suprimida la comunidad de bienes.

6. Régimen de separación.

Consiste la separación de bienes, como su nombre indica, en la independencia jurídica de las masas patrimoniales de los cónyuges en cuanto a su titularidad y disposición. Sin embargo, tal absoluta separación se dulcifica por la aplicación de los efectos generales del derecho patrimonial del matrimonio—potestad de gestión doméstica de la mujer, deber de alimentos, juego de presunciones de propiedad, etc.—.

Para que este régimen tenga eficacia frente a terceros de buena fe se precisa la inscripción, tanto de la separación legal como de la convencional, en el Registro de Bienes del Matrimonio.

Efectos.

— Al marido y a la mujer les corresponde soportar de manera equitativa los gastos conyugales.

— Cada cónyuge mantiene plena independencia respecto a su patrimonio, si bien pueden recíprocamente confiarse la administración de la totalidad del mismo, a la que se aplicarán las reglas del mandato—caso de administración gratuita—, o del contrato de servicios—si se pacta retribución—.

— El sobrante de los productos que resulten de una ordenada administración puede el administrador aplicarlos a su libre arbitrio, satisfaciendo antes los gastos de administración y las deudas del administrado.

— Mediante contrato de matrimonio pueden los cónyuges regular otras cuestiones y, en particular, la concesión a alguno de ellos de una parte de los productos del trabajo del otro.

7. La comunidad general de bienes.

La idea que inspira a la comunidad general de bienes consiste en ampliar la comunidad de vida a comunidad patrimonial y, como consecuencia, que los patrimonios de los cónyuges, tanto los aportados como los después adquiridos, se refundan en un patrimonio en mano común—bienes comunes—, hasta el extremo de que incluso llegada la disolución del matrimonio no tiene lugar la separación

de patrimonios, según su procedencia, pues el excedente restante, una vez atendidas las deudas de dicho patrimonio común, corresponde a los cónyuges por parte iguales.

Según el 1.415, la comunidad de bienes tendrá lugar cuando los cónyuges pacten este régimen por contrato matrimonial, que precisa inscripción para surtir efecto frente a terceros.

7.1. *Las tres masas de bienes en los regímenes de comunidad.*

La masa patrimonial básica está constituida por los bienes propios de los esposos el día del matrimonio y por los adquiridos durante éste en la medida en que no formen parte de otra masa patrimonial, si bien existe una presunción de comunes sobre tales bienes que principalmente estarán afectos a las cargas del hogar. Acorde con este criterio, señala el 1.416, que componen el patrimonio común, el patrimonio del marido y de la mujer y las adquisiciones efectuadas por éstos con posterioridad a la vigencia de la comunidad.

Por consiguiente, el patrimonio común se compone de todos los bienes que no formen parte del patrimonio especial o del reservado, habiendo de probarse por quien la afirme la integración en estos dos últimos patrimonios. Asimismo, la conversión en patrimonio común se produce *ipso iure* a la entrada en vigor del régimen de bienes o, en su caso, al adquirirse cualquier bien patrimonial no afecto a otro destino, formando igualmente parte de la comunidad los derechos obtenidos en nombre propio por uno de los cónyuges, constante matrimonio, en el mismo momento en que lo adquiera el cónyuge en cuestión.

Estos principios adquieren gran relieve en la adquisición registral, ya que, si al contraer matrimonio bajo el régimen de comunidad tuviera uno de los cónyuges una finca inscrita en el Registro a su nombre, el otro cónyuge se hace propietario común, de modo que el Registro deviene inexacto. Por ello, cada uno de los esposos puede exigir del otro que coopere a la rectificación, ya que el Registro debe reflejar la situación jurídica correspondiente a la comunidad.

Si uno de los cónyuges figura inexactamente inscrito como propietario, no podrá considerarse al otro como adquirente de buena

fe, pues no adquiere en virtud de negocio jurídico. Por el contrario, el tercero de buena fe es el que adquiere válidamente del titular que inexactamente figura en el Registro como único propietario, y esto, aunque la comunidad de bienes se hubiere hecho constar en el Registro de Bienes del Matrimonio, pues prevalecerá la fe pública registral. Asimismo, cuando durante el matrimonio alguno de los cónyuges adquiera un inmueble, la adquisición corresponde a la comunidad, y, por consiguiente, como se ha hecho constar, en el caso de que en la inscripción figure aquél como único propietario, el otro cónyuge podrá solicitar inmediatamente la rectificación.

Junto al patrimonio común existen otras dos masas de bienes excluidas del mismo: el patrimonio especial y el patrimonio reservado de cada cónyuge.

El *patrimonio especial*, compuesto con los bienes intransmisibles por negocio jurídico, ofrece la especialidad de que se administra de manera independiente por cada cónyuge, pero por cuenta del patrimonio común—1.417 BGB—.

Finalmente, el *patrimonio reservado* está formado por los siguientes bienes:

- los que hubiesen sido declarados como tal patrimonio de cada uno de los cónyuges por contrato matrimonial;
- los que un cónyuge adquiera por causa de muerte o le fueren gratuitamente atribuidos por un tercero, si el causante en la disposición de última voluntad o el tercero en la atribución, han determinado que lo adquirido sea patrimonio reservado.
- los que un cónyuge adquiera en base a un derecho perteneciente a su patrimonio reservado o como indemnización por la destrucción, menoscabo o sustracción de un objeto perteneciente al mismo, o mediante un negocio jurídico que se refiera a dicho patrimonio.

Su característica es la de que cada cónyuge lo administrará independientemente y por cuenta propia—1.418 BGB—.

7.2. La administración del patrimonio común.

La Ley de equiparación ha introducido una serie de modificaciones, estableciendo respecto de los bienes comunitarios un sistema de

gestión común o cogestión, al tiempo que admite la posibilidad de la unidad de ésta. Todo de acuerdo con las siguientes reglas:

El patrimonio común puede ser administrado por uno sólo de los cónyuges o por ambos conjuntamente, de acuerdo con lo estipulado en el contrato matrimonial. Si nada se ha establecido al respecto, tendrá lugar la administración conjunta de marido y mujer —1.421 BGB—.

— Con la finalidad de proteger a los terceros y favorecer la publicidad de los regimenes matrimoniales, dispone el 1.412 que «si la designación por contrato de un administrador único no ha sido transcrita en el Registro de Regimenes Matrimoniales, de tal modo que pueda ignorarse por los terceros, los esposos, a los efectos de éstos, se presumirán coadministradores».

1. Administración por uno de los cónyuges.

La gestión única presenta una serie de ventajas y de seguridades para el tráfico jurídico, siendo los esposos los que tienen que decidir a cuál de ellos habrá de encomendarse, a no ser que alguno se encuentre imposibilitado, en cuyo caso corresponderá al otro —1.458 BGB—.

El esposo que administre los bienes comunes lo hará libremente y en su nombre, pero con una serie de limitaciones que se imponen a sus poderes:

- la participación del otro cónyuge se exigirá para todo acto de importancia;
- el administrador deberá comunicar el estado del patrimonio común cada vez que su cónyuge lo solicite;
- no podrá disponer sin el consentimiento o ratificación de su cónyuge del conjunto del patrimonio común, de los inmuebles comunes, de los muebles de importancia, como los buques, ni hacer donación de un bien común, salvo en cumplimiento de un deber moral.

El defecto de consentimiento entraña las mismas sanciones que cuando la gestión es conjunta. Se prevé igualmente el supuesto de que el administrador esté imposibilitado, en cuyo caso el otro

cónyuge puede sin autorización judicial reemplazarle en el cumplimiento del acto urgente y necesario a la administración, actuando en su nombre o en el de su cónyuge. Por último, el administrador será personalmente responsable, a los efectos de la comunidad, de la gestión inconsecuente, no comprometiéndolo al otro cónyuge con sus actos de administración.

2. *Administración conjunta del patrimonio.*

Esta, que constituye la regla general, parte del principio de la actuación combinada de ambos esposos, tanto en los actos de administración como en los de disposición. En consecuencia, se impone a cada cónyuge un deber de colaboración con el otro cuando lo requiera la ordenada administración del patrimonio común—1.450 a 1.454—, indicándose, además, los negocios jurídicos que cada esposo puede realizar por sí—1.455—y previéndose las hipótesis de que el marido o la mujer ejerzan de modo independiente un negocio—1.456—.

Las demás normas hacen referencia:

- al enriquecimiento del patrimonio común como consecuencia de un negocio jurídico acometido por un esposo sin el necesario asentimiento del otro—1.457—;
- a las acciones tendentes a la supresión de la comunidad—1.469 a 1.470—;
- al supuesto de la comunidad continuada de bienes—1.483 a 1.518—.

En este sistema se prevé el acudir al Tribunal de Tutelas en el caso de que un cónyuge rehuse prestar el consentimiento, y se establece una sanción análoga a la del régimen legal cuando un cónyuge disponga de los bienes comunes sin consentimiento del otro. También cualquier esposo puede en su nombre o en el de ambos realizar un acto de gestión sobre los bienes comunes cuando el otro se encuentre imposibilitado y siempre que su no realización entrañe un peligro. Finalmente, el patrimonio común no responderá de las deudas más que cuando el acto se haya realizado con el consentimiento de ambos esposos o con el del que válida-

mente pueda comprometerlo, reconociéndose a los acreedores el hacer efectivo su crédito sobre los bienes comunes, al igual que contra aquéllos considerados como deudores solidarios.

3. *La comunidad continuada de bienes.*

El contrato de matrimonio podrá estipular que, tras el fallecimiento de uno de los esposos, continúe la comunidad entre el sobreviviente y los descendientes del fallecido, con el fin de mantener el patrimonio indiviso el mayor tiempo posible.

Pero esta comunidad continuada es tan sólo comunidad general de bienes para el cónyuge supérstite, pues para los descendientes solamente lo es en parte—comunidad residual—, ya que se excluyen de la masa común el patrimonio propio del descendiente al entrar o regir la comunidad continuada, lo que le sea adjudicado del caudal del difunto—de su patrimonio especial o reservado, pues la parte del fallecido en la comunidad se encuentra excluida del activo de la sucesión—y lo que adquiera posteriormente.

La gestión corresponde al cónyuge sobreviviente, que necesitará el consentimiento del o de los descendientes, en los mismos casos que lo precisaria del causante fallecido.

BIBLIOGRAFIA

- M. BENOIST: *Les conflicts de Lois en matière de Régimes Matrimoniaux et de Successions*. «58 Congrès des Notaires de France». Nice, 1960.
- F. W. BOSCH: *Journée d'études juridiques Jean Dabin* (6-7 mai 1966). Bruxelles, 1966.
- CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO: *Les Régimes Matrimoniaux et les Successions en droit international privé*. Bruselas, 1963.
- LABRUSSE RIOU, Catherine: *L'égalité des époux en droit allemand*. Paris, 1965.
- LEHMANN, Heinrich: *Derecho de Familia*, vol. IV, Madrid, 1953.
- MELÓN INFANTE, Carlos: *Derecho de Familia en Alemania*. «A. D. C.», enero-marzo 1959.
- C. REITHMANN: *Les régimes matrimoniaux*. Bruselas, 1963.
- O. SANDROCK: *Le régime matrimonial primaire*. «Les régimes matrimoniaux». Bruxelles, 1966.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INSCRIPCIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA:

A) La simple expresión del aplazamiento de pago. B) El aplazamiento de pago garantizado con condición resolutoria. a) La condición resolutoria. b) Que sea explícita. c) Efectos registrales.—III. POSPOSICIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA: A) Posibilidad. B) Requisitos. C) Efectos: 1.º Caso de ejecutarse la hipoteca. 2.º Caso de resolverse la venta.—IV. CANCELACIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA: A) Cancelación de la condición resolutoria. B) Cancelación de la inscripción del comprador y de los asientos posteriores.—V. DIVISIÓN MATERIAL DE LA FINCA AFECTADA POR LA CONDICIÓN: A) La indivisibilidad. B) Si el acreedor no consiente la distribución. 1. La división de la finca. 2. La ejecución. 3. El requerimiento. 4. La cancelación. C) Si el acreedor consiente en la distribución.

I. INTRODUCCIÓN.

La condición resolutoria es un tema de actualidad, especialmente en las ventas de bienes inmuebles con precio aplazado. El impago del precio aplazado se garantiza con una condición resolutoria explícita y provoca la resolución del contrato de compraventa, sin más requisito que la notificación al comprador y el título del vendedor, para que se verifique la nueva inscripción a favor del vendedor. Procedimiento más rápido y drástico que el de acudir a la garantía hipotecaria, que da lugar a un procedimiento de ejecución hipotecaria, con las dilaciones y gastos que siempre lleva consigo. Por esto, cada vez es más frecuente la garantía de la condición resolutoria por impago del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles, y a esta materia vamos a ceñir el estudio de nuestro trabajo.

El contrato de compraventa en nuestro Derecho es un negocio obligacional, que no produce la transmisión de la propiedad automáticamente por el mero consentimiento, sino que produce la obligación del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de entregar el precio. Estas obligaciones son bilaterales y recíprocas, caracterizadas porque el incumplimiento de una de las partes de su obligación faculta a la otra a pedir el cumplimiento o la resolución. La facultad resolutoria «se entiende *implícita* en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe» (art. 1.124 C. c.). Como dice CASTÁN: «En la doctrina corriente, y en el mismo Código patrio, se consideran estos efectos como el resultado de una condición resolutoria tácita», pero no es verdadera condición, por no derivar de la voluntad de los sujetos, sino de la misma Ley, aunque éstos no la incorporen al negocio. Anotemos que ésta es la impropia llamada *condición resolutoria implícita*.

Pero las partes, con el fin de reforzar las garantías derivadas de la resolución, pueden expresar en el contrato: o bien el simple hecho de que el comprador no ha cumplido íntegramente con su obligación («mera *expresión del aplazamiento de pago*»), o bien dar a la falta de pago el carácter de *condición resolutoria explícita*.

Limitaremos el estudio de estas materias en relación con el Registro de la Propiedad y el alcance que tiene la constatación registral respecto de los terceros, en sus tres aspectos de la inscripción, posposición y cancelación, para concluir con el problema de la división de la finca afectada por la condición resolutoria.

II. INSCRIPCIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.

El artículo 11 de la Ley Hipotecaria se puede dividir en dos. El párrafo primero dice que «*la expresión del aplazamiento de pago*.. no surtirá efectos en perjuicio de terceros». El párrafo segundo dice que la expresión del aplazamiento de pago surtirá efectos en perjuicio de terceros cuando se garantice con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de *condición resolutoria explícita*. Vamos a referirnos separadamente a estos dos párrafos.

A) La simple expresión del aplazamiento de pago. O lo que es igual, la constancia registral de que una de las partes, el comprador, no ha cumplido íntegramente con su obligación (de pagar el precio). Ello supone, desde el punto de vista civil, que el vendedor puede acudir a los Tribunales de Justicia para reclamar la resolución por el artículo 1.124 del Código civil si el comprador no llegare a cumplir su obligación de pago del precio.

Por esto, la Ley Hipotecaria de 1909, en su artículo 10, decía que se haría «mención» de la forma en que se hubiere convenido el pago del precio. La generalidad de la doctrina entendía que esta mención producía efectos respecto de terceros, al combinarlo con los artículos 38-2.º de la Ley Hipotecaria («no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de terceros que haya inscrito su derecho... por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripción haberse aplazado el pago») y, el 37-1.º de la misma Ley («las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro» pueden darse contra terceros). De esta manera se entendía por la doctrina que la mención del aplazamiento de pago implicaba la publicidad de la «causa» que originaba la acción resolutoria con la consiguiente eficacia frente a terceros.

Pero la vigente Ley Hipotecaria suprimió del artículo 10 «la mención» del aplazamiento de pago, sustituyéndola por la frase «se hará constar», y el artículo 11 de la Ley Hipotecaria declara terminantemente que la expresión del aplazamiento de pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero, como una excepción al sistema de los efectos de la publicidad registral de las causas explícitamente registradas que pueden originar acciones de resolución, según el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, que ha quedado subsistente. La excepción a los efectos normales de la publicidad registral se funda en razones prácticas. La simple mención del aplazamiento de pago y su constancia en el Registro de la Propiedad entiende el legislador que es una causa resolutoria que no se manifiesta muy ostensiblemente en el Registro, sino que tenía cierta nota de clandestinidad que podía pasar inadvertida en un examen de los libros registrales.

En conclusión, la simple constancia en el Registro del aplazamiento de pago, aunque es la causa de la acción judicial derivada

del impago del precio, sin embargo, no producirá efectos contra terceros.

B) La expresión del aplazamiento de pago garantizado con condición resolutoria explícita, en caso de impago, sí que produce efectos frente a terceros, según el artículo 11 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien: los efectos frente a terceros de la resolución pueden llevarse a cabo por dos caminos distintos: uno, mediante el ejercicio de la acción judicial, que establece el artículo 1.124 del Código civil, y el otro es un camino puramente registral, que es el del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, sin necesidad de impetrar el auxilio de la autoridad judicial, y que produce la «nueva inscripción a favor del vendedor». Este último es el que nos interesa especialmente.

Para que se produzca la resolución registral se precisa que se dé a la falta de pago el carácter de *condición resolutoria explícita*, según el artículo 11 de la Ley Hipotecaria o que se convenga que «tenga lugar de *pleno derecho* la resolución del contrato», según el artículo 59 del Reglamento Hipotecario. Estos requisitos son objeto de polémica por la doctrina española y han dado lugar a varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros, por lo que vamos a detenernos en examinar su significado.

a) *La condición resolutoria*.—Al combinar los artículos 1.504 del Código civil con el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, la doctrina duda si se trata de una verdadera condición resolutoria.

IRURZUN entiende que no es una verdadera condición, en el sentido de atribuir efectos automáticos por el solo hecho de la realización del evento, el impago del precio. Ello contrariaría al artículo 1.115 del Código civil (el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor) y determinaría la nulidad de la obligación. Y, en contra del artículo 1.256 del Código civil, quedaría al arbitrio de uno de los contratantes, precisamente el deudor, el cumplimiento del contrato. Sino que por el artículo 1.504 del Código civil viene a impedir que la resolución nazca por el ciego mecanismo de la condición realizada al cumplirse el evento del impago, exigiéndose el requerimiento para que la resolución se produzca. Este requisito no es tal requerimiento, sino «notificación» (MANRESA, SANZ, IRURZUN), porque es paradójico requerir de pago

a una persona precisamente para impedirle que pague y para poder fundar en ese requerimiento una eficaz negativa de aceptación del precio; por ello concluyen que es una notificación auténtica de que el vendedor opta por la resolución del contrato. En conclusión, esta condición resolutoria se caracteriza porque el hecho del incumplimiento no es la fuente directa de la resolución, sino que ésta arranca de la declaración unilateral del vendedor que con ella ejercita el poder de resolución que le compete (IRURZUN).

MANRESA habla de una doble condición, puesto que «conjuntamente tiene que darse el hecho negativo de la falta de pago del comprador y el positivo del requerimiento en el vendedor». El requerimiento «es la declaración de voluntad del vendedor expresada en forma auténtica e indudable, que hace patente su propósito de optar por la resolución».

A nuestro parecer, existen dos cosas: un requerimiento y una notificación. El *requerimiento* lo expresa correctamente el artículo 1.504 del Código civil para acreditar el hecho negativo del incumplimiento de pago, y que es imprescindible para que entre en juego la resolución; de seguir la doctrina de IRURZUN, resultaría que se podría resolver la venta por la voluntad del vendedor, sin necesidad de acreditar precisamente lo que es el supuesto de hecho de la condición resolutoria, que es el impago; bastaría la mera notificación al comprador, y si éste en el momento de la notificación quisiera pagar, el vendedor podría impedirselo, por persistir en su voluntad de resolver la venta, a pesar de no darse el presupuesto del impago. Por otra parte, se precisa una *notificación* al comprador de la voluntad del vendedor de resolver la venta, como lo exige el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, y es la que sirve de base para practicar la inscripción a favor del vendedor. Por esto, entendemos que la expresión «requerimiento» del artículo 1.504 del Código civil está correctamente empleado, puesto que refleja el aspecto civil del problema, acreditar el hecho del impago, ya que la expresión «notificación» del artículo 59 del Reglamento Hipotecario refleja el aspecto registral de la voluntad del vendedor de resolver, que sirve de base a la inscripción a su favor. Ambas son precisas.

b) *Que sea «explicita»*.—La omisión de la palabra «explicita» ha dado lugar a varias resoluciones de la Dirección General frente a

la calificación del Registrador de la Propiedad número 2 de Madrid, en el sentido de declarar inscribibles las siguientes cláusulas:

La Resolución de 18 de junio de 1962 fue motivada por un recurso interpuesto por GONZÁLEZ PALOMINO, que redactó la cláusula de esta manera: «Se somete la venta a la condición resolutoria de la falta de pago.» Se omitía la palabra «explicita».

La Resolución de 16 de diciembre de 1963, motivada por una cláusula redactada por ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, que decía: «La falta de pago producirá de pleno derecho la resolución de la venta.» Se omitían las palabras «condición resolutoria explicita», pero se redactaba de acuerdo con los artículos 1.504 del Código civil y 59 del Reglamento Hipotecario.

La Resolución de 13 de junio de 1962, motivada por una cláusula que decía así: «La falta de pago de la cantidad aplazada a su vencimiento dará lugar a la resolución de este contrato...» Se omitían las palabras «condición resolutoria explicita», o bien que la resolución se producía de pleno derecho.

La Dirección General consideró inscribibles todas ellas porque «se revela la inequívoca voluntad de los contratantes de atribuir a la falta de pago del precio aplazado carácter resolutorio, susceptible de surtir efectos en perjuicio de tercero».

De esta doctrina del Centro Directivo cabe extraer una conclusión, y es la de que estas cláusulas son todas ellas inscribibles en el Registro y son susceptibles de producir efectos frente a terceros, y nada más. Lo que no está claro es que todas estas cláusulas han de producir los efectos del artículo 59 del Reglamento Hipotecario.

Dijimos que la resolución producía efectos frente a terceros por dos caminos: uno era el judicial (por la vía del art. 1.124) y el otro era el registral (por la vía del art. 59 del Reglamento Hipotecario). Este efecto registral no se deriva de la mera constatación de la Resolución, sino de los efectos automáticos de la condición resolutoria, en el sentido que hemos expuesto, y por producir efectos registrales, se precisa que se inscriba expresamente con tal carácter, bien como condición resolutoria o como resolución con efectos de pleno derecho. Si se omiten estas expresiones el Registro no tiene por qué conferir efectos automáticos a una cláusula resolutoria que no lo expresa así. Por esto, es razonable RÍOS MOSQUERA al comentar la Resolución citada de 13 de junio de 1962, en

que se omitía tanto la expresión condición resolutoria como el que la Resolución se producía de pleno derecho: que la Dirección General ordena que se inscriba esa cláusula, ¡que se inscriba!; pero como la condición resolutoria no está inscrita no tiene por qué producir los efectos del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, establecidos sólo para el caso de condición resolutoria o de cláusula resolutoria con efectos de pleno derecho.

c) *Efectos registrales*.—Cuando la cláusula resolutoria está inscrita con estos requisitos, el Reglamento Hipotecario dispone que, acompañando el documento acreditativo de la *notificación* notarial o judicial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta, el *título del vendedor* (art. 59 del Reglamento Hipotecario) y la justificación de haberse consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan hayan de ser devueltos (art. 175-6.º R. H.), se podrá «verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su causahabiente» (art. 59 del Reglamento Hipotecario), y todo ello, como dice Roca, «de manera automática, o sea, sin necesidad de obtener el consentimiento del comprador o de los posteriores adquirentes, ni de resolución judicial».

III. POSPOSICIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.

A) *Posibilidad*.—El Reglamento Hipotecario sólo regula la posposición de la hipoteca, lo que nos plantea el problema de la posibilidad de la posposición de la condición resolutoria por analogía con la hipoteca.

— La hipoteca es un derecho real de realización de valor en garantía de una obligación. La condición resolutoria es un medio de garantía de eficacia real; pero que, en vez de realizar el valor, produce la readquisición de la finca por su titular, en caso de impago de la deuda, sin necesidad de acudir a ningún procedimiento de ejecución.

— El principio de prioridad establece un orden jerárquico de antigüedad, de manera que el primero en la inscripción es el pri-

mero en el derecho. Esto ha dado lugar a la idea de «rango», que es la cualidad que tiene un derecho real que determina su poder excluyente con otros que graven la misma finca y tiene un valor patrimonial susceptible de negociación a través de la posposición. Creemos que estas ideas son igualmente aplicables a la condición resolutoria.

— La posposición es un contrato por el cual el titular de un derecho abdica a la prioridad que le corresponde en relación a otro u otros derechos que le siguen. Al igual que en la hipoteca, ello es posible en la condición resolutoria por el principio de la autonomía de la voluntad, basándose en que quien puede renunciar a un derecho real, que es lo más, puede también lo menos, que es ceder en la colisión con otro derecho.

B) *Requisitos*.—Al igual que en la hipoteca, se le da la denominación de posposición a todos los supuestos de modificación del rango. Como dice LA RICA, siempre existe un derecho que retrocede y otro que avanza (por permuta entre dos derechos inscritos o por reserva de puesto a favor de un derecho de constitución futura). No vamos a desarrollar la doctrina general de la posposición, sino que sólo vamos a resaltar las especialidades que pueda tener cuando se aplique a la condición resolutoria.

Son aplicables los requisitos del artículo 241 del Reglamento Hipotecario: el consentimiento del titular de la condición resolutoria (el vendedor) y la determinación de la hipoteca futura (en su extensión, características y plazo de inscripción).

Un problema que nos debemos plantear es el de si existe o no un límite referido a la cantidad que el vendedor debe devolver al comprador, caso de resolverse la venta. La condición resolutoria puede pactarse de dos maneras: sin pacto comisorio (con devolución del precio percibido por el vendedor), o con pacto comisorio (con apropiación por el vendedor del precio percibido). Vamos a examinar estas dos variedades.

La condición resolutoria sin pacto comisorio, o sea, con devolución del precio percibido. El comprador tiene un dominio resoluble que es hipotecable por el artículo 107-10 de la Ley Hipotecaria, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante. Por otra parte, el artículo 107-7.º de la Ley Hipotecaria

limita la hipoteca a la cantidad que el comprador deba recibir caso de resolverse la venta. Como dice ROCA SASTRE, «esto no quiere significar que la hipoteca recaiga sobre dicha cantidad, ni tampoco que no pueda la misma constituirse por un mayor importe de ella, sino que, si bien la hipoteca pesa sobre el dominio resoluble, no obstante, caso de actuar el retracto, la acción del acreedor deberá concretarse a la suma que el retrayente deba abonar al dueño hipotecante»: «generalmente, la hipoteca se limitará a la cantidad que habrá de recibir (el comprador) cuando el titular del derecho de retraer quiera recuperar la finca que en su día vendió, pero también podrá consistir en el valor total de la misma finca ante la posibilidad de que pueda caducar el derecho de retracto». De esta doctrina se deriva que el comprador puede constituir hipoteca sobre el valor de toda la finca, sin necesidad de limitarlo a la cantidad que debe recibir al resolverse la venta. Lo que supone que tanto los titulares del derecho de retracto, como beneficiarios por el cumplimiento de la condición resolutoria, tienen un rango preferente al de la hipoteca posterior. Sin embargo, en el caso de nuestro estudio, supone que la condición resolutoria se pospone a la hipoteca, que pasa a ocupar un rango preferente. Al precisarse el consentimiento del vendedor, titular de la condición resolutoria, no existe problema de límites. El vendedor puede consentir la posposición de su condición resolutoria, bien limitando la hipoteca a la cantidad que el comprador deba percibir o bien por una cantidad superior.

La condición resolutoria con pacto de apropiación por el vendedor del precio percibido. El vendedor puede igualmente consentir la posposición de su condición resolutoria, a pesar de que el comprador no tiene ningún valor patrimonial sobre la finca.

En conclusión: no existen límites de valor para la constitución de una hipoteca preferente a la condición resolutoria. El comprador no hipoteca un dominio resoluble, sino el dominio pleno sobre la finca a consecuencia de la posposición de la condición resolutoria.

C) *Efectos*.—A consecuencia de la posposición de la condición resolutoria tendremos en el Registro inscritas: en primer lugar, una hipoteca, y en segundo lugar, la condición resolutoria. Esto plantea los siguientes problemas:

1.º En el caso de ejecutarse la hipoteca antes de cumplirse la condición resolutoria, el impago de la deuda hipotecaria por el comprador provocará la ejecución de la hipoteca. La condición resolutoria tendrá el carácter de una carga posterior, y como tal, procederá su purga, como lo establece el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en el caso de procedimiento judicial sumario para todas las cargas posteriores a la que es objeto de la ejecución. El importe de la ejecución se destinará a cubrir el crédito del actor hipotecario y el remanente se consignará para atender al pago del crédito del vendedor por el importe del precio aplazado no satisfecho.

2.º En el caso de resolverse la venta antes de ejecutarse la hipoteca, el vendedor readquirirá la finca con la subsistencia de la hipoteca.

Se plantea el problema de las cantidades que el vendedor debe devolver al comprador. Parece que deben quedar sujetas a las limitaciones del artículo 107-7.º de la Ley Hipotecaria, que establece la necesidad del previo conocimiento del acreedor hipotecario; pero, en realidad, este requisito no es aplicable a nuestro caso; la exigencia del conocimiento del acreedor, es aplicable sólo al caso en que la hipoteca sea posterior al derecho de retracto y como un medio de garantizar la efectividad de la hipoteca posterior que debe extinguirse por purga, y produce, como dice Roca SASTRE, una subrogación real a favor del acreedor hipotecario análoga a las indemnizaciones por seguro o expropiación forzosa.

Otra cuestión es la consignación de estas cantidades a devolver para que pueda practicarse la inscripción a favor del vendedor por exigencia del artículo 175-6.º del Reglamento Hipotecario. Parece que la consignación a favor del comprador es improcedente, porque lo que tenía que recibir el comprador ya lo recibió a través del préstamo hipotecario, que se antepuso a la condición resolutoria. Por esto, creemos que basta acreditar mediante la escritura de posposición de la condición resolutoria que la cantidad a devolver la retiene el vendedor para atender al pago de la hipoteca subsistente. Por ello estimamos conveniente que en esta escritura de posposición se estipule expresamente la sustitución de la consignación por la *retención* con el fin de evitar situaciones insolubles.

El vendedor readquirente, que retiene dichas cantidades, tendrá la consideración de *tercer poseedor*. Por ser adquirente de finca hipotecada. Por ser tercero en la constitución de la hipoteca; es cierto que ha intervenido en la posposición de la condición resolutoria a favor de una hipoteca, pero no es parte en la constitución de ella, sino que ha renunciado en favor de ésta al derecho, puesto preferente que le correspondía. Por no estar obligado personalmente con la deuda garantizada. En consecuencia, tendrá las *ventajas* propias del tercer poseedor: inalterabilidad jurídica del gravamen, tanto respecto al importe máximo del principal como de sus intereses, así como en la extensión objetiva excluyendo los objetos colocados por el tercer poseedor y las mejoras que éste hubiese realizado, siempre que no sean de carácter necesario.

IV. CANCELACIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Tanto el pago como el impago del precio producirá la cancelación de la condición resolutoria, como la cancelación de inscripción del comprador y de los asientos posteriores.

a) *Cancelación de la condición resolutoria*.—El pago del precio aplazado producirá el incumplimiento de la condición resolutoria y su consiguiente cancelación mediante nota marginal, siendo la doctrina aplicable, siguiendo a SANZ, la siguiente:

— El acreedor que cobra no podrá tener simplemente la capacidad de obrar, sino la libre disposición de sus bienes, esto es, la capacidad para cancelar, ya que el acto envuelve la cancelación de la condición resolutoria.

— El título adecuado para hacer constar el cobro y la cancelación de la condición resolutoria será la escritura pública o el mandato judicial en su caso. No debe estimarse suficiente el acta notarial.

— La forma de hacerse constar el pago y cancelación es la nota marginal. Así lo establece el artículo 58 del Reglamento Hipotecario. «Se hará constar por medio de nota marginal, siempre que los interesados lo reclamen o el Juez o Tribunal lo mande, el

pago de cualquier cantidad que haga el adquirente después de la inscripción, por cuenta o saldo del precio de la venta.» En esto guarda relación con el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, ya que el pago del precio implica la consolidación definitiva de la adquisición del derecho, siendo procedente, por tanto, la nota marginal.

b) *Cancelación de la inscripción del comprador y de los asientos posteriores.*—El impago del precio aplazado producirá el cumplimiento de la condición resolutoria, y, por tanto, la resolución del derecho del adquirente y la nueva inscripción a favor del vendedor (art. 59 R. H.).

1. La cancelación de la inscripción del comprador tendrá lugar mediante la presentación del título de venta, el que acredite la notificación al comprador (art. 59 R. H.) y el que acredite la consignación en establecimiento bancario o Caja oficial del importe que haya de ser devuelto (art. 175-6.º R. H.). De esta manera se produce la cancelación automática, sin necesidad del consentimiento del comprador, ni de decisión judicial.

2. En la cancelación de los asientos posteriores, sean de adquirentes posteriores, como de constitución de derechos reales, estima Roca que procederá igual criterio de cancelación automática sin consentimiento de sus respectivos titulares.

Pero respecto de los derechos reales posteriores debe imperar el criterio de purga. Así lo dispone la Resolución de 26 de mayo de 1925, en el caso de venta con pacto de retro, al decir que «reponer las cosas en el estado que tendrían si la venta no se hubiere realizado», y el artículo 1.520 del Código civil, al decir que el vendedor recibirá la cosa «libre de toda carga o hipoteca impuesta por el titular del dominio presoluble».

Pero el problema está respecto a la consignación bancaria, que exige el artículo 175-6.º del Reglamento Hipotecario, cuando el vendedor no tenga que devolver nada por existir pacto comisorio (o de apropiación del precio recibido). La interpretación de este precepto ha provocado una gran confusión en la doctrina y en la misma jurisprudencia registral, existiendo estas interpretaciones.

Para LA RICA, «la consignación no procederá siempre, como erróneamente dice el Reglamento Hipotecario, sino sólo en el caso de que deba hacerse este reintegro». En el mismo sentido, Roca

SASTRE: «sólo se precisa la consignación cuando el vendedor deba devolver alguna cantidad». La Resolución de la Dirección General de los Registros de 3 de junio de 1961 dice: «Para poder cancelar las cargas o gravámenes constituidos por éste (el comprador con condición resolutoria) se deberá cumplir lo requerido en el artículo 175-6.º del Reglamento Hipotecario, consignando el importe de los bienes en un establecimiento bancario o Caja oficial, *siempre que proceda el reintegro del precio*».

Esta interpretación ha sido criticada desfavorablemente por GINÉS CÁNOVAS, quien se pregunta. ¿Es que si el vendedor no debe devolver nada, se puede cancelar la carga sin ninguna consignación? El criterio de la Dirección General de los Registros choca con la dicción del artículo 175-6.º, que exige como requisito para la cancelación que se consigne el importe de la carga. Así lo entendía MORELL, quien, después de expresar que el precepto reglamentario «no lo entendía», añadía que «la consignación del valor de los bienes o el importe de los plazos deja el ánimo perplejo, ya que parece un requisito *siempre necesario*».

Esta interpretación no la creemos fundada. La consignación sólo debe hacerse cuando tenga lugar el reintegro del precio recibido. La solución de la Dirección General está en línea causalista del negocio cancelatorio. Como ha defendido brillantemente Díez Picazo, el negocio cancelatorio no es abstracto, sino causal, como lo fue en la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, y como lo son todos los negocios en nuestro Código civil, y como lo entendieron todos nuestros hipotecaristas patrios, GALINDO Y ESCOSURA, OLIVER, etc., hasta don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que fue quien importó de Alemania el negocio abstracto y la cancelación abstracta o formal. La cancelación automática se deriva de la resolución del Derecho de la manera cómo ha sido configurada por las partes, y si éstas han pactado que el vendedor se apropiará del precio recibido, y así se resolverá el derecho del comprador, no vemos ninguna razón para exigir consignar una cantidad que no hay que devolver al comprador.

V. DIVISIÓN MATERIAL DE FINCA AFECTADA
POR LA CONDICIÓN.

La división de una finca debe emanar de un acto de su *propietario*. Es una facultad de disponer que se le confiere al propietario sobre el objeto de su derecho, que está encuadrada dentro de la teoría general de la modificación del objeto de los derechos. Se le configura como un acto de riguroso dominio, sin que llegue a equipararse a los actos de enajenación.

En el caso de estar la finca afectada por algún *derecho real*, diferente del dominio, parece lógico que, al fraccionar el objeto del derecho, se deberían fraccionar todos los derechos reales que la tienen por objeto. Sin embargo, no ocurre así. La división de la finca sólo alcanza al fraccionamiento de la propiedad, pero no a los derechos reales que pesan sobre ella, cuya división no les afecta, y para que les afecte se requiere la conformidad de sus respectivos titulares.

Entre las cargas reales que pueden pesar sobre una finca que se divide, está la condición resolutoria. Vamos a estudiar las repercusiones que la división de la finca puede producir respecto de la condición resolutoria en garantía del precio aplazado de una compraventa. Ante el silencio absoluto de la Ley, vamos a intentar extraer la doctrina por aplicación analógica de las reglas de la división de la finca hipotecaria, en cuanto lo permita la propia naturaleza de la condición resolutoria.

A) *La indivisibilidad*.—En la hipoteca, la Ley Hipotecaria dice que la hipoteca subsiste íntegra mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados (art. 122 L. H.). En la condición resolutoria no existe una regla análoga; pero como se establece para garantizar una obligación individual, entre un vendedor y un comprador, éste no podrá fraccionar su deuda cediéndola a otras personas, transformando la deuda unipersonal en deuda mancomunada, si no es con el consentimiento del acreedor (vendedor), por los artículos 1.205 y 1.149 del Código civil.

Las consecuencias de esta indivisibilidad consisten en que se precisa el consentimiento del acreedor (hipotecario y vendedor con

condición resolutoria), para que la división de la finca les afecte. Por esto vamos a estudiar los efectos de esta división, según que el acreedor consienta o no la distribución de la responsabilidad hipotecaria o el precio aplazado.

B) *Si el acreedor «no consiente» la distribución.*

1. La *división* de la finca. En la hipoteca no le afecta, porque el artículo 123 de la Ley Hipotecaria dice: «Que, si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando *voluntariamente* lo acordaren el acreedor y el deudor». Así lo ratifica el artículo 405 del Código civil para el caso de división de una cosa común. En consecuencia, la división de la finca es válida, pero no le afecta a la hipoteca.

En la condición resolutoria no ocurre así. El comprador no tiene un dominio pleno sobre la finca, sino un dominio resoluble. La división que éste realice no sólo no le afectan al vendedor, sino que se resuelven por el cumplimiento de la condición resolutoria. *Resolutio iure concedentis, resolvitur ius concessum*. Al resolverse la titularidad del comprador, debe resolverse, por la eficacia retroactiva de la condición resolutoria, todos los actos por él realizados. Así viene a expresarse el Código civil en el caso de venta con pacto de retro en su artículo 1.520: se recibirá la cosa vendida «libre de toda carga...», y la Resolución de 26 de mayo de 1925: «repone las cosas en el estado que tendrían, si la venta no se hubiere realizado». De manera que esta solución es consecuencia de la eficacia retroactiva del cumplimiento de la condición resolutoria, de acuerdo con el artículo 1.123 del Código civil.

2. La *ejecución*. En la hipoteca, a consecuencia de la indivisibilidad, la Ley adopta la solución de la *hipoteca solidaria* en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria: el acreedor podrá repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas, o bien contra todas a la vez. O sea, que tiene un derecho de optar, entre reclamar a todos o a uno solo. Pero cuando la división sea de casas por pisos y la hipoteca recaiga sobre todo el edificio, que luego se constituya en Propiedad Horizontal, el acreedor hipotecario sólo podrá reclamar contra todos (art. 218 R. H.); la razón puede

ser que en la P. H. no se trata de una propia división por persistir el elemento comunidad.

En la condición resolutoria, al cumplirse la condición, se resuelve la división misma y los actos divisorios realizados con posterioridad se resuelven, por lo que el vendedor sólo reclamará de su comprador. En la condición resolutoria se readquiere la misma finca en el estado que tenía al tiempo de la venta, por lo que creemos que ni siquiera les afecta la existencia de terceros adquirentes de las distintas parcelas o pisos, como ocurre en la hipoteca. El vendedor readquiere la finca entera, si el comprador no le paga el precio aplazado. Por tanto, no existe ni siquiera solidaridad, puesto que la protección de la condición resolutoria es mucho más eficaz y tajante.

3. El *requerimiento*. En la hipoteca, al ejecutarse, se debe requerir *de pago* (por ser un derecho de realización de valor), al deudor y al tercer poseedor, por aplicación del artículo 131-3.^a de la Ley Hipotecaria.

En la condición resolutoria, como dijimos, el requerimiento no es de pago, sino de todo lo contrario, de impedirle que pague, por lo que la doctrina lo configura como una notificación de que el vendedor opta por la resolución del contrato.

En la condición resolutoria, de seguir la idea de IRURZUN, tendríamos que concluir que el requerimiento no es de pago, sino de todo lo contrario, es decir, de impedirle que pague; sólo hay una notificación al comprador, en la que el vendedor manifiesta su voluntad de resolver la venta, que es la verdadera fuente de la resolución. Pero según nuestra idea, existe un requerimiento al comprador para que pague, y cuya negativa da lugar al cumplimiento del supuesto de hecho de la condición, y, además, una notificación al comprador de la voluntad del vendedor de resolver la venta. Tanto el requerimiento de pago como la notificación sólo deben hacerse al comprador, que es el deudor único de la cantidad aplazada, como así lo expresa el artículo 59 del Reglamento Hipotecario. Si la finca sujeta a condición resolutoria hubiera pasado a un tercer adquirente, es dudosa la solución de si el vendedor debe requerirle de pago, por aplicación analógica del tercer poseedor de finca hipoteca. El tercer adquirente no adquiere un derecho real en garantía de una obligación, sino un

dominio resoluble, que se resuelve por el impago del primer comprador. Lo que sí es posible es que el tercer adquirente pueda pagar el precio aplazado para detener la resolución de la venta, y parece que no existe motivo fundado para sostener que el vendedor pueda impedirle que verifique el pago.

4. La *cancelación*. En la hipoteca, cuya distribución de responsabilidad no ha sido consentida por el acreedor, no se admite la cancelación parcial: «No se podrá exigir la *liberación* de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho» (art. 125 L. H.). De manera que el acreedor puede rechazar la cancelación parcial, aunque, como dice Roca, «esto no impide que pueda consentirlo, si quiere, liberando de la hipoteca cualquiera de las nuevas fincas formadas a consecuencia de la división».

En la condición resolutoria es aplicable igual doctrina: se podrá cancelar parcialmente la condición resolutoria de alguna de las fincas divididas, si el vendedor consiente en ello.

C) *Si el acreedor «consiente» en la distribución.*—En la hipoteca se puede consentir la distribución de dos maneras: *a priori*, al constituirse la hipoteca, o *a posteriori*, después de verificada la división de la finca hipotecada. En ambos casos se precisa el consentimiento entre el acreedor y el deudor y tercer poseedor (art. 123 L. H.). De esta manera, lo que se distribuye es la responsabilidad hipotecaria; como dice Roca, quedan constituidas tantas hipotecas como fincas. Pero el crédito garantizado—dice Roca—, que queda «intacto en su unidad e integridad», o sea, que a pesar de la distribución de responsabilidad, la deuda conserva su unidad y su sujeto pasivo (el deudor originario); esto puede plantear problemas en los casos de venta de pisos, por lo que es conveniente generalizar el pacto de asunción de deuda y estimular la prestación—por anticipado, si es posible—de los acreedores, en todos los casos de división de finca hipotecada.

En la condición resolutoria, el artículo 11-2.º de la Ley Hipotecaria dice: «Si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas». Aquí no cabe la distinción entre la división de la responsabilidad

y la unidad del crédito personal, sino la división del mismo crédito, entendiéndose que existen tantas ventas como fincas. Si las fincas divididas se hallan en poder de terceros, no vemos obstáculo para que el vendedor consienta la distribución de la afección real derivada de la condición resolutoria, permaneciendo la unidad e integridad personal de la deuda con el primitivo comprador, o bien consiente las dos cosas la división de la deuda personal, con asunción del tercer adquirente y la distribución de la afección derivada de la condición resolutoria.

FRANCISCO JAVIER ROVIRA JAÉN,

Notario.

BIBLIOGRAFIA

- GUIMERÁ PERAZA: *Precio aplazado: su cancelación*. A. D. C. 1959, páginas 340 a 348.
- VALLET: *Determinación de las relaciones jurídicas relativas a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a terceros*. A. A. M. N. 1965.
- BORRACHERO: *Algunos problemas de la compraventa con precio aplazado*. R. D. P. 1949, páginas 936 y siguientes.
- RUIZ MARTÍNEZ: *Precio aplazado. Artículos 11 L. H. y 59 R. H. R. C. D. I.* 1948, páginas 601 y siguientes.
- *Sobre la condición y sus aledaños*. R. C. D. I. 1951.
- MADRIDEJOS SARASOLA: *Algunos aspectos de las divisiones de fincas y su relación con la propiedad de casas por pisos*. R. D. N. 1958, páginas 175 y siguientes, núm. XIX.
- DÍEZ PICAZO: *El negocio cancelatorio y causa de la cancelación*. Conferencia oída en el Colegio de Registradores. 1957.
- CÁNOVAS COUTIÑO. *Comentario a la Resolución de 30 de abril de 1958*. R. C. D. I. 1958, 879 páginas.
- SANZ FERNÁNDEZ: *Derecho Hipotecario*.
- ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*.

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por GINÉS GÁNGUAS CORTAÑO.

CONSTITUCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—APARECIENDO EL INMUEBLE DIVIDIDO EN TRES PISOS INDEPENDIENTES, QUE CORRESPONDEN, RESPECTIVAMENTE, A CADA UNO DE LOS DOS BAJOS, DERECHA E IZQUIERDA, Y EL TERCERO AL RESTO DE LAS SEIS PLANTAS Y MEDIA DEL EDIFICIO, AUNQUE—DENTRO DE LAS NORMAS DE LA LEY ESPECIAL—NO PUEDE ADOPTARSE UN CRITERIO INFLEXIBLE, QUE IMPEDIRÍA LA NECESARIA ELASTICIDAD QUE NOTARIOS Y REGISTRADORES DEBEN TENER EN CUENTA, EN EL PRESENTE CASO, CÓMO LAS SEIS PLANTAS QUE SE PRETENDEN CONSTITUYAN FINCA ÚNICA APARECEN ARRENDADAS A DOCE INQUILINOS DIFERENTES, LO QUE IMPLICA FALTA DE UNIDAD, ECONÓMICA O DE OTRO TIPO, NECESARIA PARA QUE SE DÉ EL PRESUPUESTO LEGAL, NO ES ADMISIBLE LA INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA, EN LA QUE LA PROPIEDAD HORIZONTAL APARECE DE LA FORMA EXPRESADA CONSTITUIDA.

Resolución de 16 de septiembre de 1967 («B. O.» de 29 de igual mes y año).

Don J. S. G. era dueño, con su esposa, doña M. G. I., de la casa sita en El Ferrol del Caudillo, calle Galiano, número 3, inscrita en el Registro de la Propiedad con la siguiente descripción: Por escritura de 16 de octubre de 1964, la anterior finca se dividió por su dueño en las tres siguientes:

«Uno. Piso planta baja izquierda, destinado a local de negocio, que tiene entrada directa por la calle Galiano. Mide setenta y siete metros cuadrados con noventa decímetros, también cuadrados.

Se considera anejo de esta finca uno el sótano al que la misma tiene

acceso, que está situado debajo de ella. Se le asigna a esta finca una cuota en relación al valor total del inmueble, elementos comunes y cargas de ocho centésimas.

Dos. Piso planta baja derecha, destinado a local de negocio, que, como la anterior, tiene entrada directa por la calle Galiano. Mide setenta y siete metros cuadrados con noventa decímetros, también cuadrados.

Se considera anejo de esta finca dos el sótano al que la misma tiene acceso, que está situado debajo de ella, aunque sobrepasando su extensión, pues mide unos 124 metros cuadrados, y que tiene sus mismos linderos, salvo por la izquierda o lado Este, que linda con el sótano anejo de la finca uno. Se asigna a esta finca una cuota de ocho centésimas.

Tres. Seis y media plantas, edificadas sobre las fincas uno y dos, destinadas a viviendas, de la casa número 3 de la calle Galiano, que tiene las mismas características, extensión superficial y linderos de dicha casa, que se consignan en el exponente primero de esta escritura.

Se le atribuye una cuota de 84 centésimas». La finca señalada con el número 1, ocupada en arrendamiento por una farmacia, fue vendida en el mismo acto al arrendatario, reservándose el dueño los restantes pisos, estipulándose en la cláusula E de la escritura que «los vendedores se reservan el derecho que les reconoce el comprador de llevar a efectos, con posterioridad, la división del resto del edificio que conserva en su titularidad, sin necesidad de contar con el consentimiento de dicho comprador para distribuir entre las diferentes plantas o pisos la cuota de participación de cada uno».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los motivos siguientes:

A) Improcedente forma de constitución del régimen de propiedad horizontal, que al acordarse produce su establecimiento automático, y ello implica, además de la descripción del edificio en su conjunto, la de todos y cada uno de los pisos susceptibles de aprovechamiento independiente, considerados como tales propiedades horizontales, a los que se les asignará números correlativos, y no como se efectúa en el título presentado, que una casa, integrada por siete y medias plantas, se divide en tres pisos. Las dos plantas inferiores, señaladas con los números 1 y dos, y el número 3 se forman con las seis y medias plantas restantes, infringiendo lo dispuesto en los artículos 8.º de la Ley Hipotecaria, en sus números 4.º y 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, en relación con el artículo 396 del Código civil.

B) Dudosa legalidad de la estipulación E, que confiere a los vendedores la facultad de llevar a efecto, con posterioridad, la división del resto del edificio que conservan en su titularidad, sin necesidad de contar con el consentimiento del comprador del piso número 1 para distribuir entre las diferentes plantas o pisos la cuotas de participación de cada uno, contraviniendo lo dispuesto en el párrafo 2.º, apartado b), del artículo 3.º de la referida Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el artículo 16.

El segundo de los efectos que pudiera tener carácter insubsanable, al estar íntimamente ligado con el primero, que de admitirse produciría una correcta constitución del régimen de propiedad horizontal, tal como propugnamos, en la que se realizaría la consecuente distribución en cuotas para cada uno de los pisos, que haría inoperantes los efectos de la aludida estipulación E, la

que, por otra parte, podría ser objeto de denegación expresa, al practicarse la inscripción principal, aconseja acceder a la solicitud del representante, y se tomó anotación preventiva por el plazo legal en el tomo DCLXXVII del Archivo, libro 131 de este Ayuntamiento de El Ferrol del Caudillo, folio 100, finca número 9.522, anotación letra A».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, don Francisco Javier Alonso Morgado, respecto al apartado A) de la nota calificadora [aunque expresa que también discrepa del criterio del apartado B) de la misma], la Dirección, con revocación del Auto del Presidente de la Audiencia, confirma el defecto A) o número 1 señalado por el Registrador (único recurrido, repetimos) mediante la ponderada doctrina siguiente:

Que en este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de constitución de propiedad horizontal, en la que el inmueble aparece dividido en tres pisos independientes, que corresponden, respectivamente, a cada uno de los dos bajos, derecha e izquierda, y el tercero al resto de las seis plantas y media del edificio.

Que para tratar de solucionar esta cuestión cabe adoptar dos posiciones extremas: o bien, seguir una orientación que, basada en el libre juego de la autonomía de la voluntad, autoriza al propietario a dividir el inmueble en cuantos pisos o locales independientes estime oportuno, o bien, entender que debe describirse como finca todo aquello que, según el artículo 3.º de la Ley Especial, constituya «un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente», siempre que, además, tenga «salida propia a un elemento común o a la vía pública», según dispone el artículo 396 del Código civil.

Que la primera de las orientaciones no parece pueda aceptarse de una manera total, por pugnar con el carácter eminentemente imperativo de la Ley, que regula la propiedad horizontal, y especialmente con lo ordenado en su artículo 5.º, al decir: «El título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquéllos, al que se asignará número correlativo.» Así como el artículo 8.º, número 4.º, de la Ley Hipotecaria, que dispone que: «En la inscripción se describirán, con las circunstancias prescritas por la Ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignando a éstos un número correlativo»; todo ello sin desconocer que también la autonomía de la voluntad juega en esta materia un importante papel, y que, en determinados casos, las necesidades e imposiciones de la realidad, siempre que no contradigan preceptos legales, pueden tener el adecuado reflejo en las escrituras que sirvan de título a este régimen de propiedad.

Que la segunda orientación tampoco puede aceptarse en términos absolutos, ya que la necesidad de que la propiedad horizontal sea total sobre un determinado edificio no implica que todo piso o local, incluso desvanes, sótanos, traseros y anejos de toda clase que sean susceptible de aprovechamiento independiente y tengan salida a un elemento común o a la vía pública, deban cons-

tituirse como propiedad separada con su respectiva cuota, aunque estuvieren destinados al servicio de otros locales independientes o adscritos como elementos comunes al servicio de todos los propietarios.

Que para determinar cuándo nos encontramos ante un piso o local susceptible de inscribirse en forma independiente y como una sola finca en el Registro de la Propiedad, habrá que acudir—dentro de las normas de la Ley— a la auténtica situación real existente, sin poder someterse a criterios fijos que impedirían la necesaria elasticidad que Notarios y Registradores con su buen criterio deben adoptar en esta materia, a fin de que, además de tener en cuenta la unidad física—derivada de los propios elementos arquitectónicos, que no cabe desconocer—, o incluso económica, funcional o de destino (en el supuesto de almacenes, hoteles, etc.), se valoren todas las circunstancias de cada caso y se llegue a la concreción de todo lo que constituye el elemento físico, para lo cual, si bien, en principio, la autonomía de las partes interesadas puede ser soberana, siempre habrá de atenderse a aquellas circunstancias, con el fin de que no resulten fincas anormales o poco acordes con la realidad.

Que, a mayor abundamiento, se deduce esta misma solución del artículo 8.º de la misma Ley de Propiedad Horizontal, ya que, si permite agrupar pisos o locales colindantes, es porque tiene en cuenta que, en determinadas ocasiones, hay casos en que tal situación puede tener lugar y, al aparecer autorizado por la Ley, después de haberse formalizado esta clase de propiedad, lo mismo puede realizarse directamente en el momento de su constitución, con lo que se evitará toda serie de operaciones e inscripciones innecesarias, que irían en detrimento de la claridad y sencillez que debe ser norma de todo asiento registral.

Que en el presente caso es de advertir que en la finca discutida no hay elementos suficientes para configurarla como una sola, susceptible de aprovechamiento independiente, desde el momento en que las seis plantas que se pretende constituyan finca única aparecen arrendadas a doce inquilinos diferentes, lo que implica esa falta de unidad, económica o de otro tipo, necesaria para que se dé el presupuesto legal,

Esta Dirección General ha acordado, con revocación del auto apelado, confirmar el defecto número 1 de la nota del Registrador, único sobre el que se ha promovido el recurso.

* * *

Una atenta lectura de los Considerandos transcritos, plenos de buen sentido y ponderación, es la mejor exégesis que a su doctrina puede hacerse.

Acogiendo el defecto señalado en el número primero de su nota por el Registrador y las ordenadas razones de su informe, bien claro se desprende que ello no supone desdeñar las muy justificadas también que, en defensa de su criterio, adujo el Notario recurrente.

La lectura, tanto del escrito de impugnación como el del Dictamen del calificador, se impone para un más acabado estudio de la

cuestión que, a nuestro juicio, una vez más, con su peculiar maestría y prudencia, ha tenido expresión justa y equilibrada en los Considerandos arriba copiados.

El problema fue abordado con fina intuición y medida por el Notario (actual Director de los Registros y del Notariado), don Francisco Escrivá de Romani, en su conferencia, «Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», que puede leerse en el número 462 (septiembre-octubre 1967) de esta REVISTA, particularmente en las páginas 1238-1240 (4-III)

DERECHO DE TRANSMISIÓN O «IUS TRANSMISIONIS».—CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 1.006 DEL CÓDIGO CIVIL, POR SU VIRTUD, LOS HEREDEROS UNIVERSALES DEL PRIMER LLAMADO ENTRAN EN POSESIÓN DE LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE A TRAVÉS DEL DERECHO RECIBIDO DEL TRANSMITENTE Y EN LA MISMA PROPORCIÓN EN QUE ÉSTE LOS HA INSTITUIDO, UNA VEZ ACEPTADA SU HERENCIA, YA QUE EL PROPIO «IUS DELATIONIS» ES UNO DE LOS DERECHOS QUE INTEGRAN LA MASA HEREDITARIA DE LA PERSONA A LA QUE SUCEDEN, POR LO QUE SE TRANSMITE JUNTO CON LOS DEMÁS BIENES QUE FORMAN PARTE DE DICHA HERENCIA.

TRACTO SUCESIVO ABREVIADO.—DETERMINADOS QUIÉNES SON LOS INTERESADOS, PUEDEN LOS MISMOS LLEVAR A CABO LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL Y DIVISIÓN DE HERENCIA, EN LA FORMA QUE ESTIMEN CONVENIENTE, SIEMPRE QUE NO CONTRAVENGAN NINGUNA DISPOSICIÓN LEGAL DE TIPO IMPERATIVO, Y SIN QUE SEA NECESARIO, PARA SALVAR UN PRETENDIDO OBSTÁCULO DEL TRACTO SUCESIVO, QUE EN LA ESCRITURA SE ADJUDIQUEN A LA VIUDA UNA MITAD PRO-INDIVISO DEL ÚNICO BIEN INVENTARIADO Y LA OTRA MITAD A LOS HEREDEROS CUANDO, COMO EN ESTE CASO, POR LA VENTA REALIZADA EN OPERACIONES PARTICIONALES POR LOS SEGUNDOS DEVIENE ÚNICA PROPIETARIA Y RESUME TODA LA TITULARIDAD DEL INMUEBLE AQUÉLLA.

INSUFICIENCIA DEL PODER.—EXISTE, PUESTO QUE SE DA PARA INTERVENIR EN LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE, Y SE HA OMITIDO TODA REFERENCIA EN LA DE SU MADRE, SOBRE LA QUE SE HAN REALIZADO PRECISAMENTE LAS OPERACIONES DE ACEPTACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE HERENCIA QUE HAN MOTIVADO LA ESCRITURA CALIFICADA.

Resolución de 20 de septiembre de 1967 («B. O.» de 3 de octubre de igual año).

Constante matrimonio con doña C. B. V., don E. C. V. compró una finca que fue inscrita en el Registro de la Propiedad; el comprador falleció sin dejar descendencia ni hacer testamento, siendo declarada heredera abintestato su madre, doña M. V. A., sin perjuicio de la cuota viudal usufructuaria correspondiente a su esposa; sin haber aceptado ni repudiado expresamente la herencia de su hijo E., doña M. V. A. falleció bajo testamento, en el que instituía heredero en el tercio de mejora y en el de libre disposición a don M. C. V. y en el tercio de legítima instituía por partes iguales a doña P. C. P. y al mencionado don M. C. Por escritura autorizada, el 16 de agosto de 1965, don M. C. V. otorgó poder a favor de don A. P. C. para realizar la partición de la herencia de don E. C. V., liquidación de la sociedad de gananciales del mismo y vender cuantos derechos le correspondían por causa de la misma sucesión, y por otra escritura otorgada el 18 de octubre de 1965, don A. P. C., en representación de don M. C. V. y doña P. C. P., vendió «cuantos derechos les correspondían», en la finca mencionada, a la viuda de don E., doña C. B. V., que, como consecuencia, «deviene única y plena propietaria de la finca descrita», «solicitando del señor Registrador de la Propiedad la inscripción a favor de doña C. B. V. de la finca de referencia».

Presentada en el Registro primera copia del anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, presentado en unión del testimonio del auto de declaración de herederos del primer fallecido, don E. C.; de la copia del testamento de la segunda fallecida, la madre, doña M. V.; del certificado de defunción de ésta y el del Registro General de Últimas Voluntades, así como de copia de la escritura de poder que otorgó al heredero don M. C., por observarse los siguientes defectos:

1.º Gran confusión o falta de claridad al determinar el acervo hereditario a que pertenezca en último término la finca objeto del mismo y, por consiguiente, el concepto por el que intervienen los otorgantes; es decir, de quién sean herederos realmente, pues, por un lado, se afirma que lo son del primer causante, don E. C., lo cual no es así, pues de éste fue declarada judicialmente heredera su indicada madre, sin perjuicio de la cuota viudal, y, por otro lado, se atribuye a los interesados, doña P. y don M. C., la herencia, y, por ende, la participación en el derecho sobre la finca, no a partes iguales, como procedería si fueran herederos intestados del primero, sino a una, la sexta parte indivisa, y al otro, las cinco sextas partes, o sea, como ordenó la segunda causante en su testamento, con lo cual vienen a considerarse como herederos directos de ella, que es lo que en realidad son.

2.º Existiendo dos sucesiones hereditarias, mas una transmisión onerosa, al propio tiempo que se debió adjudicar a la viuda del primer causante su participación en la finca por el concepto de gananciales, se debió de adjudicar a la madre y heredera su participación como tal heredera, aunque esta última adjudicación fuera sólo idealmente o para cumplir el tracto sucesivo formal y abreviado, para ya en la segunda transmisión, por fallecimiento de la madre, hacer la adjudicación real a sus herederos los otorgantes y poder cumplir el

tracto registral material o sustantivo, previo y preciso, para la enajenación que se lleva a cabo, cosa que no se hizo. Y esto, considerando que lo que se enajena son derechos concretos sobre una finca determinada y no propiamente un derecho hereditario, el cual lo es siempre en función de un patrimonio universal y abstracto y no de una finca concreta, y que, además, no hubiera permitido las inscripciones, sino las anotaciones preventivas de que habla el artículo 46 de la Ley Hipotecaria, anotaciones que habría que solicitar. Se expresa en la escritura que, por esta adquisición que hace la viuda del primer causante, queda la única propleitaria de la finca objeto de la misma, lo cual será cierto en el orden civil, mas no en el registral, mientras no se adjudique e inscribá su mitad por gananciales.

3.º Como consecuencia de lo antedicho, no se considera idóneo al efecto el poder con que se actúa en nombre del heredero don M. C., pues éste lo concretó a las operaciones particionales de la herencia de su hermano, el primer fallecido, y a la enajenación de los bienes de esa herencia, y como queda visto hay dos herencias, y los bienes enajenados no pertenecían ya a la primera, sino a la segunda.

2.º En el pie de la escritura calificada aparece la liquidación del impuesto sucesorio por ambas herencias o nota de exención o prescripción (sólo aparece una liquidación por la transmisión onerosa, por cierto provisional), ni la liquidación, también provisional y no definitiva, como es exigido, y nota de exención que figura al pie del testamento, referente a la segunda herencia, cubre a la finca en cuestión, dado que la misma no figura en la relación o lista sintética de bienes a que se contraen tal liquidación y exención. Por tanto, según el artículo 254 de la Ley Hipotecaria y pertinente del impuesto, no se pueden practicar por ello las operaciones registrales. Los defectos se consideran subsanables, no tomándose anotación preventiva o de suspensión por no haber sido pedida y consignándose esta nota al pie del documento, por haberse así exigido.»

Interpuesto recurso por don Manuel Andrino Hernández, Notario autorizante de la escritura calificada (por el titular del Registro número 9 de Madrid), la Dirección revoca parcialmente el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, estimando tan sólo el tercero de los defectos en ésta señalados, en méritos de la doctrina siguiente:

Que la escritura calificada plantea las siguientes cuestiones:

1.ª Naturaleza y efectos del «derecho de transmisión» o *ius transmissionis*, como presupuesto básico para fijar la posición de los interesados y determinar si han actuado con arreglo a sus respectivos derechos.

2.ª Posible influencia del principio de tracto sucesivo como obstáculo al ingreso en el Registro del acto realizado; y

3.ª La suficiencia del poder otorgado por uno de los herederos para las operaciones realizadas.

Que el *ius delationis* o derecho a aceptar una herencia, intransmisible en un principio en el Derecho romano, sufrió en este mismo Derecho una evolución en favor de su transmisibilidad, que, con carácter general, aparece recogida por la mayoría de las legislaciones modernas, de la que no es excepción el Código civil español, el cual, en el artículo 1.006, establece que por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía, consagrando, en forma clara y terminante, el llamado *ius transmissiois*.

Que, en virtud de esta situación, los herederos universales del primer llamado entran en posesión de la herencia del primer causante a través del derecho recibido del transmitente y en la misma proporción en que éste los ha instituido, una vez aceptada su herencia, ya que el propio *ius delationis* es uno de los derechos que integran la masa hereditaria de la persona a la que suceden, y por eso se transmite junto con los demás bienes que forman parte de dicha herencia, con lo que quedan desvanecidas las dudas del funcionario calificador respecto a que los sucesores fueran los herederos *ab intestato*, y por partes iguales de don E. C., ya que, en virtud del testamento de doña M. V. A., lo serán los designados en este instrumento: don M. C. V., en cinco sextas partes, y doña P. C. P., en una sexta parte.

Que en el presente caso han tenido lugar todas las circunstancias para que opere el derecho de transmisión, en cuanto que ha habido, por una parte, delación a favor de la que actúa como transmitente, doña M. V. A., madre del primer causante, fallecida, sin aceptar ni repudiar la herencia de éste, y, por otra, aceptación de la herencia de dicha doña M. por sus herederos testamentarios, en virtud de haber vendido éstos sus derechos, conforme al artículo 1.000-1.º, del Código civil—en la proporción en que fueron instituidos—, a la viuda, doña C. B. V.

Que, una vez determinados quiénes son los interesados—la viuda, doña C. B. V., y los herederos, don M. C. V. y doña P. C. P., en las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal y división de herencia—, éstos pueden llevarla a cabo en la forma que estimen conveniente, siempre que no contravenzan ninguna disposición legal de tipo imperativo y sin que sea necesario, para salvar un pretendido obstáculo del tracto sucesivo, que en la escritura se adjudique a la viuda una mitad *pro-indiviso* del único bien inventariado y la otra mitad a los herederos cuando, como en este caso, por la venta realizada en operaciones particionales por los segundos deviene única propietaria y resume toda la titularidad del inmueble, doña C. B. V., quien por ello puede inscribirlo directamente a su favor, con lo que se evitan asientos innecesarios, se produce una mayor celeridad en los trámites y no se vulnera el principio de tracto sucesivo, ya que en el asiento a practicar, conforme al artículo 20, párrafo último, de la Ley Hipotecaria, constarán todas las vicisitudes de la transmisión operada.

Que no procede realizar ningún previo asiento de inscripción a favor de la madre del causante—primera heredera llamada—, porque ésta no llegó a adquirir la propiedad del inmueble transmitido, ya que no aceptó ni repudió la herencia, sino sólo un mero *ius delationis*, que sirve de base para la determinación de los ulteriores interesados, así como tampoco procede practicar ninguna anotación preventiva de derecho hereditario—no solicitada—ni deducible de los actos otorgados en la escritura calificada, que se limita, mediante la venta hecha, a adjudicar en concreto a la viuda el único bien existente en la herencia del causante.

Por último, que, en efecto, el poder otorgado por don M. C. V. es insuficiente, porque sólo autoriza a intervenir a los apoderados en la herencia del hermano, don E., y se ha omitido toda referencia a la de la madre, doña M. V. A., y es precisamente en la de ésta en la que se han realizado las operaciones de aceptación y liquidación de herencia que han motivado la escritura calificada.

* * *

Brillantes, convincentes, los cuatro primeros Considerandos, nos permitimos remitir al que nos sigue a lo que sobre la doctrina expuesta, escribimos con motivo de la Resolución de 22 de diciembre de 1949 (especialmente página 274, año 1950, de esta REVISTA).

En cuanto al segundo motivo de la nota, acaso para un mejor acatamiento a la función registral y sin que ello implicara la exigencia de un asiento para cada una de las transmisiones, como aclara el Registrador en su informe, estimamos hubiese sido más ortodoxo una previa adjudicación por su mitad ganancial (y aun cuota usufructuaria en la otra de los herederos, de la que nada se habla) a la viuda que, ciertamente, por la venta a su favor en *operaciones particionales*—según se afirma, así ocurre en el quinto de las Considerandos—por los herederos deviene única propietaria y resume toda la titularidad del inmueble; pero todo esto que para el calificador es perfecto en el orden civil, para el Ordenamiento tabular resulta un tanto forzado, ya que, añadimos, no se trata de practicar asientos innecesarios, sino transcribir, tomándolos del título, las operaciones precisas que conduzcan a cristalizar la titularidad registral de doña C. B. ¿Innecesario? ¿Excesivamente formalista? Pragmático acaso. Pues no olvidemos que siempre la forma es claridad. Y el Registro, por encima de todo, debe ser claro. Todo lo que al mismo vaya se tomará del título, que si es de compraventa y, en él se realizan otras operaciones, ¿por qué no se especifican para su traslado a la inscripción las mismas?

Se estampan unas frases en el Considerando 5.º, que, relacionadas con cuanto llevamos expuesto, nos dejan un tanto suspensos. Aquellas «de que los interesados pueden llevar a cabo la liquidación de la sociedad conyugal y división de herencia de la forma que estimen conveniente, siempre que no contravengan ninguna disposición legal de tipo imperativo». Por ejemplo—decimos—, que

se realicen de forma tal que constituyan una firme garantía para los acreedores. Y esto mediante valoraciones y su secuela de adjudicaciones que deslinden los tres grupos patrimoniales en juego: el *privativo* del marido, el *privativo* de la mujer y el *común* ganancial de ambos. De los antecedentes, de hecho, nada parece haya ocurrido así.

Más consideraciones podríamos hacer al respecto, dictadas todas ellas quizá por esa norma de *claridad* que invocamos para los asientos registrales. Pero nos llevarían más allá de lo que el mismo Registrador implicado en el Registro adujo.

ARTÍCULO 51 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.—LA PROHIBICIÓN DE NO TRANSMITIR EL INQUILINO QUE HUBIESE ADQUIRIDO POR RETRACTO O TANTEO HASTA TRANSCURRIR DOS AÑOS, SOLO PRODUCIRA LA RESOLUCIÓN SI LO SOLICITA, EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL CORRESPONDIENTE, LA PARTE PERJUDICADA.

Resolución de 22 de septiembre de 1967 («B. O.» de 14 de octubre de igual año).

Por escritura otorgada el 18 de agosto de 1961, don J., casado con doña M., adquirió, en virtud del ejercicio del derecho de tanteo arrendaticio, como inquilino, el piso que habitaba, y el 28 de junio de 1962, ambos esposos recibieron un préstamo, por cinco años, al interés anual del 5,5 por 100, en garantía, de cuya devolución hipotecaron el citado piso.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, porque, habiéndose expedido al deudor el título previo reseñado en el mismo, por vía de tanteo arrendaticio, se observa como defecto subsanable la falta en el calificado de la declaración del hipotecante de haber venido a peor fortuna, o de una estipulación que mantenga en suspenso el ejercicio de la acción hipotecaria, por principal e intereses, hasta el vencimiento de los dos años de la previa adquisición. En cuanto a las causas de vencimiento del plazo a que se refieren los apartados d) de la estipulación VI y e) de la VIII, se observa, además, la falta insubsanable de ser contrarias al desenvolvimiento del crédito territorial y a la libre contratación sobre inmuebles.»

Interpuesto recurso por Notario autorizante de la escritura, don Benedicto Blázquez Jiménez, a efectos exclusivamente doctrinales, en cuanto al primer motivo de la nota calificadora (respecto de los

dos últimos extremos reconocía que, por tratarse de obligaciones personales, estaban bien excluidos de la inscripción), y dado que el documento fue inscrito por haber presentado los cónyuges prestatarios un escrito, manifestando «haber venido a peor fortuna», la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, que revocó la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que el presente recurso interpuesto por el Notario autorizante, a efectos exclusivamente doctrinales, con arreglo al artículo 112 del Reglamento Hipotecario, y limitado solamente al punto primero de la nota de calificación, tiene por objeto dilucidar si es inscribible, dados los términos del artículo 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, una escritura de préstamo hipotecario otorgada antes de haber transcurrido los dos años de adquisición del piso, en virtud del ejercicio del derecho de tanteo por el inquilino deudor, en la que no se hace constar la declaración de haber venido a peor fortuna.

Que la Ley de Arrendamientos de 1930, siguiendo el precedente de la anterior de 1946, regula el retracto arrendaticio de fincas urbanas como un beneficio legal establecido en favor del inquilino que ocupa un piso, a fin de facilitarle el acceso a la propiedad que le resuelva el problema de la vivienda y evite el conflicto que podría surgir al pasar el dominio del inmueble arrendado a una tercera persona, pero a fin de impedir que, al amparo de este beneficio, pudieran realizarse negocios de especulación, el artículo 51 de la Ley citada prohíbe la enajenación de los pisos adquiridos por el ejercicio de aquel derecho durante un plazo de dos años, pues de otra manera se quebrantaría la finalidad social perseguida.

Que dado que la hipoteca como derecho real de realización de un valor lleva implícita una transmisión por acto *inter vivos*, en el caso de incumplimiento de sus obligaciones por el deudor, hay que entender en principio que tal acto se encuentra comprendido, dentro de la limitación del *ius disponendi*, que establece el artículo 51 y amenazado, por tanto, de resolución a instancia de parte interesada, salvo en los casos de que acreedor y deudor hayan convenido en no ejercitar la acción hipotecaria hasta que pueda enajenarse libremente el piso adquirido o en el supuesto excepcional de que el titular retrayente se encuentre en la situación señalada en la última parte del párrafo 1.º de dicho artículo de haber venido a peor fortuna.

Que el propio artículo 51, en su párrafo 2.º, determina los efectos del incumplimiento de esta prohibición, sin declarar la nulidad del acto realizado y estableciendo una solución diferente y con menor alcance que la estatuida para el supuesto de una finca rústica, puesto que sólo se producirá la resolución si lo solicita el procedimiento judicial correspondiente la parte perjudicada.

* * *

Una comparación de textos: el del artículo 17 de la Ley de Arrendamientos Rústicos y el 51 de las de Urbanos, son, a nuestro juicio, suficientes a desvanecer toda duda en cuanto al alcance que

pueda deducirse de la prohibición de transmitir que en uno y otro precepto late.

Así lo entiende la Dirección en el último Considerando transcrito, acogiendo la tesis del Notario recurrente, don Benedicto Blázquez.

Mientras que para el legislador de predios rústicos la enajenación por el arrendatario del precio adquirido, antes de los seis años, resuelve *ipso facto* el contrato, para el de urbanos es preciso que haya instancia de la parte perjudicada que, como es natural, se solicitará en el procedimiento judicial correspondiente. Claro que también habría que incoar el proceso oportuno en el primer caso; pero el hecho de la venta por sí, sólo bastará al juzgador para la resolución del contrato.

Mas en el caso que nos ocupa, como dice el Notario impugnante, sólo en el momento de proceder, «a instancia de parte perjudicada», juega, en cuanto al inquilino transmitente, el resorte procesal de la prueba de haber venido a peor fortuna.

Si dijese el precepto—añadiríamos nosotros—que este haber *venido a peor fortuna* habría de acreditarse por el retrayente transmitente en el acto de la transmisión, es cuando tendría absoluta procedencia la exigencia para la inscripción. Al no decirlo su programación, se diría tiene las mismas características—con vistas al Registro—que la expresión del artículo 634 del Código civil, de que el donante ha de reservarse lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias.

¿Y no pudiera interpretarse también la dicción del artículo 51 de la L. A. U., como comprendida en la excepción 3.ª del artículo 37 de la Ley Hipotecaria?

El que la resolución se acuerde a *instancia de parte perjudicada*, estimamos que no impide que una fría y desapasionada calificación registral estime incurso dicha resolución o programación, mejor, del repetido artículo 51 de la L. A. U. en las *limitaciones legales*... y con más razón entonces no precisaría de constatación en el Registro.

Véase también Resoluciones de 30 de diciembre de 1946 y 1 de diciembre de 1949.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD Y CONDICIÓN RESOLUTORIA.—VENDIDA LA MITAD INDIVISA DE VARIOS INMUEBLES, CON LA EXPRESADA CONDICIÓN E INTERPUESTA POR EL OTRO COMUNERO DEMANDA DE RETRACTO, AL OBTENER SENTENCIA FAVORABLE, PRESENTÓ EN EL REGISTRO TESTIMONIO DE ÉSTA, DE LA QUE SE TOMÓ ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE; MAS HABIENDO TENIDO ENTRADA EN AQUÉL LA ESCRITURA DE VENTA OTORGADA EN EJECUCIÓN DE DICHA SENTENCIA POR EL JUEZ, EN REBELDÍA DE LA COMPRADORA, AL RETRAYENTE, DENTRO DEL PLAZO DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN, LAS CUOTAS INDIVISAS REPETIDAS FUERON INSCRITAS AL MISMO.

EN CONSECUENCIA, SI BIEN LA VENDEDORA COMUNICÓ NOTARIALMENTE A LA COMPRADORA QUE, NO HABIENDO RECIBIDO EN PRIMER PLAZO DEL PRECIO APLAZADO, QUEDABA RESUELTA LA VENTA, COMO LA NOTIFICACIÓN SE HIZO:

1.º DESPUÉS DE LA PRESENTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS ANTES RESEÑADOS.

2.º POR TANTO, NO EN LA PERSONA QUE PODÍA APARECER COMO DUEÑA, SEGÚN EL REGISTRO, POR SER COMPRADOR DIRECTO—ARTÍCULO 1.521 DEL CÓDIGO CIVIL—, AL NO HABERSE REALIZADO CORRECTAMENTE—ARTÍCULO 59 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO—, NO ES INSCRIBIBLE EL ACTA DE RESOLUCIÓN DE LA VENTA (CON LA ESCRITURA DE ÉSTA QUE LA ACOMPAÑABA), TANTO MÁS CUANTO QUE, EN LA SENTENCIA DE RETRACTO, SE DECLARÓ BIEN HECHA LA CONSIGNACIÓN DEL PRECIO POR EL RETRAYENTE A FAVOR DE LA VENDEDORA, CUESTIÓN ÉSTA EN QUE AL CALIFICADOR LE ESTÁ VEDADO ENTRAR Y QUE PODRÁN VENTILAR LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO CORRESPONDIENTE, Y SIN QUE, POR OTRA PARTE, LO EXPUESTO SIGNIFIQUE DESCONOCER LOS EFECTOS NATURALES DE TODA CONDICIÓN RESOLUTORIA, QUE EN ESTE CASO CONTINUARÁ SUBSISTENTE, SIEMPRE QUE SE CUMPLAN LOS REQUISITOS LEGALES.

Resolución de 26 de septiembre de 1967 («B. O.» de 19 de octubre de igual año).

Por escritura autorizada por el Notario de Barcelona, don Ramón Faus Esteve, el 28 de septiembre de 1964, doña A. V. T. vendió a doña D. P. B. diversas participaciones indivisas de fincas, sitas en término de Rocallaura, del distrito registral de Cervera; el precio total fue de 250.000 pesetas, que se convino se haría efectivo en cinco plazos anuales de 50.000 pesetas, pagaderas el día 1 de enero de los años 1965 a 1969, inclusive; la falta de pago se garan-

tizó en la cláusula 4.ª de la escritura, que dice así: «La falta de pago de uno de los plazos o anualidades de precio aplazado, una vez transcurrido un mes del vencimiento, producirá de pleno derecho la resolución de esta venta, y, por tanto, la vendedora, una vez practicado el requerimiento prevenido en el artículo 1504 del Código civil y 59 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, readquirirá el pleno dominio de las particiones indivisas de las fincas enajenadas y podrá obtener la nueva inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad, acompañando la primera copia de esta escritura y del acta del aludido requerimiento», salvo en cuanto a dos fincas que no estaban previamente registradas, la escritura se inscribió en el Registro, con expresión de la condición resolutoria pactada. Don J. Ll. G., propietario de la mitad indivisa de las fincas vendidas, consignó la cantidad de 40.000 pesetas, importe del primer plazo del precio de la venta realizada, y 160.000 pesetas más en concepto de fianza para responder de los restantes (parte correspondiente a las fincas que habían sido inscritas), con objeto de que fuesen reembolsadas a la compradora, a la que demandó el 24 de diciembre de 1964, en juicio de retracto de comuneros, aceptándose la consignación por providencia del día siguiente. El 1 de enero de 1965, fecha de vencimiento del primer plazo aplazado de la venta realizada por doña A. V. T. a doña D. P. B., ni la compradora ni ninguna otra persona pagó a la vendedora el importe del mismo; el 27 de marzo de 1965 se dictó sentencia favorable a las pretensiones del retrayente, condenándose en rebeldía a la compradora, doña D. P. B., a otorgar escritura de venta a favor del actor de las participaciones adquiridas, ordenándose un depósito en la Caja General de Lérida para responder de los pagos que hubiera que hacer a la señora P.; por auto aclaratorio de 29 de marzo de 1965 se declaró que el pago de los plazos «deberá realizarse directamente a la vendedora, A. V. T., y no a la compradora, D. P. B., por tratarse de una venta a plazos»; el 20 de mayo se expidió mandamiento de la anterior sentencia, que fue presentado en el Registro el día 22, tomándose anotación preventiva por defectos subsanables, el día 19 de junio de 1965, doña A. V. T., por no haber recibido el primer plazo del precio convenido en la escritura de venta otorgada a favor de doña D. P. B., comunicó notarialmente a ésta que, de conformidad con lo que habían estipulado, quedaba resuelta la venta. La citada acta fue presentada en el Registro, junto con la escritura de venta, el 23 de los mismos, mes y año, y el 3 de julio de 1965 se otorgó por el Juez de Cervera, en rebeldía de doña D. P. B., escritura de venta de las participaciones que había adquirido de las fincas objeto de este recurso en favor del retrayente, don J. Ll. G., que fue presentada en el Registro el día 9 e inscrita el 19 del mismo mes.

Sobre la copia del acta, por la que se comunicó la resolución de la venta de doña A. V. T. a doña D. P. B. y sobre la de tal escritura que la acompañaba, puso el Registrador la siguiente nota: «Denegada la inscripción...: primero, porque las fincas figuran inscritas a favor del tercero, J. Ll. G., en virtud de ejecución de sentencia dictada en juicio de retracto de comuneros, y, segundo, porque en el referido juicio se dictó providencia judicial, considerando verificado el pago del precio aplazado por consignación del actor, no pudiendo, por tanto, tener eficacia contra el mismo los efectos resolutorios del artículo 11 de la Ley Hipotecaria. No se ha practicado operación alguna en cuanto a la participación vendida de las fincas primera y última por falta de previa inscripción.»

Interpuesto recurso, la Dirección ratifica el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, median- te la irreprochable doctrina siguiente:

Que los efectos de las condiciones resolutorias inscritas en el Registro de la Propiedad afectan a todo adquirente de un inmueble gravado con esta carga, al tener pendiente su derecho del posible ejercicio de la acción resolutoria por el titular, siempre que hayan tenido lugar las circunstancias que le sirven de fundamento y se haya realizado, cuando se trate de una venta, la notifi- cación judicial o notarial a que se refiere el artículo 1.504 del Código civil y el 59 del Reglamento Hipotecario.

Que sobre esta base, y al no haber recibido en 1 de enero de 1965 la vende- dora, doña A. V., la parte del precio que en ese día debería habersele entregado, notificó en 19 de junio del mismo año a la compradora, doña J. P., su voluntad de dar por resuelto el contrato de compraventa pactado, por lo que hay que examinar si esta notificación reúne los requisitos legales necesarios para, junto con la escritura de venta, provocar la nueva inscripción a favor de la ven- dedora.

Que al interponer el comunero don J. Ll. demanda de juicio de retrac- to, y obtener sentencia favorable, se presentó en el Registro el 22 de mayo de 1965 testimonio de la misma—o sea, antes de la práctica del requerimiento a la compradora—, de la que se tomó anotación preventiva por defecto subsa- nable, y dentro del plazo del asiento de presentación tuvo entrada la escritura de 3 de julio del mismo año, en ejecución de la sentencia anterior, por la que el retrayente adquiría las cuotas indivisas del inmueble, que fueron inscritas a su nombre, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Hipoteca- ria, se ha de considerar como fecha de su inscripción la del asiento de presen- tación, es decir, el 22 de mayo.

Que de esta forma, el funcionario calificador aplicó correctamente el prin- cipio de prioridad, regulado en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, de des- pachar los documentos ingresados en el Registro por orden cronológico de su presentación, así como la reiterada doctrina de este Centro, de que si se trata de títulos contradictorios, la escritura que, con las debidas formalidades tuviera acceso en primer lugar, será la que gozará de los beneficios del sistema, siempre teniendo en cuenta la facultad y deber que los Registradores tienen de examinar los documentos pendientes de despacho que puedan con- tribuir a una más acertada calificación y a evitar la práctica de asientos inútiles o innecesarios.

Que, según el artículo 1.521 del Código civil, el retrayente se subroga en las mismas condiciones estipuladas en el contrato en el lugar del comprador, de manera que, salvo en el cambio de persona, queda subsistente en todo el contrato pactado, y por eso se considera que existe una sola transmisión, tanto a efectos fiscales como civiles, y de ahí que el retraído no responda del sanea- miento al retrayente, y éste, a su vez, tenga acción directa contra el vendedor e incluso no sea necesario demandar a este último, según reiterada juris- prudencia del Tribunal Supremo, sin que ello suponga vulnerar el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio.

Que de todo lo expuesto se deduce que la notificación hecha el 19 de junio de 1965 por doña A. V. no se practicó a la persona que, según el Registro, podía

aparecer como dueña del inmueble por ser comprador directo del mismo, y, al no haberse realizado correctamente este requerimiento, falta, por tanto, uno de los requisitos esenciales establecidos en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario para poder practicar la nueva inscripción, y, además, a mayor abundamiento, la propia sentencia declara bien hecha la consignación del precio por el retrayente—sin que al funcionario le sea dado entrar en el fundamento de esta decisión, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley y 99 de su Reglamento—a favor de la vendedora, cuestión ésta que los interesados podrán ventilar en el procedimiento correspondiente, y sin que, por otra parte, lo expuesto signifique desconocer los efectos naturales de toda condición resolutoria, que en este caso continuará subsistente, siempre que se cumplan los requisitos legales.

INEXACTITUD REGISTRAL, DEBIDA AL PRIMITIVO TÍTULO QUE PROVOCÓ LA INSCRIPCIÓN.—APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 40, APARTADO D), DE LA LEY HIPOTECARIA, EN EL SENTIDO DE QUE BASTARÁ EN EL PRESENTE CASO EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR.

- 1.º IDENTIFICACIÓN DE ÉSTE.—EL NOTARIO PUEDE ASEGURARSE DE LA MISMA MEDIANTE LOS LLAMADOS TESTIGOS DE CONOCIMIENTO, AL AMPARO DEL APARTADO A) DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DEL NOTARIADO.
- 2.º FALTA DE TOTAL COINCIDENCIA EN UNO DE LOS DOS APELLIDOS DEL MARIDO DE LA TITULAR REGISTRAL.—AL TRATARSE DE UNA SOLA LETRA, DEBIDO PROBABLEMENTE A UN ERROR MECANOGRÁFICO EN LA TRANSCRIPCIÓN, Y PESE A LA TRASCENDENCIA QUE TODA RECTIFICACIÓN TIENE EN EL REGISTRO—ARTÍCULO 1.º DE LA LEY HIPOTECARIA—, NO PARECE QUE TAN PEQUEÑA ANOMALÍA SEA BASE SUFICIENTE PARA IMPEDIR TAL RECTIFICACIÓN, QUE SEGURAMENTE DESAPARECERÍA AL PRESENTAR UNA NUEVA CERTIFICACIÓN DEL REGISTRO CIVIL.

Resolución de 29 de septiembre de 1967 («B. O.» de 21 de octubre de igual año).

Por escritura autorizada por el Notario de Madrid, don Juan Vallet de Goytisolo, el 16 de marzo de 1956, don A., en representación de don A. L. V., casado con doña C. V. L., vendió a doña J. D. F. el piso 4.º interior izquierda de una casa, sita en esta capital, calle Máiquez, número 68; en la expresada escritura se hizo constar que la compradora era viuda, según expresó en la misma; la adquisición se inscribió en el Registro. Y por otra escritura de 11 de diciembre de 1964, otorgada por doña J. D. F., que no presentó su documento nacional de identidad, y don J. S. M., los comparecientes, identificados por testigos de conocimiento, hicieron constar que estaban casados, y que si la

esposa había manifestado en la escritura de compraventa antes referida que era viuda, fue debido a creerlo así, por hacer tiempo que carecía de noticias de su marido, pero que, felizmente aparecido, rectificaban tal extremo para que se hiciera constar en el Registro el asiento de la compra del piso de la calle Máiquez, número 68, de esta capital, para cuya adquisición el marido daba su más absoluto consentimiento, ratificado lo hecho por la mujer. Para justificar lo expuesto, acompañaban certificado de matrimonio de los esposos y fe de vida del marido.

Presentada en el Registro primera copia del anterior documento, junto con partida de matrimonio de los interesados y fes de vida y estado, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la rectificación de inscripción solicitada, porque no tratándose de una mera alteración de apellidos o error de menos monta dejados a la amplia estimación del Registrador, se estiman insuficientes los documentos acompañados a la identidad de la titular, según el Registro y la compareciente en la escritura, sin fe directa de conocimiento ni documento de identidad a compulsar con el que debía tener en la fecha de la escritura primitiva, y una manifestación respecto a un hecho sustancial del estado civil, semejante a un "I'm no accord" o "I'm scared", con un paréntesis a todo lo legislado sobre ausencias; habida cuenta se trata de la alteración de los términos de una inscripción, bajo la protección de los Tribunales de Justicia, que exige cumplida prueba de identidad de una persona, mientras no se estime bastante los medios empleados por la superioridad en el recurso en su caso correspondiente. Habiéndose tomado en su lugar anotación preventiva de suspensión, por término de sesenta días al folio 5 tomo 488; finca número 12.881, letra A.»

Interpuesto recurso, la Dirección revoca el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante la razonada doctrina siguiente:

Que inscrito en el Registro un inmueble en virtud de una escritura en la que la compradora manifestó encontrarse en estado de viuda, y ello resultaba igualmente del documento nacional de identidad, que el Notario autorizante tuvo a la vista, la cuestión que plantea este expediente es determinar si en virtud de la posterior escritura de subsanación, en la que la compradora manifiesta el error padecido y el marido presta su consentimiento a la compra, es suficiente, junto con la certificación de matrimonio y fe de vida del esposo, para rectificar el asiento y concordarlo con la realidad, o si, por el contrario, no se encuentra justificada plenamente la identidad de la titular registral, dado que el Notario da fe de conocerla a través de testigos de conocimiento y no presenta la esposa esta vez documento de identidad.

Que de ser ciertas las aseveraciones hechas por los comparecientes en la escritura calificada, quienes aportan, además, los documentos complementarios reseñados, se estará ante un supuesto de discordancia entre el Registro y la realidad, debido a una inexactitud del primitivo título que provocó la inscripción, y su rectificación precisará, conforme al artículo 40, apartado d), de la Ley Hipotecaria, el consentimiento del propio titular registral o, en su defecto, la resolución judicial correspondiente.

Que habiendo prestado su consentimiento a la rectificación el titular regis-

tral, se plantea la duda acerca de si su identificación ha de hacerse mediante la fe de conocimiento directo del Notario autorizante del instrumento de rectificación, o si puede hacerse también por algún otro procedimiento legal; debiendo concluirse que el fedatario puede recurrir a cualquiera de los enumerados en el artículo 23 de la Ley del Notariado, tal y como sucede en el presente caso, en el que se ha procedido a la identificación mediante los llamados testigos de conocimiento, al amparo del apartado a) del citado precepto.

Que aun cuando en la certificación de matrimonio no coincide exactamente uno de los apellidos con el del marido de la compareciente, probablemente debido a un error mecanográfico en la transcripción de una sola letra, y pese a la trascendencia que toda rectificación tiene en el Registro de la Propiedad—por modificar un asiento que produce todos sus efectos y que, según el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales, lo que obliga a extremar el cuidado de la función registral al objeto de que no se practiquen asientos erróneos que lesionarian intereses legítimos—, no parece que tan pequeña anomalía, que seguramente desaparecería al presentar una nueva certificación del Registro civil, sea base suficiente para impedir la rectificación solicitada—tal como declaró la Resolución de 19 de enero de 1914—cuando aparecen plenamente identificados los dos comparecientes y se ha cumplido lo ordenado en el artículo 40 d) de la Ley Hipotecaria.

* * *

Mejor que defecto o nota de calificación a la escritura de rectificación, estimariamos la estampa da en ésta por el Registrador como una apelación, consulta o llamada a la superioridad, para que decida en las dudas que se le plantean, *salvando su responsabilidad* de esta suerte, según manifiesta en su dictamen.

Cautela acaso cómoda y prudencia hasta cierto punto encomiable, pues, como apuntó LACRUZ BERDEJO en sus magistrales *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, el funcionario que no realiza la inscripción debida es responsable, como lo es si no la realiza en los límites y formas determinadas.

Por más que—como indica GIMÉNEZ ARNAU—aunque haya habido error en su calificación, todo el daño que puede recaer sobre el que calificó equivocadamente será—a lo sumo—las—costas del recurso «y lo demás acordado». (Todo eso en *teoría*, porque en la práctica no se da nunca ni esa mínima responsabilidad) (1)—. Problemática ésta—decimos nosotros—no tan clara como la ve el Notario de Madrid, precisa de un meditado estudio.

G. C. C.

(1) *Alcance de la Calificación del Registrador Mercantil*, «Revista de Derecho Privado», pág. 851, octubre 1967.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

*POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ.

SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1967.—*Rectificación de inscripción en el Registro de la Propiedad en cuanto a la descripción de la finca. Incongruencia. Tradición simbólica y tradición material.*

En la demanda se suplicaba que se dictara sentencia por la que se declarase: A) Que tanto en la escritura de segregación y compraventa otorgada entre las demandadas y don Salvador E. L., el día 14 de junio de 1947, ante el Notario don José Manuel Avila Plá como la de partición de bienes del propio señor E., autorizada el 25 de enero de 1954 por el mismo Notario, y con relación a la parcela de terreno descrita en el hecho primero, se incidió en el error de omitir la calle Ayala al lindero Sur de dicha parcela, siguiendo así que, en este concreto particular, el tal lindero debió ser descrito de la siguiente manera: Al Sur, con la calle Ayala, 7, quebrando con terrenos de la finca de donde se segrega, que forma un solar de 900 metros eje de la calle número 12 del ensanche y con más terrenos de la finca primitiva». B) Que, consiguientemente, era inexacta en el Registro de la Propiedad la descripción del acabado de indicar lindero Sur, en cuanto se transcribía literalmente el del mismo modo inexacto lindero, según los expresados títulos notariales, procediendo que se rectificase la aludida inscripción, es decir, la segunda de la finca número ..., al folio ..., del tomo ... del Registro de la Propiedad de Málaga, en consecuencia con la declaración judicial postulada en el apartado anterior para que, de esa manera, la realidad jurídico-extrarregistral con los asientos del Registro. Y se condenaba a las demandadas: A) A estar y pasar por las consecuencias jurídicas, tanto sustantivas y procesales como registrales, que se derivasen de las precedentes declaraciones. B) Al pago de las costas. Por medio de otrosí se hacía constar: Que para el supuesto caso de que la parte demandada llegase a entender que la demanda exigía que se ejercitase la acción de nulidad y de cancelación registrales a que se refería el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en lugar de la mera postulación formulada anteriormente, las actoras no habían de oponer obstáculo ninguno a ello, a cuyo efecto señalaban como inscripción nula y cancelable en tal supuesto la

correspondiente a la finca matriz de que procedía la segregada, o sea, que la constituía, según expresaron las demandadas en la escritura de segregación y compraventa, la inscripción primera de la finca número ..., al folio . ., del tomo ... del Registro de la Propiedad de Málaga, y suplicando que se entendiera condicionalmente, y para tal evento, solicitaban que la sentencia, además de los pronunciamientos interesados, el de que era nula y procedía la cancelación de la referida inscripción primera, de la finca número ..., al folio . ., tomo ... del Registro de la Propiedad de Málaga, relativa a la finca matriz propiedad de los demandados, según quedó después de la segregación practicada en la escritura de 14 de junio de 1947, ante el Notario señor Avila Pla.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió a la parte demandada e imputó las costas a la parte actora. La Audiencia estimó la demanda y declaró: Que tanto en la escritura de segregación y compraventa otorgada por doña María del C. y doña María de las N, y don Salvador E. L., el día 14 de junio de 1947, ante el Notario de Málaga, don José Manuel Avila Plá, como en la partición de bienes del propio señor E., autorizada el 25 de enero de 1954 por el mismo Notario, y con relación a la parcela de terreno que aparecía descrita en el primero de los capítulos de la demanda, se incidió en el error de omitir la calle de Ayala al lindero Sur de dicha parcela, siendo así que, en este concreto particular, el tal lindero debió ser descrito de la siguiente manera: Al Sur, con la calle de Ayala, y, quebrando, con terrenos de la finca de donde se segregó, que forma solar de 900 metros eje de la calle número 12 del ensanche, con más terrenos de la finca primitiva: Que, consiguientemente, era inexacta en el Registro de la Propiedad la descripción del acabado de indicar lindero Sur en cuanto se transcribía literalmente el del mismo modo inexacto lindero, según los expresados títulos notariales, procediendo que se rectificase la aludida inscripción, es decir, la segunda de la finca número ..., al folio . ., del tomo ... del Registro de la Propiedad de Málaga, en consecuencia con la declaración que se hacía en el apartado que precedía, para que la realidad jurídica correspondiera con los asientos del Registro; condenando a la parte demandada, a estar y pasar por las consecuencias jurídicas, tanto sustantivas, procesales como registrales, que se derivasen de las precedentes declaraciones, sin hacer expresa condena de las costas de ambas instancias.

Interpuesto Recurso de Casación, no prosperó, en méritos de los siguientes Considerandos:

Considerando: Que el primero de los motivos de este Recurso de Casación por infracción de Ley se formula al amparo del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, y en él se denuncia que la sentencia recurrida incide en el vicio de incongruencia, citándose expresamente como infringido el artículo 359 de la misma Ley Procesal, y arguyendo, en suma, que la demanda se apoya *únicamente* en los artículos 39 y 40 de la Ley Hipotecaria, y en la petición sustancial de que procede rectificar, en el Registro de la Propiedad, la inscripción de la finca que se describe en el hecho primero de la demanda, «sobre el supuesto de que en la escritura de 14 de junio de 1947, por la que se segregó de otra mayor y fue vendida por las demandadas (ahora recurrentes) al

padre de las demandadas, *se cometió el error* de no expresar que lindaba por el Sur, con la calle de Ayala, error trascendente en la inscripción y que es el que se pretende que rectifique», alegando, al respecto, que la sentencia impugnada basa esencialmente su fallo estimatorio en los artículos 1.250, 5.255 y 1.257 del Código civil, y que la incongruencia denunciada se produce cuando, en los razonamientos que conducen al fallo y son base del mismo, «se actúan normas distintas de las en que se apoya en la demanda una acción específica y se transmuta el problema litigioso en otro distinto del planteado».

Considerando: Que, en primer lugar, debe consignarse que el fallo recurrido, en su aspecto externo, es perfectamente congruente con las peticiones oportunamente deducidas por los litigantes, y, en cuanto al problema concreto planteado, debe destacarse que, si bien el Juzgador ha de atenerse a la cuestión de hecho y a lo alegado por las partes, es libre en la cuestión de derecho para resolver, según las Leyes y doctrinas legales que considere aplicables, aunque no hayan sido alegadas, pues la aplicación de la norma pertinente al caso que se somete a decisión es privativa del juzgador, a tenor de la máxima *jura novit curia* (entre otras, sentencias de 29 de enero de 1940 y 17 de febrero de 1950, así como la de 7 de mayo de 1958) y, conforme al apotegma *da mihi factum et tibi dabo jus*, no tienen necesidad ni obligación los Tribunales, dentro de nuestro sistema procesal, de sujetarse, en su fallo, a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, pudiendo basar sus resoluciones en otros distintos, cual reiteradamente tiene también declarado esta Sala; a lo que debe añadirse que, en el caso presente, la razón de pedir sustancialmente radica en el error que se afirma haberse sufrido al extender un contrato, cuando se expresó la linde Sur de la finca vendida, y, consecuentemente, en la necesidad de rectificar ese error entre contratantes, a lo que se opusieron los demandados ahora recurrentes, siendo de notar, asimismo, que en el escrito de réplica se citaron por las actoras como fundamentos de derechos, entre otros, los artículos 1.257 y 1.258 del Código civil, razones todas por las que es obvio que el Tribunal *a quo* no ha incurrido en el vicio de incongruencia que se le atribuye, y, por consiguiente, el motivo primero debe ser rechazado.

Considerando: Qué de la cuestión fáctica probatoria se ocupan los motivos 3.º y 4.º, ambos acogidos al ordinal 7.º del mentado artículo 1.692, y en ellos se aduce, respectivamente, error de hecho y de derecho en la estimación de la escritura de 14 de junio de 1947, que es también la que, como documento auténtico, se designa para demostrar el pretendido error; mas debe notarse que esa escritura es precisamente el instrumento básico del pleito que el Tribunal examinó, y tuvo en cuenta, en contraste con otros hechos y probantes, para establecer la tesis descrita del litigio, sin que el Tribunal desconociese la literalidad de su contenido, razón por la que no puede esgrimirse como auténtico para evidenciar el supuesto error de hecho; ni tampoco ha incurrido la Sala de instancia en error de derecho, pues si bien el artículo 1.218 del Código civil obliga a dar fuerza probatoria a lo que el documento público contenga, ello no impide que se apruebe por otros medios aquello en que aquél sea discutido, sin que pueda prevalecer dicho precepto para constatar una apreciación conjunta de los elementos probatorios, cual es la que se hace en el segundo fundamento de la sentencia recurrida, razones todas conducentes al decaimiento de esos dos motivos.

Considerando: Que, por similares razones, tiene que ser desestimado el motivo 2.º, en el que, por la vía del número 1.º del artículo 1.692, se sostiene que la

sentencia recurrida viola, por inaplicación, el artículo 1.281 del Código civil, arguyendo las recurrentes que los términos del contrato de compraventa de 14 de junio de 1954, según la escritura continente del mismo, son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, y que, por tanto, ha de estarse al sentido literal de sus cláusulas; pero con base en este motivo no se puede producir la casación, pues el Tribunal *a quo*, para estimar que existió error y para apreciar cuál era la verdadera linde Sur de la finca segregada y vendida, sin negar la literalidad del documento en cuestión, cuyos términos, en cuanto a esa linde, no resultan claros, no se atuvo a la simple interpretación del mismo, sino que, para establecer los hechos probados, se basó en la prueba practicada, apreciada en su conjunto, con la debida ponderación de los diversos elementos que la Sala analiza, y esa apreciación no puede ser atacada eficazmente por la aislada interpretación de un documento que el Tribunal tuvo también en cuenta.

Considerando: Que igualmente, al amparo del número 1.º del antes mentado artículo 1.692 de la Ley Procesal, se formulaba al motivo 5.º, «en cuanto en la sentencia recurrida se infringe, por violación al no aplicarlo (en opinión de las recurrentes), el artículo 1.462 del Código civil», entendiendo las impugnaciones que, «si en la sentencia recurrida se hubiera tenido en cuenta el contenido del artículo 1.462 del Código, se hubiera llegado a la conclusión de que la tradición o entrega al comprador de *la cosa vendida* tuvo lugar en modo ficto o simbólico al otorgarse la escritura de venta, y que en aquel momento quedaba ésta por esta tradición, consumada la venta, y adquiriría el comprador el dominio de la parcela; pero que esa tradición se concretaba a la finca nueva que, segregada de otra mayor, se constituía por la misma escritura con claros y específicos linderos, aceptados sin reserva por el comprador».

Considerando: Que en el segundo fundamento de la sentencia recurrida, como resultado de la prueba practicada, apreciada, en su conjunto, se establecen, entre otros, los siguientes hechos: a) Que el padre de las actoras—comprador de la finca—tenía la parcela de tierra en arrendamiento; b) que esta parcela *está cerrada y perfectamente delimitada* y en posesión de las demandantes; c) que, *según aparece de la prueba*, este cerramiento data desde la compra; d) que es claro y cierto que la actual parcela, en la forma delimitada por su cerramiento, desde la venta, fue la entregada como vendida y comprada, y precisamente constituye el objeto de la compraventa; e) que el contrato sirvió de título para transferir la propiedad de la parcela, *mediante la tradición material de la cosa vendida*, según hemos visto, por ser entregada materialmente, «sin necesidad de la ficta simbólica que representa la escritura».

Considerando: Que el artículo 1.462 del Código civil consta de dos párrafos con diferente contenido, por lo que debiera haberse concretado cuál de ellos fuere claramente el que se supone infringido o si lo han sido los dos; pero aun admitiendo que se trate del segundo párrafo de dicho artículo, debe advertirse que lo que el texto legal dice es que el otorgamiento de la escritura *pública equi-valdrá* a la entrega de la cosa objeto de contrato; pero no empece, lógicamente, a que, aun admitiendo ese otorgamiento, medie entrega y tradición material de la finca vendida, y, en el caso presente, cualquiera que fuere el criterio de esta Sala al respecto, lo cierto es que tal entrega se afirma como hecho en la sentencia recurrida, y como las afirmaciones fáctico-probatorias del Tribunal *a quo*, sobre este punto, no han sido debidamente combatidas, valiéndose al efecto de cauce procesal idóneo, falta por ello el supuesto necesario

de este motivo 5.º, por carencia de la necesaria e ineludible base *de facto* y, en consecuencia, tiene que ser rechazado.

Considerando: Que la misma suerte desestimatoria debe correr el 6.º y último de los motivos, en el que, por el mismo cauce procesal del anterior, se alega que la sentencia recurrida viola, por no aplicación, el artículo 1.253 del Código civil, pues, en primer lugar, todo el desarrollo de este motivo resulta confuso y no aparece justificado el concepto de la infracción que se aduce (violación por no aplicación, o sea, violación en su aspecto negativo); pero, además se parte de haber quedado demostrado lo que es objeto del motivo precedente en cuanto a la tradición ficta, con lo que se pretende excluir la tradición y entrega material reconocidas en la sentencia impugnada, como ya queda dicho, y, esporádicamente, se combaten algunos de los elementos de juicio tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia; pero se omiten otros, ponderados dentro de la apreciación conjunta de las pruebas, intentando así las impugnantes que sus particulares opiniones prevalezcan sobre las apreciaciones fácticas y deducciones corroboratorias hechas por el Tribunal *a quo*, al cual pretenden sustituir, lo que no es admisible.

Concluyendo: Que, al no ser estimado ninguno de los motivos del recurso, procede declarar no haber lugar al mismo, con los pronunciamientos adecuados y pertinentes.

SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1967.— *Concepto de mención registral. Efectos de la cancelación de la mención frente a los titulares inscritos. Valor de los datos de cabida de las fincas obrantes en el Registro.*

En autos sobre acción declarativa de dominio se litigó, entre otros extremos, acerca del valor como mención del siguiente texto, que figuraba en la descripción de una finca en el correspondiente asiento de inscripción en el Registro: «Que su extensión de 2.222 hectáreas, 33 áreas, ha quedado reducida a 2.169 hectáreas y 76 áreas, por haberse cedido algún terreno de esta finca para el Sindicato de las Aguas de Híjar». También fue objeto del pleito la eficacia de la cancelación que se practicó de dicha llamada mención, por caducidad, mediante la correspondiente nota marginal, pues la parte demandada, luego recurrente, estimando que dicha atribución de propiedad a persona distinta del titular registral (que por suponer un derecho de dominio podía y debía ser objeto de una inscripción separada y especial) tenía todos los rasgos que tipificaban la «mención», solicitó y obtuvo su cancelación en octubre de 1959, al amparo de la disposición transitoria 1.ª, A, de la Ley Hipotecaria.

La parte demandante, luego recurrida, calificó de absurda e improcedente «la cancelación de una mal llamada mención» y pidió en su demanda que se declarase que era improcedente y debía quedar nula y sin efecto alguno la nota marginal de cancelación de dicha mención y, en su consecuencia, se condenase a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y pronunciamientos, etc.

La parte demandada, luego recurrente, sostuvo y alegó: que la sentencia recurrida estima que la atribución de las 52 hectáreas, 57 áreas al Sindicato no revisten el carácter legal de una «mención», y por ello no le afectan al

mandato de caducidad de la disposición transitoria primera, letra A), de la Ley Hipotecaria; y como argumento dice que «para que pueda calificarse (de mención) es preciso que se trate de una carga o gravamen, lo que no sucede en el caso de autos, ya que forma parte de la descripción exacta de la finca enajenada». La sentencia recurrida olvida a dicho respecto, sigue diciendo el recurrente, que el artículo 19 de la Ley Hipotecaria de 1869, vigente hasta 1944, y que constituye la fuente legal de dicho especial asiento, dice: «el dominio o cualquier otro derecho real que se mencione expresamente en las inscripciones o anotaciones»; que no es, por tanto, admisible dicha particular opinión de excluir del objeto de la mención el dominio. Así se han pronunciado diversos autores, añade, que estiman que la «mención» es una mera indicación que se hace en un asiento de la existencia de otro derecho real «distinto», del que constituye el objeto de aquél. Que los requisitos que según la doctrina debe reunir la «mención» son: 1.º, alusión, noticia o referencia en forma simple, pero expresa; 2.º, que lo mencionado afecte a la finca o derecho que es objeto principal de la inscripción o anotación; 3.º, que indique la existencia de otro derecho real en sentido amplio, y, por consiguiente, el dominio y los *jura in re aliena*; 4.º, que dichas características concurren en el supuesto del pleito, ya que se alude en forma expresa y simple al «dominio», que, por cesión, tiene el Sindicato recurrido sobre una parte de la finca de «La Codoñera», 52 hectáreas, 57 áreas, objeto de la inscripción principal que se practica; que dicha referencia al Sindicato como titular, y a la finca, como objeto, es expresa, pero simple, es decir, escueta; que dicho dominio del Sindicato recurrido afecta a «La Codoñera», en cuanto que reduce su cabida, y, finalmente, dicho dominio del Sindicato sería susceptible de inscripción especial y separada. No cabe considerar, como una condición especial del acto que se inscribe, dicha referencia a las hectáreas que han pasado, por cesión, al patrimonio del Sindicato; que la última referencia que tipifica la condición de un negocio es su carácter complementario y accesorio que forma un todo con el acto principal al que acompaña; que, en cambio, en la mención se alude a un derecho distinto, autónomo, que por sí solo es susceptible de inscripción separada y especial, circunstancia que nunca podrá alcanzar la condición de un acto jurídico; que por ello la sentencia recurrida a juicio de la Sociedad recurrente incide asimismo en error al afirmar que la alusión a la diferencia de cabida, por cesión al Sindicato, «forma parte de la descripción exacta de la finca enajenada». Para la exacta descripción de una finca, sigue razonando la parte recurrente, que haya sufrido segregación, no es necesario hacer alusión a éstas, ni a los adquirentes de las fracciones segregadas; basta considerar la cabida actual, como resulta de los artículos 47 y 51 de la regla 4.ª del Reglamento Hipotecario; que tampoco cabe calificarla de cualidad del predio, pues reviste dicho carácter lo que afecta al destino, como son cultivo, secano, regadío, edificación, etc., a su naturaleza, etc.; que no cabe sustraer a sus rasgos típicos de «mención» la referencia o noticia que la inscripción de «La Codoñera» contenía, respecto al dominio del Sindicato de las Aguas de Híjar, sobre 52 hectáreas y 57 áreas, y, por ende, excluirla de la disposición transitoria primera de la Ley Hipotecaria de 1944, que proclama «caducarán y no surtirán efecto alguno, siendo canceladas de oficio o a instancia de parte las menciones que teniendo menos de quince años en 1 de julio de 1945 no hubieren sido inscritas o anotadas en la forma procedente, dentro del plazo de dos años a contar de 1 de enero de 1945. La inoperancia absoluta a que a partir de 1 de enero de 1947 se condenaba a las menciones daba a la Sociedad

recurrente y a cualquier otra persona un veredicto de seguridad para adquirir «La Codoñera»; lo contrario sería desconocer la fuerza constructiva de la Ley, al superar y sustituir el pasado; que el Sindicato conoció o debió conocer—y en cualquier caso la ignorancia a él y sólo a él le es imputable—la disposición transitoria primera de la Ley Hipotecaria de 1944; que si no se acogió al régimen de convalidación y conversión de mención en inscripción, que por un plazo generoso de dos años le otorgaban, a él sólo le era imputable, pero no a la Sociedad recurrente; que por lo expuesto es evidente que la sentencia recurrida ha incidido en el vicio denunciado en el presente motivo.

La sentencia del Tribunal Supremo no acogió esta argumentación de la entidad recurrente; no accedió a la casación. Son sus Considerandos:

Considerando: Que los cuatro primeros motivos del recurso razonan en torno a las consecuencias que la parte recurrente atribuye al hecho de la cancelación, obtenida a su instancia en el Registro de la Propiedad de Alhaga, el 3 de marzo de 1959, de la noticia o dato descriptivo, al que llama «mención registral», que constaba en la inscripción de la finca «La Codoñera», adquirida por ellos y referente a que su cabida había sido disminuida, con relación a la primera inscripción, por cierta segregación de terrenos hecha a favor del Sindicato de Riegos de Híjar, que es la parte recurrida, nota marginal de cancelación que fue declarada nula por la sentencia de apelación.

Considerando: Que, como se dice en la sentencia recurrida, la noticia sobre cabida que se da en la inscripción de la finca referida y en los términos en que está concebida no merece el calificativo de «mención registral», conforme al artículo 29 de la Ley Hipotecaria derogada, y, por tanto, no ha de estar sujeta a toda la secuela de caducidades y cancelaciones consignadas en la nueva Ley de 8 de febrero de 1946, y ello por las siguientes razones: 1.ª Porque la mención hipotecaria, en sentido propio, alude siempre a la existencia de un gravamen, ya que, como dice la sentencia de 31 de diciembre de 1963, la mención es «la alusión, hecha en forma expresa, en la inscripción o anotación preventiva de una finca, de un acto inscribible, pero no inscrito, relativo a la existencia sobre ella de una carga o gravamen, que se haya relacionado, mas no constituido, en el título que originó tal inscripción», y tan es así, que la doctrina y la jurisprudencia interpretativa de la Ley excluyen del concepto de «mención», tal como era entendida por el artículo 29 de la vieja Ley, toda indicación sobre derechos personales de crédito, toda referencia a las participaciones no inscritas, en la inscripción o anotación del condueño que inscribe, toda referencia a gravámenes no inscritos hecha en la inscripción del predio dominante y desde luego toda alusión a cabida y a segregación, inscritas o no, como ocurre en el presente caso. 2.ª Porque la caducidad de esta clase de citas en la inscripción cae fuera del propósito que encaminó a la nueva Ley a eliminar, de entre las numerosas menciones que se perpetuaban en el Registro con efectos perturbadores, aquellas que permitidas en la legislación derogada eran incompatibles con la nueva regulación establecida en los artículos reformados 29 y 9 de la Ley y 51 del Reglamento para su aplicación de 14 de febrero de 1947, y para lograrlo estableció el mecanismo de la cancelación a instancia de parte e incluso de oficio; a ello se acogió la parte recurrente, amparándose en que los demandantes no tenían su derecho inscrito, para solicitar la cancelación, que indebidamente alcanzó, de lo que llaman «mención», cuando en realidad no había relación alguna entre las citas en la descripción de una finca y aquellas menciones, hechas al

amparo de la vieja Ley, a las que el texto de la nueva y sus disposiciones transitorias se refieren.

Considerando: Que, aunque de mención propiamente dicha se tratara, como aduce la parte recurrente, tampoco podría prosperar su impugnación a la sentencia; pues, por una parte, dada la fecha de la cancelación, posterior a su adquisición, ellos nunca podrían ostentar la calidad de terceros de buena fe a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Lo serían en todo caso los posteriores adquirentes y, por otra parte, los efectos de la inscripción no son en España constitutivos y la mención de cabida en el Registro siempre está sujeta a posibles rectificaciones previstas en los artículos 39 y 40 de la Ley, con objeto de poner de acuerdo sus asientos con la realidad, aun en virtud de títulos no inscritos, lo que ha sido puesto en práctica por numerosas sentencias de este Tribunal, entre las que citaremos sólo las de 21 de marzo de 1948, 9 de noviembre de 1949 y 30 de septiembre de 1955; por todo lo cual, y por lo expuesto en los Considerandos que anteceden, es procedente desestimar los cuatro primeros motivos del recurso, en los cuales, al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se consideran violados, por inaplicación, los artículos 29, 98, 36, 17, 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria y las numerosas sentencias de esta Sala, que cita el recurrente en el encabezamiento de cada uno de los dichos motivos.

Considerando: Que en el motivo quinto del recurso, y al amparo del número 1.º del artículo 1.692, por interpretación errónea de los artículos 34, 17 y 32 de la Ley Hipotecaria, se sostiene que, aun dando virtualidad a la mención que ellos consideran cancelada y que se expresa en los siguientes términos: «Su extensión de 2.222 hectáreas ha quedado reducida a 2.161 hectáreas, por haberse cedido «algún terreno» al Sindicato de las Aguas de Híjar», ésta tendría eficacia sólo en cuanto a la cabida de 52 hectáreas, diferencia marcada entre la cabida anterior y la actual y no por las 146 hectáreas que declaró la sentencia que se impugna; pero a tal punto de vista hay que contraponer, desestimando el motivo, las siguientes razones: 1.ª Que las afirmaciones sobre cabida en el Registro son siempre revisables (artículos 39 y 40) ante pruebas concretas extrarregistrales, como las que existen en el presente caso: escritura de 10 de enero de 1880, donde se concreta el dato y actas levantadas por los Ingenieros señores Berbegal y Gorriá, en proyecto de deslinde, que no llegó a realizarse, de donde toma base la sentencia recurrida para afirmar una cabida y unos libros que han de tenerse en cuenta en el deslinde y amojonamiento que prescribe. 2.ª Que la referencia registral de la segregación no fija la cabida de lo segregado, sino que afirma la existencia de la segregación de «algún terreno» en favor del recurrido y a continuación especifica la cabida actual de la finca, sin detallar los factores que tuvo en cuenta para concretarla.

SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1967.—*Tercería de dominio. Los efectos del embargo de inmuebles serán plenos y alcanzarán a los terceros a partir del momento en que se practique la anotación misma o al menos se extienda el asiento de presentación del mandamiento. Tales efectos no alcanzan a las transmisiones anteriores.*

Antecedentes: 1.º Por escritura otorgada el 23 de enero de 1954 ante el Notario de Naval Moral de la Mata, don José M. N., don S. M. B. y su esposa, doña C. G. L., vendieron a la sociedad demandante una finca

urbana sita en aquella villa, calle del Tinto, hoy Alfonso XIII, sin número de orden y de ignorada extensión superficial, aunque según medición es de 800 metros cuadrados, que se describe. 2.º En la escritura de compraventa aludida se hace constar que la posesión de trámite por el otorgamiento, aunque sea una consecuencia inherente a la escritura pública, conforme lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil, a no ser que del título resulte o se deduzca claramente lo contrario. 3.º El corral comprado por CIMASA había sido comprado a su vez por don S. M. B. y su esposa por medio de escritura pública otorgada a su favor el mismo día 22 de enero de 1964, a don A. N. Y. y doña G., doña I. y doña C. M. del M., ante el Notario don Juan Madrazo Núñez, es decir, en la misma fecha, ante el mismo fedatario, e inmediatamente antes, hasta el extremo de ser correlativos los números asignados en el protocolo, que vendieron a CIMASA, señalaba el protocolo del Notario. 4.º El mismo día 22 de enero de 1964, y después de las siete de la tarde, el Procurador de los Tribunales, don Arsenio Marzós González, que actuaba en nombre de don V., doña F., doña M.-J. y doña B. T. D., presentó en el Juzgado demanda de juicio ejecutivo en reclamación de 225.000 pesetas de principal, gastos e intereses legales, contra doña S. M. B. La demanda tiene fecha 22 de enero, y en ello, por medio de otrosí, se manifestaba que tienen noticias de que el demandado, en aquel día, sobre las siete de la tarde, había adquirido por compra a varios vecinos de aquella localidad un corral en la calle del Tinto, hoy Alfonso XIII, temiendo que inmediatamente volviera a venderla con el fin de declararse insolvente, y por ello solicitaba se llevara a efecto la traba con la urgencia que el caso requería, previa la habilitación de las horas precisas de la noche. 5.º El Juzgado accedió a ello mediante auto de la misma fecha y posteriormente se dictó mandamiento de ejecución contra los bienes del demandado y se practicó la diligencia de embargo. Es obvia la necesidad de emplear algún tiempo considerable en todas estas medidas y actuaciones, aun suponiendo celeridad apresurada, por lo que resulta evidente que la traba se produjo bien entrada la noche del 22 de enero y por supuesto, después de otorgada la escritura pública de compraventa hecha a favor de CIMASA por don S. M. B. y su esposa. 6.º Que la demanda ejecutiva deducida por los hermanos T. se dirigió originariamente sólo frente a don S. M. B., se procedió con posterioridad a ampliarla contra doña C. G. L., esposa de éste, por lo que el día 24 de enero se dirigió mandamiento al Registro de la Propiedad para que tomara razón de esta medida procesal, aunque en autos no aparece que se haya acreditado diligencia alguna con dicha señora. 7.º En la diligencia de embargo llevada a efecto, el agente judicial trabó embargo de la finca descrita en el hecho primero y no se hace constar la hora en que se practicó. 8.º El mandamiento dirigido al Registro de la Propiedad produjo el día 23 de enero el asiento número 282 del tomo 37 del libro-diario; suspendida la anotación preventiva por no aparecer la finca, tal como se describía, inscrita a nombre del deudor demandado ni de ninguna otra persona, se produjo anotación de suspensión, y el día 11 de febrero, subsanado el defecto, se convirtió en anotación preventiva de embargo la de suspensión. 9.º La finca litigiosa ha sido pericialmente tasada en 200.000 pesetas. Alegó en derecho y suplicó se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: a) Que se declare que la finca urbana descrita en el hecho primero de la demanda, es decir, un corral situado en la calle del Tinto, hoy Alfonso XIII, pertenece en pleno dominio a la entidad demandante, Comercial o Industrial Económico-Agrícola, S. A., abreviadamente CIMASA. b) Que en consecuencia se declare también que es nulo e ineficaz el embargo practicado en

la referida finca en el juicio ejecutivo instado frente a don S. M. B. y luego frente a su mujer por don V., doña M. J., doña B. y doña F. T. c) Que se declare libre de tal embargo y trabas la finca aludida por no pertenecer a los ejecutados, sino a CIMASA d) Que se alce el tan repetido embargo de la finca litigiosa. e) Que se decrete la cancelación de las anotaciones que tal embargo hayan producido en el Registro de la Propiedad de Navalmoral de la Mata. f) Que se libre mandamiento al Registrador de la Propiedad, para que proceda inmediatamente a la cancelación del asiento de la anotación preventiva del embargo de la finca y de cualesquiera otros que haya producido tal medida en los libros del Registro. g) Que se condene a los demandados a estas legítimas pretensiones, al pago de todas las costas que se causen en el procedimiento. Acompañó a su escrito los documentos a que el mismo hace referencia.

Resultando que, admitida la demanda a trámite y emplazados los demandados, no compareció en los autos más que don V., doña M. J., doña F. y doña B. T. D, representados por el Procurador don ..., y contestando la demanda el citado Procurador, estableció en síntesis los siguientes hechos. 1.º Niega todos los de la demanda en cuanto no se ajusten o coincidan con los que expone a continuación. 2.º Sus representados no han intervenido en el otorgamiento de la escritura de fecha 22 de enero de 1964, por lo que nada les consta del contenido de la misma, si bien advierte que en nada les afecta que pertenezca la finca en pleno dominio a la sociedad demandante para que el embargo pueda sobrevivir, según expone más adelante 3.º Que la escritura de compraventa otorgada por don A. P. y otros a favor de don S. M. se hizo por el Notario en el domicilio de doña M. del M., en la calle de Medellín, de aquella villa, después de las siete de la tarde del 22 de enero de 1964. b) Que la escritura por la que aparece vendiendo don S. M. y su esposa la misma finca a CIMASA no se hizo en el domicilio antes indicado, al que no concurrieron ni la esposa de don S. M. ni el representante de CIMASA. c) Que si bien es cierto que el día 22 de enero de 1964 se otorgó la escritura de compraventa por don A. P., esposa y cuñadas, a favor de don S. M., de la finca objeto de este pleito, en realidad la venta se había hecho ya hacía algunos años, pero como la venta se había hecho con precio aplazado, en el documento privado se hizo constar que la escritura de venta se otorgaría cuando don S. pagara el último plazo, como lo pagó el día 22 de enero de 1964, fue por este motivo por lo que en dicho día y mediante la escritura de que se ha hecho mención se solemnizó la venta. 4.º En las primeras horas del día 22 de enero de 1964, don S. M. manifestó a don A. P. que quería pagarle el último plazo del precio del corral objeto de esta litis, y como don S. M. no tenía obligación de pagar el último plazo hasta el mes de febrero de 1965, la conducta de éste infundió sospechas al señor P., tanto más cuanto que es del dominio público que la situación económica de don S. M. es harto precaria, sospechas que se aumentaron al tratar don S. M. que inmediatamente, o en el mismo día, se otorgara la correspondiente escritura de venta, lo que inmediatamente puso en conocimiento de su hijo político, don V. T., por constarle que su referido hijo político y hermanas eran acreedores de don S. M. en cantidad aproximada de 300.000 pesetas. 5.º Ante esta situación, ya en la semana del día 22 de enero de 1964, el letrado que firmaba el escrito redactó la demanda ejecutiva pendiente únicamente para presentarse en el Juzgado, de que se recibiera el aviso correspondiente de don A. P., uno de los vendedores de la finca, a don S. M. La colaboración que desde el primer momento prestó don A. P. permitía frustrar la conducta de don S. M. y CIMASA, que de una manera sigilosa y fulminante pretendían llevar a cabo la

escritura de venta de aquél a la entidad actora, de la finca objeto del pleito, antes de que los acreedores de don S. M. pudieran ejercitar alguna acción contra la misma. 6.º Así, pues, a las siete de la tarde del día 22 de enero de 1964, y en el mismo momento en que el Notario don J. M. estaba en el domicilio de doña M. del M. para hacer la escritura de compraventa, en la que intervenían como vendedores don A. P., su esposa y sus cuñadas, y como comprador don S. M., de la finca objeto de este pleito, don V. T., en unión del Procurador don A. M. y del letrado que firma el escrito, se personaron en el Juzgado, presentando la demanda ejecutiva contra don S. M., saliendo inmediatamente la comisión del Juzgado para practicar las diligencias de requerimiento y embargo a don S. M., con quien se llevó a efecto antes de que pudiera otorgar la escritura de cuenta de CIMASA, como lo demuestra el hecho de que al designar al procurador que suscribía para embargar, como de la propiedad del demandado don S. M., y que garantizara el importe de lo reclamado, la finca misma que es hoy objeto de pleito de tercería, don S. M. no hizo ninguna manifestación en contra de este embargo. El tiempo que pudo invertir el Juzgado en dictar las resoluciones y entregar al alguacil el mandamiento no sobrepasó el de quince minutos, y en todo caso fue inferior a la media hora, encontrándose el Notario don José Madrazo en el domicilio de doña M. del M. cuando salió la comisión del Juzgado para practicar el requerimiento de embargo. 8.º La demanda se dirigió originariamente frente a don S. M., ampliándose después contra doña C. G. 9.º Admite los hechos séptimo y noveno del escrito de demanda. 10. En cuanto al contenido del hecho octavo del escrito de demanda, se atiene a los documentos presentados de contrario y a la certificación que con este motivo se acompaña del Registrador de la Propiedad de aquel partido, por la que se acredita que la inscripción en el Registro de la Propiedad del partido, de la escritura de compraventa, tanto de la llevada a cabo entre don A. P. y otros, como vendedores, y don S. M., como comprador, y CIMASA como comprador y don S. M. y esposa como vendedores, es posterior a la anotación de embargo, reflejándose en la certificación que se acompaña al historial de la finca, y hora, día, mes y año en que fueron presentados todos los documentos que guardan relación con la misma. 11. La entidad demandante y don S. M., identificándose para llevar a cabo, como se ha dicho antes, de una manera sigilosa, fulminante, la compraventa de la finca objeto del pleito, han seguido después unidos y de acuerdo tanto en el juicio ejecutivo, de donde dimana esta tercería de dominio, como en los presentes autos, y en prueba de su aserto se hace resaltar lo siguiente: Que don S. M., que no tenía obligación de pagar el último plazo hasta el año 1965, haya recibido de la Sociedad actora el dinero para pagarlo, que el mismo día en que se otorgó la escritura de venta a favor de don S. M., éste la otorgó a su vez a favor de CIMASA; que tanto don S. M. como CIMASA, no sólo no pusieron en conocimiento de los señores T. D. la compraventa que pensaban realizar, sino que rehuyeron el trato y encuentro, a pesar de que tanto uno como otro tenían relaciones cordiales con don V. T. y con el contable de la fábrica de harinas, señor M.; que el Procurador don Leandro González Alcázar se personara en los autos ejecutivos en nombre de don S. M. sin hacer después oposición a la demanda, solicitando el testimonio de distintas actuaciones, para entregar después dicho testimonio a CIMASA, que lo ha presentado en este pleito; y, finalmente, que el poder que otorga don S. M. a favor de Procuradores lo hace ante un Notario de Talavera de la Reina, en donde tiene su domicilio la Sociedad actora, y no en Navalmoral de la Mata, en donde vive y tiene su domicilio

don S. M. Alegó fundamentos de derecho y suplicó se dictara sentencia absolviendo libremente a sus representados y desestimando la demanda, mandando seguir adelante el procedimiento de apremio en el juicio ejecutivo y condenando a CIMASA a todas las costas y gastos del procedimiento. Acompañó los documentos a que en el escrito se hace referencia.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió a los demandados y ordenó la continuación del procedimiento de apremio, sin hacer expresa imposición de costas. La Audiencia confirmó la sentencia de Primera Instancia, también sin expresa imposición de costas. El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida y dictó otra con la siguiente Resolución:

Que con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Navalmoral de la Mata, y estimando procedente la demanda de tercería de dominio, debemos declarar y declaramos: 1.º Que la finca urbana reseñada en el hecho primero de aquélla pertenece en pleno dominio a la entidad demandante. 2.º Que es ineficaz el embargo practicado en el juicio ejecutivo de que dimana la presente tercería sobre la finca dicha, por no pertenecer a los ejecutados, sino a la entidad tercerista, al tiempo de realizarse la traba, decretándose el alzamiento de la misma y la cancelación de la anotación preventiva practicada en el Registro de la Propiedad del partido, a cuyo fin deberá expedirse el oportuno mandamiento al Registrador del partido correspondiente; y 3.º Que no procede efectuar expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

Los Considerandos de la primera sentencia dicen:

Considerando: Que la cuestión debatida en el pleito y resuelta por las sentencias de instancia, a virtud de argumentos que se combaten en los cuatro motivos del recurso interpuesto, no reduce a determinar si puede o no ejercitar con éxito la acción reivindicatoria, insita en toda demanda de tercería de dominio, el adquirente de una finca, a virtud de escritura pública, contra quien en la misma fecha del otorgamiento de aquélla solicitó y obtuvo mandamiento de embargo, contra los bienes del deudor enajenante del inmueble, trabándose el mismo y *apareciendo presentado en el Registro de la Propiedad el oportuno mandamiento, ordenando la anotación preventiva el día siguiente de la venta efectuada*, lo que equivale a precisar si los efectos de tal anotación sólo son plenos desde el momento en que se extiende el asiento de presentación del mandamiento correspondiente, seguido, dentro del plazo legal de la práctica de la anotación ordenada o si basta para tal plenitud de efectos la mera orden judicial de embargo, aun no habiendo tenido la misma publicidad alguna por la constatación registral que la Ley previene.

Considerando: Que el artículo 43 de la vigente Ley Hipotecaria, cuya infracción, por violación, se acusa, en el tercer motivo del recurso interpuesto, dispone, en su segundo párrafo, que, tratándose de juicio ejecutivo para quien en el mismo obtenga a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor, «será *obligatoria* la anotación, según lo dispuesto en el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», precepto que sugiere las observaciones siguientes: A) Que la obligatoriedad a que el precepto se refiere no ha de entenderse como exigencia coactiva, ya que la «obligatoriedad» es uno de los principios en que descansa nuestro Derecho inmobiliario, y el artículo 42 de la Ley Hipotecaria es claro en el sentido de establecer, en su comienzo y con referencia a todas las modalidades

que puede revestir la anotación preventiva, la mera posibilidad o facultad de solicitar la misma, quedando, por tanto, su iniciativa a la libre voluntad e impulso de quien pueda resultar favorecido por ella. B) Que, en consecuencia, la obligatoriedad que la Ley establece, ha de estimarse relacionada con la producción de efectos jurídicos del embargo, los que sólo serán plenos y, por tanto, alcanzarán a los terceros, a partir del momento en que se haga la anotación misma o al menos se extienda el correspondiente asiento de presentación del mandamiento expedido, sin que se pueda asignar a tal anotación, una retroacción de efectos que la Ley no establece; así, pues: quien obtenga el mandamiento de embargo, es libre de pedir su anotación o no; pero si ésta no se efectúa, aquél no producirá el efecto *erga omnes* de publicidad que sólo la constatación en el Registro asegura. C) Que, por todo ello, para resolver, en cada caso particular, lo procedente en Derecho, más que el aspecto doctrinal de si la anotación ha de entenderse como un acto constitutivo o meramente complementario se ha de fijar el juzgador en quienes y en qué circunstancias, se encuentran las personas a que puede afectar el embargo que se decretó y aún anotado preventivamente en el Registro, no permitiendo que se amparen en la falta de publicidad formal del mismo, ni del deudor, ni quién a sabiendas cooperó a la realización de cualquier acto fraudulento de los derechos del embargante, pero protegiendo íntegramente en su adquisición a quienes, de buena fe, se apoyaron para inclinar su voluntad, en la ausencia de cargas o limitaciones, puesta de manifiesto por el Registro, en el momento de la adquisición.

Considerando: Que siendo la buena fe presumible siempre, tanto en aspecto positivo (creencia de la legitimidad de la adquisición) como negativo (ignorancia de los vicios o limitaciones que puedan afectarla), salvo que, quien la niegue, justifique la mala fe, al no contener declaración alguna en contra la presunción legal, las sentencias de instancia, limitándose a resolver la cuestión propuesta, con base en la declaración de que, pese a la identidad de fechas, existe, a su juicio, la presunción de que el embargo, aun realizado de noche, fue anterior a la autorización de la escritura de compraventa de la finca en que recaía, y, desde tal momento, *produjo plenitud de efectos, sin necesidad de atender a la obligatoriedad de la anotación*, prevenida por la Ley ni discernir las circunstancias en que tuvo efecto la adquisición misma, *es obvio que se ha incurrido en la infracción legal que el tercer motivo del recurso acusa*, por lo que, sin necesidad de entrar en el examen de los demás motivos que integran el recurso interpuesto, procede declarar la procedencia del mismo, con los pronunciamientos y consecuencias que se establecen en el artículo 1.745 de la Ley Procesal Civil.

Pusimos de relieve en otra ocasión (comentarios a la sentencia de 19 de abril de 1960, en esta «Revista», pág. 706, año 1961) que en los efectos de la anotación preventiva de embargo concurren el Derecho civil, el procesal y el hipotecario o inmobiliario, y que este último ha quedado supeditado a aquéllos, con mengua evidente de sus principios fundamentales, de la seguridad y amparo del que acude al Registro, con la idea de garantizar un crédito.

La sentencia que ahora estudiamos precisa los efectos frente a terceros del embargo: surgen cuando el mandamiento ingresa en el Registro, no antes, y tales efectos son las que ya venía sosteniendo la doctrina al relacionar los

pertinentes preceptos del Código civil con los de la Ley Hipotecaria: no afectan a los actos dispositivos otorgados antes de la anotación.

Ya Roca escribió: La garantía que para el cobro del crédito asegurado con la anotación de embargo representa esta anotación, sólo goza u obtiene rango preferente sobre los actos dispositivos otorgados y créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación—o fecha del asiento de presentación del mandamiento, dice esta sentencia—, pero no en cuanto a los anteriores actos dispositivos, ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente del embargo anotado.

A la hipoteca ordinaria inscrita, añade Roca, no pueden perjudicarle los títulos no inscritos ni las acciones derivadas de causas que no consten explícitamente con anterioridad en el Registro. Tienen aplicación normal aquí los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, o sea, que el contenido registral existente al tiempo de inscribirse la hipoteca se reputa, en beneficio del acreedor hipotecario, exacto e íntegro, por actuar plenamente la fe pública registral. La inscripción de la hipoteca provoca la ineficacia de todo acto de enajenación o gravamen anterior que no figurare entonces registrado, de modo que, en cuanto estos actos dispositivos puedan perjudicar al acreedor hipotecario, que reúna las circunstancias para que entre en juego el principio de la buena fe, dicho acreedor puede darlos por inexistentes en absoluto.

En cambio, en las anotaciones preventivas de embargo no ocurre así. En ellas, respecto de los actos dispositivos anteriores, aunque no estén registrados, no actúan dichos artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, es decir, el favorecido por la anotación no goza respecto de tales actos de los beneficios protectores de la fe pública registral.

No tildemos en estos casos de «civilista» a la expuesta doctrina y a la jurisprudencia. La propia Ley Hipotecaria tiene, en su artículo 44, una ya clásica remisión al artículo 1923 del Código civil.

SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1967.—Resolución de compraventa. Acción de cumplimiento y acción resolutoria. Artículo 1.124 del Código civil.

El piso se vendió con precio aplazado, en 31 plazos mensuales que se materializaron (valga la expresión) en letras de cambio. Varias de ellas no se pagaron; se siguió juicio ejecutivo y se embargó el mismo piso vendido y se pronunció sentencia de remate. En virtud de convenio con el demandado, el demandante dejó caducar la instancia. Posteriormente se dejaron de pagar otras letras y se instalaron otros juicios ejecutivos. Se concedieron a los deudores otras oportunidades de pago y prometieron cumplir. No cumplieron. El acreedor promovió entonces juicio declarativo para que se dictase sentencia por la que se declarase resuelto el contrato de compraventa y se condenase a los demandados a estar y pasar por tal declaración, a desalojar en ejecución de sentencia el piso, así como a indemnizar daños y perjuicios.

La parte demandada se opuso, alegando, en síntesis, que primero se le exigió el cumplimiento del contrato y ahora la resolución, lo que no consideraba posible o viable.

Triunfó la petición de resolución en ambas instancias. El Tribunal Supremo no accedió a la casación. Se basó en los siguientes Considerandos:

Considerando: Que el presente recurso se asienta sobre dos motivos, articulados ambos al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que, por tanto, se combatan en el mismo las apreciaciones fáctico-probatorias del Tribunal de Instancia, a tenor de la sentencia recurrida, lo cual sólo podría hacerse, válida y eficazmente, a medio del cauce que ofrece el número 7.º del mentado artículo, alegándose error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; pero al no haberse hecho así, las afirmaciones de facto que, en virtud de tal apreciación se combaten en la sentencia impugnada, deben ser íntegramente respetadas, y, entre ellas, todas las que se hacen en el fundamento 2.º de la sentencia recurrida, sobre todo en cuanto al Tribunal *a quo*, estima la existencia de un convenio entre los interesados, por el que, después de las reclamaciones hechas en juicio ejecutivo, se acordó el pago fraccionado, como así se hizo, de cantidades de 700 pesetas en seis veces, y otra de 10.000 pesetas, esta última en el año 1956, y que ya no volvió a satisfacer cantidad alguna, por lo que, en actos conciliatorios instados por el actor en 1960 y 1964, se comunicó a los demandados (hoy recurrentes) la resolución del contrato.

Considerando: Que en el motivo 1.º de este recurso no se niega, sino que implícitamente viene a reconocerse (máxime habida cuenta del respecto a los hechos probados) el incumplimiento parcial de la obligación de pago del precio aplazado de una compraventa por parte de los demandados recurrentes, y si bien se acusa la infracción por violación del artículo 1.124 del Código civil, tal infracción se sitúa en el segundo párrafo del mentado precepto legal, en cuanto establece que el perjudicado *podrá escoger*, entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y abonos de intereses en ambos casos, arguyendo que el actor y acreedor, ahora recurrido, *ha escogido* el camino del cumplimiento del contrato al reclamar judicialmente (a medio de juicios ejecutivos) el pago de cuatro letras de cambio (las subsiguientes a las 12 primeras ya pagadas), dejando subsistente el contrato, y que, a tenor del precepto invocado, no podrá pedir la resolución del mismo más que sólo en el caso de que el cumplimiento «resultare imposible», lo que aquí no sucede; alegando, en el motivo 2.º, en el que denuncia la indebida aplicación del artículo 1.503 del mismo Código, que este último precepto no está en oposición con el 1.524 del mismo Cuerpo legal; pero sólo tendría aplicación, en su opinión, en el caso de que el vendedor «hubiere escogido», en su oportunidad, la vía de resolución en lugar de la del cumplimiento de la obligación, como, a su juicio, sucede en el caso motivador del presente recurso.

Considerando: Que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, el artículo 1.124 del Código civil regula la resolución como una facultad atribuida a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato, la cual tiene derecho a opción, entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, que puede ejercitarse ya en la vía judicial, ya fuera de ella, sin perjuicio en este punto del examen, y sanción de los Tribunales en caso de impugnación (sentencia de 16 de noviembre de 1956), y si bien es cierto que las dos indicadas soluciones, entre las cuales puede optar el perjudicado, son incompatibles, esta incompatibilidad, de conformidad con la sentencia de este Tribunal de 11 de enero de 1949, únicamente se produce cuando se solicita, *al mismo tiempo*, el cumplimiento o mantenimiento de la obligación y la resolución de ella, lo cual no es posible; pero nada se opone a tal petición si se hace en forma alternativa, y así lo ha declarado esta Sala, al establecer que el derecho que concede

al perjudicado el citado artículo 1.124 para escoger entre el cumplimiento o la resolución, si bien impide la *petición simultánea* de uno y otro como incompatibles, no prohíba, ni tampoco la jurisprudencia, la forma alternativa o subsidiaria, ya que entonces no existe contradicción, siendo también adecuada la cita al respecto de la sentencia de 4 de febrero de 1959, en cuanto expresa que no cabe limitar la opción subsidiaria o alternativamente formulada al supuesto de imposibilidad de cumplimiento, debiendo advertirse, además, que la sentencia de 28 de septiembre de 1899, que la parte recurrente menciona en el motivo 1.º se refiere al que, habiendo optado por el cumplimiento, no le es lícito, después de presentada la demanda, pretender la resolución, debiendo ser rechazada de plano la solicitud incidental deducida al respecto, caso éste que no ofrece analogía con el que ahora es objeto del recurso.

Considerando: Que aparte la doctrina expuesta y sin contradicción con ella, en el caso presente se trata de un nuevo incumplimiento obligacional por parte de los compradores demandados, ahora recurrentes, incumplimiento que tuvo lugar mucho después de aquel convenio modificativo a que se hace referencia en el razonamiento primero de esta sentencia, y esas obligaciones incumplidas, en cuanto al pago del resto del precio aplazado y debido, lo fueron con posterioridad a tal convenio, el que, sin constituir realmente una novación extintiva, modificó, no obstante, y en forma favorable para los deudores, la cuantía y condiciones de los estipulados pagos parciales; advirtiendo que el hecho mismo de que con anterioridad al convenio tratase de hacer efectivas el accionante unas obligaciones parciales de pago, valiéndose al efecto de unos juicios ejecutivos, no veda al actor el ejercicio de una acción resolutoria, no relacionada con tales juicios, ni con reclamaciones ya solventadas, pues tal pretensión resolutoria se funda en un diferente y grave incumplimiento contractual, habida cuenta del tiempo transcurrido sin efectuar pago alguno, razones por las que, teniendo presente también todo lo anteriormente expuesto, no existen las infracciones denunciadas, y el motivo 1.º debe ser rechazado, y con el 2.º, dada la tesis en el mismo sustentada.

Considerando: Que, en consecuencia, al ser rechazados los motivos base del recurso, debe declararse no haber lugar al mismo, con los pronunciamientos inherentes a tal resolución.

B. M. B.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

, POR RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

II.—SOCIEDADES.

SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1967.—*Sociedad irregular* (Salaberría y Cía. c. Echevarría).

Del mismo modo que existen Sociedades civiles con forma mercantil (artículo 1.670 del Código civil), puede también haber Sociedades Mercantiles, aunque ciertamente irregulares, con forma civil, que terminan sustanciándose en una pura forma comunitaria y a las que les será aplicable el artículo 1.669 del Código civil.

SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1967.—*Separación de Administrador en las Sociedades Anónimas* (Muñoz c. «Alianza»).

La vigente Ley de Sociedades Anónimas sigue el sistema de libre remoción de los Administradores, estableciendo que su separación podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta General, sin exigir, para la legalidad del acuerdo de separación, la concurrencia de una causa justa que lo motive, como se propugnaba en el Proyecto, por lo que, al no ser acogida tal exigencia en el texto definitivo de la Ley, hay que entender que se continuaba en la misma trayectoria que tenía señalada el Código de Comercio, y en ese sentido se pronuncia la sentencia de 31 de mayo de 1957.

III.—TÍTULOS-VALORES.

SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1967.—*Excepciones cambiarias oponibles (artículo 480 del Código de Comercio)* (Banco Español de Crédito c. Zapata).

El artículo 480 del Código de Comercio es rigurosamente aplicable cuando el importe de la letra de cambio se reclama por tercera persona tenedora legal del efecto (entre otras, Ss. de 28 de marzo de 1944, 20 de abril de 1949, 18 de noviembre de 1954 y 16 de junio de 1965), pues en las relaciones entre el aceptante y suscriptor de la letra y los terceros poseedores de la misma, las excepciones causales deben ser excluidas, salvo que éstos participen en el negocio básico.

IV.—CONTRATOS.

SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1967.—*Subrogación del asegurador en los derechos del asegurado* (Winterthur c. Abad).

Pactada en la póliza de seguro una cláusula que dice que «la Compañía Aseguradora se subroga en todos los derechos y acciones que competan al asegurado contra terceros responsables de un accidente, cuéquiera, puede aquélla ejercer tales derechos en nombre propio o en el del asegurado, en cuyo último caso deberá otorgar a la Sociedad o a las personas por ella designada los poderes necesarios», en tal cláusula claramente se establece una subrogación convencional, que implica un mero cambio de acreedor, permaneciendo idéntica la obligación, por lo que, si bien nuestro Código civil la considera como novación en el número 3.º del artículo 1103 (debe querer decir 1.203), es indudable que, al subsistir el vínculo obligatorio con la sola sustitución del acreedor, hay una novación impropia o meramente modificativa, la que ha de ser establecida con claridad para que produzca efecto (art. 1.209, párrafo 2.º), sin que precise el consentimiento del deudor, bastando el del nuevo acreedor; a diferencia de la subrogación presunta o legal que exige la aprobación del deudor, según sancionan los artículos 1.159 y 1.210, número 2.º, del Código civil. Por tanto, no hay duda de que la entidad aseguradora tiene acción directa para reclamar lo que pagó, que ejercita en su propio nombre.

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1967.—*Posibilidad de comisión mercantil irrevocable durante cierto plazo* (Zubizarreta c. Renovales).

Si el comitente, haciendo uso del derecho que le otorga el artículo 4º del Código civil *in fine*, renuncia expresamente a revocar la comisión conferida durante el plazo de diez años que señaló, y este plazo viene establecido en favor del comisionista o de terceras personas, resulta evidente que ese pacto de irrevocabilidad temporal, necesariamente tendrá que producir efectos vinculantes, siempre que no se demuestre que encubre fines ilícitos, y en este sentido se viene orientando modernamente la jurisprudencia en cuanto al pacto de irrevocabilidad temporal en el mandato, a partir de la sentencia de 22 de mayo de 1942, que corroboraron las de 1 de diciembre de 1944 y 15 de junio de 1946, pacto de irrevocabilidad con la eficacia legal del que ya existe un claro antecedente en el artículo 1.692 del Código civil.

SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1967.—*Comisión Mercantil. Carácter del contrato. Delegación de facultades* (Piensos H., S. A., c. Cooperativa Santísimo Cristo de C.).

El contrato de comisión mercantil se inspira en nuestra legislación positiva, en la mutua confianza que debe reinar entre quienes le concertaron, según indica la sentencia de 30 de abril de 1929, y se desprende de los artícu-

los 279 y 280 del Código de Comercio; de suerte tal que en la elección del comisionista, necesariamente juega el *intuitus personae*, porque las condiciones morales y personales que le adornan puedan ejercer influencia en el desempeño de su cometido y repercutir en el patrimonio del otro contratante, siendo ésta la razón de que el artículo 261 obligue al primero a efectuar por sí los encargos que hubiera recibido y prohíba delegarlos sin previo consentimiento de su comitente o sin estar de antemano autorizado para ello.

R. G. S. DE F.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1967.

I.—PLANTEAMIENTO.

1. *Los hechos.*

a) En 1939 la Comandancia militar ocupa determinados inmuebles, cuyo propietario se encontraba en el extranjero.

b) En 1942, por supuestos débitos de contribución del propietario, aquellos inmuebles, como tantos otros en análogas circunstancias en aquellos años posteriores al término de la guerra civil, fueron vendidos en subasta pública y adquiridos por don J. M.

c) El adquirente de los inmuebles los alquiló para un cuartel de la Guardia civil, que ya venía ocupando los inmuebles desde el año 1941. Se estipuló un plazo del arrendamiento hasta el 31 de diciembre de 1953, y como precio una renta anual de 1.750 pesetas, a cargo del Ayuntamiento de la localidad.

d) El 29 de marzo de 1945, don J. M. vende el inmueble en cuestión a la hija del primer propietario. la cual demandó al Ayuntamiento en procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, para que el referido inmueble fuese desalojado, obteniendo sentencia favorable.

e) La propietaria presenta escrito en el Ministerio de la Gobernación, en el que, al amparo del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, reclama la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios causados por la ocupación de los inmuebles por las fuerzas de la Guardia civil. Desestimada la reclamación, se interpone recurso de reposición. Y, desestimado asimismo éste, se interpuso el contencioso-administrativo, que resuelve la sentencia de la Sala 4.ª de 7 de junio de 1967, de la que fue ponente don Miguel Cruz Cuenca.

2. *La sentencia de 7 de junio de 1967.*

Esta sentencia marca un hito decisivo en la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Los Considerandos de la misma, literalmente transcritos, establecen:

«Considerando: Que a fin de resolver adecuadamente la primera cuestión discutida en el proceso, relativa a la falta de jurisdicción, opuesta como causa

de inadmisibilidad del recurso, procede, en primer lugar, tener en cuenta que los actos administrativos impugnados en el actual proceso denegaron la reclamación formulada en aquella vía, fundándose en que fue presentada "fuera del plazo de un año señalado por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, habiendo por ello caducado el derecho reconocido, para efectuar la reclamación, por el citado artículo 40, y no siendo, por lo mismo, procedente la estimación del presente recurso de reposición", según lo consignado en el único Considerando de la Resolución de 13 de octubre de 1965, reproduciendo esencialmente el segundo de la de 22 de abril del mismo año, en cuyo primer Considerando se razonó además que "no aparece probado si los desperfectos alegados son propios del uso a que los inmuebles estaban destinados, como tampoco la justificación en forma de su cuantía, en cuyo trámite no intervino la Administración, cuantía que procede estimar excesiva, en todo caso, teniendo en cuenta el precio de adquisición de los inmuebles en el año 1945 por su actual propietaria, que lo fue en la suma de 2 000 pesetas", así como que en la notificación efectuada al representante de la actora, mediante dos comunicaciones de 13 de octubre de 1965, que encabezan las actuaciones procesales, se le advirtió que, contra la desestimación del recurso de reposición, resuelta en aquella línea, podía interponerse recurso contencioso-administrativo ante este Tribunal, y que en el dictamen de la Dirección General de lo Contencioso, de 26 de marzo, literalmente reflejado en la Resolución de 22 de abril de 1965, se hizo constar que ésta debía ser notificada al reclamante, con indicación de que contra la misma procedía el artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Considerando: Que con anterioridad a la vigencia de la Ley de la jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, la de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 estableció en su artículo 128 que, en todos aquellos casos en que con arreglo a la misma está obligada la Administración a indemnizar daños y perjuicios, la jurisdicción competente sería la contencioso-administrativa, preceptos reiterados en el artículo 141 del Reglamento de 26 de abril de 1957, al decir que, de conformidad con lo dispuesto en aquél, "corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los recursos sobre indemnizaciones de daños y perjuicios", habiéndose establecido en el artículo 121 de la Ley, que siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional, no fiscalizable en vía contenciosa, después de haber declarado en el 120 que cuando por consecuencia de graves razones de orden o seguridad pública hubiesen de adoptarse medidas que implicasen requisa de bienes, sin las formalidades exigidas para su expropiación, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles, en cuyas tasaciones, conforme a lo preceptuado en el artículo 115, deberán apreciarse siempre los rendimientos que el propietario hubiere dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación, agregando, además, los perjuicios causados en la finca a los gastos que suponga restituirla a su primitivo estado, preceptos que, según se declare en el preámbulo de la repetida Ley, extienden el principio de la justa indemnización, desde la privación o menoscabo de la misma, poniendo remedio a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico administrativo e impidiendo verdaderas injusticias, amparadas por un injustificado privilegio de exoneración, cuando los resultados de la actividad administrativa, que lleva consigo una inevitable secuela de daños residuales, revierten al azar, sobre un

patrimonio particular con lesión de los intereses patrimoniales privados que, aun cuando resulte obligada, por exigencias del interés o del Orden público, no es justo que sea soportada, a sus solas expensas, por el titular del bien jurídico dañado.

Considerando: Que no sólo para apoyar la pretendida inadmisión del recurso, sino en cuantos fundamentos fácticos y jurídicos expuso en el proceso el representante de la Administración, abandono la tesis, sostenida por ésta en las Resoluciones recurridas, dictándose conforme a la propuesta de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, respecto al supuesto acuerdo verbal de arrendamiento, que, a pesar de haber sido declarado inexistente por sentencia firme, se consideraba subsistente, con posterioridad a la ocupación de los inmuebles, entre el anterior propietario de los mismos y el Ayuntamiento, a quien con anterioridad al año 1954 correspondía satisfacer la de los locales ocupados por la Guardia civil, desistiendo de mantener en el proceso lo que había rechazado terminantemente el Juzgado de Primera Instancia de Guadix, en su sentencia de 5 de septiembre de 1953, confirmada por la de la Audiencia Territorial de Granada de 12 de abril de 1955, declarándose en la primera que con la certificación de la Delegación de Hacienda, solicitada para mejor proveer, acreditativa de no haberse consignado cantidad alguna, destinada a pago de alquiler del edificio destinado a casa cuartel, quedaba claro que no existió hasta el año 1945 contrato de arrendamiento, porque, de haberse celebrado, el Ayuntamiento hubiera llevado a sus presupuestos la cantidad necesaria para pago del alquiler, y al no haberse cobrado nada hasta ese año, necesariamente tenía que figurar en el capítulo de resultas, como se vino haciendo por el Ayuntamiento a partir de 1945, después de que el 17 de octubre cobró el vendedor siete meses después de la venta y cuando ya no podía concertar un contrato que obligase a la nueva propietaria las cantidades correspondientes a rentas atrasadas, que no debían haberse percibido por el vendedor, de lo que deducía el Juez que no podía admitirse la existencia del contrato de arrendamiento, cuyo razonamiento acogió la Audiencia, sosteniendo que la certificación de la Sección de Cuentas de las Corporaciones Locales era decisiva para probar la carencia de contrato.

Considerando: Que en los supuestos de indemnización de daños y perjuicios, cuyo conocimiento incumbe a la jurisdicción, conforme a las Leyes de la Expropiación Forzosa y de Régimen Jurídico, no se exige que el acto causal de la imputación sea efectivamente un acto administrativo, bastando que la situación en que los hechos determinantes se produjeron, fuese propia del Derecho administrativo, quedando fuera de la regulación de la Ley de Expropiación y, por consiguiente, del ámbito de la Ley jurisdiccional, a tenor de lo establecido en el artículo 128 de aquélla y en el 41 de la de Régimen Jurídico, sólo aquellos supuestos en que la actuación administrativa se encuentre regida por normas de Derecho privado, de forma que, a tenor de lo declarado, en las sentencias de esta Sala de 21 de enero y 30 de mayo, 5 y 15 de diciembre de 1961 y 15 de noviembre de 1962, para tener competencia la jurisdicción ordinaria, sería requisito indispensable que la Administración hubiere actuado, como persona jurídica privada, igual que cualquiera particular, sin hallarse investida en el desarrollo de su actividad, de la prerrogativa o atributo de poder, "porque ahora la lesión de un derecho, aun siendo éste de índole civil, como es el derecho de propiedad, puede originar acción contencioso-administrativa, siempre que se produzca la lesión, por un acto de la Administración pública, regulado mediante precepto administrativo" cuando sucede, según declaró la sentencia de la

Sala 3.^a de este Tribunal, de 12 de julio de 1960, si lo que se pide es una indemnización por daños, que se suponen derivados del anormal funcionamiento de un servicio público, porque lo que exigen los artículos 120 y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y el 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado es que la lesión causada pueda atribuirse como consecuencia de aquéllos o de la adopción de las medidas extraordinarias a que aluden.

Considerando: Que la expresión servicio público puede tener en nuestro Derecho el sentido general de actuación administrativa, y el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico reconoce la existencia de un doble orden de relaciones de la Administración, regulando las que conciernen a la actuación del Estado, en relaciones de Derecho privado, mientras que el artículo 40 "contempla la responsabilidad que para el Estado pudiera derivarse de su propia gestión, en tanto que el artículo 41 se refiere a la responsabilidad que a la Administración puede alcanzar, por la conducta extraadministrativa de sus funcionarios, que no pueden considerarse derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos", conforme a lo declarado en el Decreto de 1804, de 7 de septiembre de 1960, aceptando la doctrina de que con la expresión "funcionamiento de los servicios públicos" se ha querido referir el legislador a la gestión administrativa en general, es decir, a la actuación de la Administración pública como tal, e incluso a las actuaciones u omisiones puramente materiales o de hecho, susceptibles de originar la lesión patrimonial que fundamenta la pretensión indemnizatoria, conforme a lo declarado en la sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1965 respecto al "progresivo criterio" sentado en aquel Decreto, al atribuir al Estado, como único responsable, la consecuencia de la prestación anormal del servicio público de transportes militares, independientemente de la imprudencia apreciable en su comisión, por afectar directamente de la imprudencia apreciable en su comisión, por afectar directamente a la gestión del servicio público, lo que cabe predicarlo, con mayor razón, al aparecer objetivada la responsabilidad, así como en la sentencia de la Sala 5.^a de este Tribunal, de 30 de marzo del mismo año 1965, declarando que la satisfacción a la funcionaria reclamante, desde la fecha en que las solicitó, hasta el día en que se posesione del destino que le corresponde, de las cantidades a cuyo pago da lugar lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, es "consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos", frase que doctrinalmente ha sido también interpretada en el sentido de sacrificio impuesto como necesario para el funcionamiento de un servicio público.

Considerando: Que procede destacar la contradicción existente, entre lo afirmado en la copia del acto de entrega, autorizada por el Teniente Jefe de la Línea, respecto que el día 17 de enero de 1964 se personó acompañado de dos testigos en la casa que había venido ocupando la fuerza "por no haber comparecido el dueño, doña M. R. C. C., ni persona alguna que lo represente, pese haberle pasado aviso para que se hiciera cargo del edificio", y lo que figura en la comunicación de 13 de febrero siguiente, firmada por el Comandante Jefe de Estado Mayor de la Dirección General de la Guardia civil, acerca de que se había hecho entrega de la llave, previo reconocimiento del edificio, en el Juzgado comarcal de la localidad, con las formalidades prevenidas, por negarse su propietario a recibirlo a no ser por conducto del Ayuntamiento, con quien formalizó contrato verbal el día 15 de julio de 1942, y alegar éste, no procedía efectuarlo así, por haber dejado de depender del mismo en 31 de diciembre de 1953", sin aludir siquiera al supuesto diviso que en el acta se dice pasado, y la actual propietaria, quien nada había pactado con el Ayuntamiento, y que,

desde luego, no era quien formalizó el supuesto contrato verbal, de fecha anterior a su adquisición, atribuido al vendedor, que pudo ser el que recibiera el mencionado aviso sin que se haya acreditado ni se deduzca del expediente lo afirmado por primera vez en el informe de la Asesoría de la Dirección General de 25 de febrero de 1965, respecto a que "la propietaria había sido citada previamente para el acto de la entrega, reflejándose esta diligencia en la correspondiente acta suscrita por el Teniente Jefe de la Línea y dos testigos", citación que no aparece practicada y que niega haber recibido la demandante, mostrándose enterada de la desocupación y puesta a su disposición del edificio, el día que su representante se hizo cargo de la llave depositada y le fue entregado el inmueble por la Comisión del Juzgado, fecha en la que tuvo conocimiento de los daños o desperfectos sufridos por el mismo durante la ocupación.

Considerando: Que si bien es cierto que el hecho de que un representante de la propietaria compareciere en el Juzgado el día 28 de enero de 1964, debe reputarse señal inequívoca de que tuvo conocimiento del acto de la entrega de las llaves y de la fecha en que se llevó a efecto, no puede sostenerse válidamente y sin otra prueba que lo acredite que tal conocimiento de aquella entrega o desalojo hubiese tenido lugar, efectivamente, con anterioridad, no sólo el día de aquella comparecencia, sino al en que se llevó a efecto la desocupación, porque pudo, por el contrario, personarse en el Juzgado el propio día en que llegó a conocer el desalojo que reiteradamente había pretendido desde que obtuvo la sentencia que lo había decretado; pero que incluso admitiendo la posibilidad de que con anterioridad a esa fecha hubiese tenido la actora noticias más o menos precisas acerca del cese de la ocupación, que el propio defensor de la Administración califica de "sin título alguno contra lo ordenado en una sentencia firme y totalmente anómala", tales noticias no podían anticipar la fecha del día inicial del plazo anual establecido para reclamar formalmente la indemnización debida por unos desperfectos, de los que sólo tuvo la reclamante conocimiento completo en el momento de hacerse cargo del inmueble, y que no podían considerarse consecuencia necesaria de la ocupación, puesto que a pesar del carácter coactivo de la misma pudo no haberlos producido, y, por consiguiente, el derecho a reclamar la cantidad que dejase indemne al perjudicado no pudo ejercitarse hasta que éste conoció la existencia de los daños, ni puede considerarse caducada la reclamación deducida al efecto, computando el plazo desde el momento en que aquéllos se produjeran, o a partir del depósito de la llave en el Juzgado comarcal, toda vez que ni la misma Administración pretende que se inicie el cómputo desde la supuesta y no acreditada citación administrativa, sino desde el acto al que, según aquélla, debió asistir, por sí misma o debidamente representada la propietaria, a fin de hacerse cargo de las casas que le pertenecen, en el estado en que se encontraban.

Considerando: Que no basta atribuir los desperfectos sufridos al uso normal del inmueble y a la falta de reparaciones necesarias por parte del propietario para exonerar a la Administración de la responsabilidad dimanante de los daños y perjuicios producidos durante la ocupación decretada unilateralmente y mantenida contra la voluntad expresada de la propietaria, o incluso desobedeciendo la orden judicial de desalojo, cuando consta en el expediente el cambio de destino operado y las obras de adaptación realizadas por la Administración, así como que además de la situación general de abandono, que es nota común a la casa necesitando una reparación general y a fondo la

carpintería de todo el inmueble, reponiendo la cristalería; todo ello con referencia a la casa de la calle de los Vicos, cuyo estado obedece a juicio del Perito a haber sido adoptada a viviendas o pabellones, para lo que se habían variado o abierto huecos, algunos en muros de carga, y hecho tabiques divisorios, algunos en lugares francamente inadecuados, así como a no haberse hecho elementales obras de conservación en largos años; dejando el edificio en completo abandono, después de unirlo con el de la calle de Santo Cristo, por el procedimiento de abrir dos huecos en las espaldas de ambos, destinando éste para pajar y cuadras, sin respetar su anterior destino, ni utilizarlo como vivienda; encontrándose, debido a la inadecuación del destino y falta de conservación, totalmente hundida, tanto la cubierta como la estructura, mereciendo sólo la consideración de solar, con el inconveniente de la retirada de escombros, en opinión de aquel Perito, confirmada en el expediente administrativo de ruina por el técnico, que dictaminó debía procederse a la mayor brevedad a la demolición de la parte trasera del edificio, que da a la calle de Santo Cristo, que se hallaba en estado ruinoso, como se declaró, con carácter de ruina inminente, el 18 de mayo de 1964.

Considerando: Que si bien no es posible considerar como indemnización por daños la cantidad de 60.000 pesetas por el concepto de ocupación de dichos edificios, que en la demanda se trata de justificar, «según se sostiene acertadamente en el tercero de los fundamentos jurídicos de la contestación, argumentando además, correctamente», que el premio o contraprestación de una ocupación nunca puede ser considerado como un daño ocasionado a la propietaria del inmueble», tan acertado razonamiento no puede conducir a declarar improcedente la pretensión deducida en concepto de indemnización de perjuicios, derivada de no haberse abonado cantidad alguna por la utilización de los inmuebles durante la ocupación temporal decretada y mantenida contra la voluntad de su propietaria, impidiéndole percibir por ellos la renta que incluso la propia Administración había estimado apropiada, según se deduce de lo manifestado en el informe de 7 de agosto y en la comunicación de 22 de septiembre de 1962, que obran en el expediente, del que se desprende también que la cuantía de la indemnización reclamada—como puede observarse mediante la lectura del primer Considerando de la Resolución de 22 de abril de 1965 y de los informes de la Asesoría y de la Dirección General que le precedieron—sólo se consideró excesiva con relación al precio de adquisición fijado en la escritura pública de 1945, mediante la que la actual propietaria, hija del titular ausente, apremiado por débitos de contribución, logró recuperar del adjudicatario los bienes subastados sin que haya llegado a sostenerse en el expediente que la valoración efectuada por el Perito Aparejador, en el momento de la entrega, fue altamente excesiva, así como tampoco que la falta de los detalles que se invocan en la contestación determinase la denegación impugnada, fundada exclusivamente en la extemporaneidad de la reclamación que se considera oportuna, al haberse deducido dentro del plazo legal y a su desproporción con un dato, cuya intrascendencia se manifiesta incluso a la vista de la cantidad percibida por el transmitente, en concepto de renta, siete meses después de la enajenación.

Considerando: Que obligada la Administración Central desde 1 de enero de 1964 a satisfacer el pago de los locales ocupados por la Benemérita Institución, que, con anterioridad eran satisfechas por las Corporaciones Locales, y declarada por sentencia firme la inexistencia de relación contractual respecto a los pertenecientes a la actora, ocupados por la Guardia civil del puesto

de Pedro Martínez hasta el día 13 de enero de 1964, en virtud de haberlo sido anteriormente en el año 1939 por la Comandancia Militar y desde el año 1941 como casa-cuartel de la Guardia civil, por orden del Comandante militar, según consta en el expediente, cuyo examen evidencia, además, la realidad de la lesión patrimonial inferida a su propietaria, privándole de los beneficios inherentes a su utilización durante el tiempo que permaneció inactiva la demanda ante los reiterados requerimientos de aquélla, y la exposición del Juzgado, para que dispusiera lo necesario, a fin de que quedasen a su libre disposición, así como por el estado en que fueron entregados a ésta, declarando ruinoso, a causa de los desperfectos que se les ocasionaron por sus ocupantes, adoptándolos a usos distintos a los suyos propios, procede estimar la pretensión indemnizatoria, deducida, dentro del plazo de un año, establecido en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, en compensación de los beneficios dejados de percibir, fijados de acuerdo con lo ofrecido en concepto de renta por la propia Administración y con el alquiler medio de otros locales (comerciales), digo, semejantes, y para sufragar los gastos que suponen la restitución a su primitivo estado, de los devueltos en tales condiciones, según la mesurada tasación efectuada a instancia de la reclamante, y frente a la que ni siquiera ha sido formulada otra por la Administración, dado lo prevenido en el artículo 120, en relación con los 105, párrafo segundo, y 115 de la Ley de Expropiación Forzosa, preceptos específicos que no pueden dejar de aplicarse para remediar las consecuencias dañosas producidas por la privación singular, mantenida sin aquiescencia de la propietaria, ni previa indemnización, durante la situación anómala o irregular, que sólo ha cesado en el momento en que ha sido posible satisfacer por otros medios materiales la necesidad de alojamiento de la fuerza pública que los ocupaban, conforme al principio general, consagrado en el citado artículo 120, para los supuestos de medidas que impliquen auténticas expropiaciones, adoptadas sin las formalidades exigidas por la Ley para cada tipo de expropiación, estableciendo el derecho a indemnización en favor del particular dañado a consecuencia de ellos.

Considerando: Que existe conformidad entre las partes acerca de que la omisión del procedimiento establecido en el artículo 134 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa no debe producir la anulación de lo actuado, al no haber ocasionado la indefensión del interesado, ni privado a la Administración de los elementos necesarios para resolver la reclamación, por lo que sería contrario a la economía procesal retrasar la solución estimatoria pretendida por el accionante, según se razona en la demanda, o como se argumenta en la contestación, porque no es posible considerar la nulidad del procedimiento si se tiene en cuenta el artículo 51 de la Ley de Procedimiento Administrativo ya que el hecho de que se haya pedido un informe a la Dirección General de lo Contencioso en manera alguna puede llevar a la nulidad de lo actuado, puesto que lo único que hace el citado informe "es otorgar una mayor garantía de bondad y adecuación a Derecho de la resolución que se impugna", argumentación que, por otra parte, evidencia cómo la Administración no atribuye en el proceso, a lo actuado en vía administrativa, el carácter de reclamación previa a la vía judicial civil que haría necesario el informe emitido, y que tanto si se considera que el procedimiento establecido en el artículo 134 del Reglamento de 23 de diciembre de 1955 fue sustituido por el del párrafo tercero del artículo 40 de la Ley de 26 de julio de 1957, como parece entenderse en la contestación, o si se estima que la omisión del informe previsto en aquél y su sustitución por los evacuados en el expediente no impiden resolver

la cuestión de fondos por razones de economía procesal, y a fin de no producir nuevos perjuicios a la demandante, procede acceder a la petición por ambas partes, en atención a la doctrina consagrada en el artículo 48, párrafo segundo, de la Ley de Procedimiento Administrativo, de que la infracción de las normas de procedimiento sólo determina la invalidez del acto cuando tenga carácter esencial o dé lugar a indefensión de los interesados, lo que no sucede al pronunciarse la Administración, mediante actos susceptibles de impugnación jurisdiccional, que permiten estimar esta vía, las ajustadas pretensiones de la accionante.»

3. Problemas.

Los problemas que la sentencia plantea y decide son todos derivados del tema central del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Especialmente los siguientes:

- a) Jurisdicción competente para conocer de la pretensión de indemnización.
- b) Hecho determinante de los daños.
- c) Requisitos de los daños y perjuicios.

II.—EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1. Durante muchos años en nuestro Ordenamiento jurídico la responsabilidad patrimonial de la Administración pública había de fundarse en un precepto aislado del Código civil, el artículo 1.903. Sobre el mismo, la doctrina intentó construir un sistema general de la responsabilidad patrimonial. El principio de responsabilidad—decía S. Royo-Villanova en 1933—«se aplica progresivamente, en virtud de una lenta y laboriosa elaboración doctrinal, a casos y situaciones nuevas» (1).

2. Antes de la Ley de Expropiación Forzosa, la regulación de la responsabilidad ofrecía una acusada diferencia entre la esfera local y la esfera estatal. Como en tantas otras materias, fue la legislación sobre régimen local la que primero reguló orgánicamente la responsabilidad. Se llegó a afirmar que, «vista la distinta posición del Estado y de las entidades locales ante los daños y perjuicios causados a particulares por sus respectivos representantes o funcionarios, es claro que el Estado se comporta con las demás entidades territoriales, en esta materia, en forma poco consecuente—no impongas a los demás lo que no quisieras para ti—, porque en tanto no admite su responsabilidad por los daños causados a los particulares más que en el caso de obrar por medio de agente especial, la proclama directa y subsidiariamente para las entidades locales» (2).

(1) *La responsabilidad de la Administración (tesis doctoral)*, Madrid, 1933, pág. 80. Sobre el problema en general, VALLINA, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, «Documentación Administrativa», núms 78-79, págs. 25-30; TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo*, Madrid, 1965, I, págs. 187-201.

Sobre el régimen general de la responsabilidad de la Administración, me remito a mi trabajo, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 558 y sigs.

(2) MALLOL GARCÍA, *Aspectos de la responsabilidad en la esfera de la Administración local*, Valencia, 1952, págs. 58-59.

3. La Ley de Expropiación Forzosa regula con carácter sistemático la responsabilidad de la Administración en ambas esferas. Como ha dicho Royo-Villanova (S.), «como la Ley de Expropiación Forzosa es posterior a la de régimen local, y en su disposición final tercera deroga cuantas disposiciones se opongan a la misma, creemos que habrá que aplicar sus preceptos en materia de responsabilidad de las entidades locales, y, por consiguiente, que las disposiciones de la Ley de Régimen Local y de su Reglamento sólo serán aplicables en cuanto no se opongan a aquélla. Como ello planteará cuestiones delicadas, convendría que el Gobierno, una vez que se dicte el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, publique el nuevo texto refundido del capítulo correspondiente de la Ley de Régimen Local, teniendo en cuenta los nuevos preceptos de la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa» (3) La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957, dedica a la responsabilidad patrimonial del Estado los artículos 40 y 41 y a la de las autoridades y funcionarios los artículos 42 a 49.

4. Ante esta complejidad de textos reguladores de la responsabilidad de la Administración, puede formularse el siguiente cuadro de vigencias (4):

a) *Administración del Estado:*

1.º Artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

2.º En cuanto no se opongan a aquéllos:

— Artículos 120-123 de la Ley de Expropiación Forzosa.

— Artículos 133-138 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa.

b) *Administración local:*

1.º Artículos 120-123 de la Ley de Expropiación Forzosa y artículos 133-138 de su Reglamento.

2.º En cuanto no se oponga a aquéllos:

— Artículos 405 a 411 de la Ley de Régimen Local.

— Artículos 376 a 384 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales.

c) *Administración institucional:*

Ley de Expropiación Forzosa y Reglamento, artículos citados.

III.—LA JURISDICCIÓN COMPETENTE.

1. La delimitación de competencias entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la civil para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial plantea serias dificultades. De aquí las propuestas sobre unidad de

(3) *La responsabilidad de la Administración pública*, RAP, núm. 19, pág. 57. En sentido distinto, RODRÍGUEZ MORO, *La expropiación forzosa*, 2.ª ed., Madrid, 1962, páginas 424-425.

(4) No se trata de hacer un estudio completo del problema de la responsabilidad de la Administración, sino una referencia a los problemas generales.

jurisdicción (5). En nuestro Ordenamiento vigente, la regla general es la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de todas las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública [artículo 3.º, apartado b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa], si bien se respeta la de los Tribunales ordinarios cuando derive de relaciones de Derecho privado (artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

2. Precisamente por esta dualidad de jurisdicción, censurable y censurada, se planteó en el recurso que resuelve la sentencia comentada el problema de si la jurisdicción contencioso-administrativa podía conocer el tema de la indemnización. Y lo resuelve con una doctrina correcta y ponderada en los tres primeros Considerandos.

IV.—EL ACTO CAUSAL DE LA IMPUTACIÓN.

1. El artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado exige que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Es necesario que el daño sea imputable a una entidad pública o a un concesionario (artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 133 de su Reglamento), y consecuencia de la actuación administrativa. El artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado regula independientemente los supuestos en que se «actúe en relaciones de Derecho privado».

No es necesario que se trate de una actuación ilícita. Se da la responsabilidad, aun cuando el daño sea consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa (artículo 40).

Únicamente se excluyen los supuestos de fuerza mayor (artículo 40). Pero cuando el daño es consecuencia de la actividad administrativa, se da la relación de causa a efecto (verbigracia, sentencias de 24 de marzo, 11 de abril y 11 de junio de 1962), procede la indemnización.

La sentencia de 3 de noviembre de 1964 dice que es necesario acreditar, además de la realidad de los daños causados, «la relación de causa a efecto». Otra de 5 de noviembre de 1965 sienta la siguiente doctrina: «Que de acuerdo con la pauta señalada por la sentencia de esta misma Sala de 4 de julio de 1963, inspirada en el principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, consagrado por los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de 26 de julio de 1957, concordante con el 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y Reglamento de 26 de abril de 1957, debe tenerse en cuenta al precisar el alcance material de dicha responsabilidad procedente, tanto del normal como del anormal funcionamiento de los servicios públicos, que éste debe cubrir integralmente «toda lesión que sufran los bienes o derechos del perjudicado» por causa o efecto de dicha acción, según expresión literal del texto, entendiéndose por lesión cualquier daño o menoscabo que padezcan o experimenten las cosas o los bienes de un estado o fun-

(5) LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, «Revista de Administración Pública», núm. 42, págs. 169 y sigs. y *Unidad de jurisdicción para la Administración pública*, en la misma Revista, núm. 49, págs. 143-192.

cionamiento al momento de producirse aquél, o bien impida o dificulte su uso propio o natural rendimiento, o de los derechos que sobre ellos tuvieran, lo que significa que, por tanto, deben quedar excluidos, no sólo las partidas que se imputan al uso y disfrute de su situación o emplazamiento sobre una vía pública, como se dijo en la sentencia citada o aprovechen cualquier otra ventaja procedente de la actuación de un tercero, ya que no por beneficiarse el titular de la cosa o su actividad deja de ser extraña a su pertenencia, sino también aquellas otras partidas que se computen como posibles mejoras de los bienes realizadas o a realizar con ocasión de la reparación de la lesión sufrida, porque tampoco son consecuencia lesiva derivada de la actividad administrativa y más merecían de conceder el concepto de aportación generosa que de una deuda o crédito exigible *a fortiori* en legal justicia.

El restringido criterio de alguna de nuestras Salas de lo contencioso-administrativo se demuestra con la simple confrontación de alguna sentencia—como la de 9 de mayo de 1967—sobre responsabilidad por falta de señalización de carretera, que es uno de los supuestos típicos de responsabilidad en la jurisprudencia de algún país con régimen administrativo.

2. En este punto concreto los Considerandos 4.º y 5.º de la sentencia establecen precisiones interesantes. En efecto:

a) La Ley no exige—y así lo destaca el cuarto Considerando—que «el acto causal de la imputación sea efectivamente un acto administrativo». No es requisito la existencia de un acto que pueda configurarse técnicamente como «acto administrativo», sino que basta que «la situación en que los hechos determinantes se produjeron fuese propia del Derecho administrativo, quedando fuera de la regulación de la Ley de Expropiación Forzosa, y, por consiguiente, del ámbito de la Ley jurisdiccional, a tenor de lo establecido en el artículo 128 de aquélla y en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sólo aquellos supuestos en que la actuación administrativa se encuentre regida por normas del Derecho privado, de forma que, a tenor de lo declarado en las sentencias de esta Sala de 21 de enero, 30 de mayo, 5 y 15 de diciembre de 1961 y 15 de noviembre de 1962, para tener competencia la jurisdicción ordinaria, sería requisito indispensable que la Administración hubiese actuado como persona jurídico-privada».

b) La expresión servicio público puede emplearse en el sentido restringido de uno de los tipos de acción administrativa de realización de fines, a diferencia de la policía y el fomento, o en el sentido amplio de sinónimo de la acción administrativa. En este sentido se utiliza el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, como destaca, con todo acierto, el quinto Considerando de la sentencia comentada.

V.—EL DAÑO.

Para que proceda la responsabilidad es necesario que el daño sea «efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas» (artículo 40, párrafo segundo, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; artículo 122, párrafo primero, Ley de Expropiación Forzosa; artículo 113, Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa). Es cierto que el artículo 40, párrafo segundo, inciso segundo, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, dice que «la simple anulación... por

los Tribunales Contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización», pero de este precepto la única conclusión lícita a que puede llegarse es que la anulación no da derecho a indemnización, si no hubo, efectivamente, un daño que reuniera los requisitos de la Ley. Pero si la ejecución—no la anulación—dio lugar a daño «efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas» (artículo 40, párrafo segundo, inciso primero, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), es indudable que procede la indemnización.

Lo que el precepto legal supone es que no basta que un acto infrinja el Ordenamiento; no basta la simple anulación, como recuerdan, entre otras, las sentencias de 18 de abril y 12 de junio de 1960, 26 de enero, 30 de junio y 22 de diciembre de 1961, 7 de noviembre de 1962, sino que es necesario, además, la realidad del daño. Como dice una sentencia de 30 de mayo de 1961, deben darse «los tres requisitos que exige la doctrina para que prospere la acción: realidad de los perjuicios, que lo fueron por culpa (o negligencia) de la Administración y relación de causa a efecto». La sentencia de 20 de octubre de 1964 dice que el artículo 40, párrafo segundo, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, exige que el daño alegado por los particulares habrá de ser «en todo caso efectivo y evaluable económicamente». En análogo sentido, sentencias de 3 de noviembre de 1964 y 9 de mayo de 1967.

En la línea de consolidar las garantías elementales para el administrado que instauraron las Leyes de Expropiación Forzosa y de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, la sentencia de 7 de junio de 1967, en su octavo Considerando, consagra estos principios:

a) Que cuando la Administración procede a ocupar un inmueble por decisión unilateral suya, en contra de la voluntad del propietario, debe indemnizar todos los daños ocasionados por la ocupación.

b) Que, en consecuencia, no basta para exonerar a la Administración de su responsabilidad atribuir los desperfectos sufridos «al uso normal del inmueble y a la falta de reparaciones necesarias por parte del propietario».

VI.—CONCLUSIÓN.

Sentencias como la que hoy comentamos, de 7 de junio de 1967, son las que nos permiten pensar que vivimos en un Estado de Derecho, y volver los ojos, confiados, al Poder judicial. Cuando el 15 de septiembre pasado tuve el honor de pronunciar la conferencia en el acto de apertura de Tribunales de la Audiencia de Las Palmas, comencé con estas palabras, con las que quiero terminar este comentario: «Cuando la Ley está dejando de ser el poderoso y auténtico símbolo de la libertad para convertirse en instrumento de opresión; cuando la Administración ha desbordado toda limitación e invadido las esferas más sagradas de la intimidad; cuando la incertidumbre normativa más absoluta coloca al hombre en una dramática situación de angustia, vuelve los ojos a la actitud serena del Juez. Y «el poder judicial—afirma MOSQUERA—aparece como el más seguro baluarte de la libertad; como el compensador efectivo de la "desmocratización" de la Ley; como la última esperanza contra los ataques de los derechos individuales por la Administración superintervenitora de nuestros días; como el encargado de suplir los defectos de la Ley y mantener el prestigio del Derecho». Por eso el rito de la apertura de los Tri-

bunales tiene la más profunda significación. Cuando al llegar esta fecha volvemos de nuevo a vestir la toga, experimentamos la íntima sensación de seguridad que da el saber que todavía existe la posibilidad de defensa frente a la arbitrariedad; de dirimir los litigios entre los hombres, no por el sometimiento al más fuerte, sino por la objetiva y ponderada decisión de un Juez; de que alguien, con la garantía sagrada de la independencia, tiene poder de decir si cualquiera de los órganos del Estado, desde el más alto al más humilde, ha obrado con arreglo a Derecho» (6).

J. G. P.

(6) Todo esto puede afirmarse, porque, a pesar de todo, se dictan sentencias como la que hoy tenemos el honor de comentar.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

Por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 7 de octubre de 1966.

La Oficina liquidadora de Boltaña dirigió a la Entidad local menor de Escosin, en servicio de investigación, una comunicación, interesando datos sobre el líquido imponible de los bienes de dicha Entidad, así como sobre el valor de los aprovechamientos forestales de los años 1962 y 1963, cuyos datos fueron aportados oportunamente.

La Oficina liquidadora instruyó el correspondiente expediente de comprobación de años 1962-63, referentes a un determinado monte, arrojando la cantidad de más de 12 millones de pesetas por aplicación del promedio de los aprovechamientos forestales del quinquenio anterior, valor comprobado, del que dedujo la base de liquidación provisional, quedando como base la de más de 11 millones de pesetas, a efectos de la liquidación complementaria. El expediente fue oportunamente aprobado por la Abogacía del Estado.

Al propio tiempo, dicha Oficina liquidadora instruyó expediente de comprobación correspondiente al año 1963-64, aplicando el índice de precios medios que sirvió de base a la liquidación provisional, siendo aprobado el expediente por la Abogacía del Estado.

En la misma fecha se instruyó el expediente de comprobación de valores por el año 1964-65, obtenido también por el índice de precios medios, cuyo expediente fue también legalmente aprobado.

Seguidamente, la Oficina liquidadora, por correo certificado, comunicó a la Junta vecinal haber girado las correspondientes liquidaciones definitivas en importante cantidad, incluidos intereses de demora y multa.

Las aludidas liquidaciones fueron recurridas por la Junta vecinal, alegando que la utilización del importe de los aprovechamientos forestales como medio de comprobación de valores estaba condicionada a que los aprovechamientos forestales respondiesen a un plan de ordenación del monte, que se realizasen por contrato, que se tuvieran en cuenta los años anteriores y que de la anualidad correspondiente se hiciesen las oportunas reducciones, con-

forme al número 6.º del artículo 87 del Reglamento, que en los años 1963-64 y 1964-65 se había empleado para comprobar el índice de precios medios, sin unir la preceptiva certificación de los mismos, que los aprovechamientos de leñas y pastos eran de carácter vecinal, y que no procedía la imposición de multas y el pago de intereses de demora, suplicando, en definitiva, la nulidad del expediente de comprobación del año 1962-63 por no estar ordenado el monte: la nulidad, también en lo relativo a los otros dos años, por no haberse unido al expediente certificación de precios medios utilizados para la comprobación, y la nulidad de las multas y sanciones impuestas, por no ser procedentes.

La Oficina liquidadora informó, manteniendo la procedencia de las liquidaciones.

El Tribunal provincial desestimó la reclamación, porque el número 9 del apartado 2 del artículo 80 del Reglamento, al hablar de los aprovechamientos forestales ordenados, no utiliza la palabra «ordenación» en el sentido estricto de la legislación de montes; que no procedía la pretendida reducción de gastos por no cumplirse los requisitos del párrafo 6 del artículo 87 del Reglamento, que habían de rechazarse las alegaciones de no haberse unido certificación de los índices de precios medios correctamente aplicados y la de ser los aprovechamientos de carácter comunal, porque, lejos de demostrarse esta condición resultaba que producen renta, y que era ajustada a derecho la imposición de multa y percepción de intereses de demora.

Recurrido el acuerdo por la Junta vecinal, insistiendo en los razonamientos dichos, añadiendo que respecto al año 1962, y dada la fecha en que se inició el expediente de comprobación, estaba prescrita la acción, según el artículo 82 del Reglamento, y se pidió la nulidad de los expedientes de comprobación desde el momento en que no se notificó su resultado y de todos los hechos posteriores.

El Central dice que es preciso determinar primeramente si la actuación de la Oficina liquidadora fue en función de investigación o bien el carácter de tal actuación, conviniendo al efecto resaltar previamente: a) que la Junta vecinal venía tributando normalmente; b) que las liquidaciones giradas e impugnadas lo fueron como complementarias de 1962 y 1963 de la provisional efectuada; c) que, según el artículo 282-4.º del Reglamento, una vez presentada la relación de bienes, no será necesario reproducirla en años sucesivos, bastando en cada uno de ellos declarar las modificaciones que en los bienes o en sus valores ocurran.

Por otra parte, no existiendo modificación en los bienes y siendo precisamente la apreciación de sus bases o valores en relación con si el monte venía o no sujeto a «ordenación», extremo fundamental de la impugnación, hay que admitir que, estando ya presentada la relación de bienes, no existía la obligación fiscal de reproducirla o ampliarla anualmente, sin que ello fuera obstáculo para que la Oficina liquidadora, en función de comprobación y no de investigación, actuase como lo hizo, a fin de obtener la verdadera base liquidable, por lo que, al desenvolverse la gestión pura y simplemente en el área del expediente de comprobación, ni es adecuado hablar de investigación ni procedente la percepción de multa y percepción de intereses de demora, y así se proclama a los oportunos efectos.

En cuanto a que se declare prescrita la acción comprobadora correspondiente al año 1962 por haber transcurrido más de dos años, dice la resolución del Central, que tal prescripción es improcedente por hallarse interrumpida.

pido mediante la comunicación de la Oficina liquidadora de 17 de febrero de 1964.

Respecto a si es de aplicación a la comprobación de valores de que se trata, el medio del apartado 2, número 9 del artículo 80 del Reglamento, consistente en el importe de los aprovechamientos forestales, estimándose como renta el promedio percibido en el último quinquenio, el pronunciamiento ha de ser afirmativo, porque el examen conjunto de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y de su Reglamento de 22 de febrero de 1962 se deduce que, mientras en los aprovechamientos de montes no catalogados las Jefaturas de los distritos forestales no intervienen sino para señalar la época hábil de corta o disfrute, en los montes catalogados su intervención es decisiva, y que, a mayor abundamiento, dispone que el 10 por 100 de los productos se destina a «la ordenación y mejora de los montes de las Entidades locales».

En consecuencia, los aprovechamientos forestales de los montes catalogados, y, por tanto, el cuestionado, sujetos a aquellos requisitos con subordinación a la administración forestal, es indudable que están «ordenados», aunque no figuren en un proyecto de ordenación económica, concepto que ha de prevalecer, dada la redacción del citado número 9.º del apartado 2 del artículo 80 del Reglamento fiscal sobre lo postulado por la recurrente, lo que lleva a la conclusión de que el aludido monte catalogado con «aprovechamientos ordenados» es aplicable el citado medio de comprobación empleado.

Añade la Resolución analizada que es criterio del Central, que la comprobación de valores proveniente del número 9.º ha de hacerse en la forma dispuesta en el párrafo 6 del artículo 87 del Reglamento fiscal, o sea, deduciendo de la cifra media de rendimientos del último quinquenio el importe de los gastos a que esté obligado el propietario, y entre ellos, el 10 por 100 para mejora y ordenación de los montes, así como los demás gastos o prestaciones, cual pudieran ser los de gestión técnica justificada, pero sin que la deducción alcance a otros gastos ocasionados por la conservación y explotación de la finca, ni al importe de las contribuciones, que no se halla autorizada por el precepto reglamentario.

En definitiva, la Resolución estima el recurso, en cuanto no admitió la devolución del 10 por 100 debatido, y la declara procedente e improcedente el recurso en lo demás.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 30 de septiembre de 1966.

LA COMPRA DE TERRENOS, EDIFICADOS O NO, CON LA EXPRESA MANIFESTACIÓN DE DESTINARLOS A LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA, TANTO SEGÚN EL REGLAMENTO DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES COMO LA LEY DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL DE 24 DE JULIO DE 1963, GOZAN DE LA EXENCIÓN TRIBUTARIA DEL IMPUESTO.

Antecedentes.—En escritura de 11 de junio de 1963 se otorgó escritura, por la que la Sociedad Inmobiliaria Galicia, dedicada a la construcción de viviendas de renta limitada, compró una casa y un solar por 60.000 pesetas,

haciendo constar expresamente que en el solar comprado y en el resultado del derribo de la casa habría de construir viviendas acogidas a la Ley de vivienda de renta limitada

La Oficina liquidadora giró liquidación por derechos reales, número 14 de la tarifa, al 6 por 100 sobre una base de 2.100.000 pesetas.

La Sociedad compradora entabló recurso contra la liquidación, alegando la exención del apartado a) del número 59, letra A) del impuesto, por tratarse de terrenos destinados a la construcción de viviendas de renta limitada, siendo indiferentes a tales efectos que la construcción de viviendas se realice previa demolición de las edificaciones que pudieran existir en los terrenos concedidos, distinción carente, además, de relevancia por estar calificadas las fincas adquiridas como solares, conforme al artículo 142 de la Ley del Suelo, y, además, el carácter provisional de exención permitía, en todo caso, su revisión en el supuesto de no cumplirse el destino de las fincas compradas.

El Tribunal provincial estimó en parte la reclamación, admitiendo la exención respecto a la transmisión del solar y negándola en cuanto a la casa, fundado en el carácter restrictivo de la interpretación de las exenciones y bonificaciones tributarias, por lo que la exención relativa a la adquisición de terrenos destinados a la construcción de viviendas de renta limitada no puede extenderse a la adquisición de edificios, aunque se haga constar que se adquieren para derruirlos, y en el solar resultante, construir dicha clase de viviendas.

Recurrido el acuerdo del provincial ante el Central, la Sociedad recurrente reiteró sus razonamientos de primera instancia, y añadió que la calificación de solar de la finca edificada, según el artículo 142 de la Ley del Suelo, obedece a hallarse en malas condiciones de conservación, con abandono de los inquilinos, y, en definitiva, suplicó la revocación de la resolución recurrida, con devolución del impuesto correspondiente.

El Central empieza por sentar que la Ley de 15 de julio de 1954 trata de intensificar la construcción de viviendas de renta limitada, concediendo al efecto, en su artículo 10, la exención total del impuesto de Derechos reales para los contratos de opción, adquisición y permuta de los terrenos comprendidos en los proyectos de viviendas de renta limitada, aprobados por el Instituto Nacional de la Vivienda, debiendo consignarse, en el documento correspondiente, esta aprobación, disposición desarrollada en los artículos 25 y 31 del Reglamento para su aplicación de 24 de julio de 1955, que concedió la exención con carácter provisional por la simple manifestación en los respectivos documentos de que el contrato se celebra con el exclusivo fin de construir tal clase de viviendas, sin perjuicio de practicar las pertinentes liquidaciones si no se obtuviese la calificación definitiva de las viviendas a la terminación de las obras, preceptos legales, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 69 y siguientes del propio Reglamento, que, al tratar de la presentación de los proyectos para su aprobación por el Instituto, exigen, en todo caso, acompañar la certificación del Registro de la Propiedad, acreditativo de la inscripción de los terrenos a favor del adquirente de los mismos que ha de realizar la construcción.

Añade a continuación la Resolución comentada, que la Ley del Impuesto de 1958, en el artículo 3.º (A), número 59 a), confirma la exención estudiada en cuanto a los contratos de opción de compra, adquisición a título oneroso, arrendamiento, cesión del derecho de superficie y cesión gratuita de los terrenos destinados a la construcción de dichas viviendas y establece para todos los supuestos de exención que se entenderán concedidos con carácter provisional y condicionados al cumplimiento de los requisitos que para cada caso se exigen.

De lo expuesto se deduce que la legislación fiscal aplicable no ha alterado la anteriormente vigente y, en consecuencia, basta la mera declaración de los interesados en la escritura pública de adquisición de los terrenos con respecto al destino de ellos para aplicar con carácter provisional la exención.

Termina diciendo el Central, que, sentado la anterior y admitida la exención con carácter provisional por la simple manifestación de los interesados, es criterio del Tribunal, que carece de trascendencia distinguir si la transmisión fue de terrenos, esto es, de solares o de finca urbana, porque tal distinción para nada se opone a la exención provisional, cuyo criterio lo corrobora el texto refundido y revisado de la legislación de viviendas de protección oficial, aprobada por Decreto de 24 de julio de 1963, cuyo artículo 10, número 9.º, referente a exenciones, dice que goza de ella la adquisición de terrenos y concreta diciendo que «la existencia de construcciones que hayan de derruirse para edificar no será obstáculo para la exención, lo cual repite el número 29 del artículo 46 de la Ley de reforma del sistema tributario en relación con el impuesto general sobre transmisiones patrimoniales al regular análoga exención.

Todo lo cual, termina diciendo, lleva al acogimiento de la admisión del

J. M. R.-V.

LIBROS

DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967, 550 págs.

Ha sido una lástima que el profesor FEDERICO DE CASTRO no haya podido determinar su importantísima obra *El Derecho civil de España*, libro que fue fundamental en su época y que no ha perdido en absoluto su vigencia. La existencia de importantes obras inacabadas es quizá una de las características de la bibliografía jurídica española, al tiempo que proliferan los artículos y obras monográficas. Es cierto que una obra de tal envergadura está menos al alcance de cualquiera que una producción monográfica, que puede ser compatible con las actividades profesionales cotidianas. Pero el profesor DE CASTRO tiene en el panorama de la ciencia jurídica española posterior a la guerra civil una talla posiblemente inigualable para acometer tal empresa, lo que hace aún más lamentable que no hayamos podido ver el final de la obra.

Afortunadamente, el Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, que se halla en curso de publicación por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, entre obras de diferentes significado y calidad, ha publicado la obra que comentamos en su volumen X y que creemos es la mejor obra sobre el negocio jurídico que se ha publicado hasta ahora en nuestro país.

La ingente tarea de reducir a un libro de 550 páginas toda la abundantísima problemática del negocio jurídico ha obligado a su autor a llevar a efecto una apretadísima labor de síntesis. Y es curioso observar cómo la asimilación total del espíritu de un Ordenamiento jurídico, unido a profundísimos conocimientos históricos y de Derecho comparado, cualidades todas que reúne el profesor DE CASTRO, le han permitido llevar a efecto su obra, aportando el peso de una gran carga científica, sin perder un ápice de una claridad meridiana.

Las instituciones están estudiadas a la luz de sus precedentes históricos; aparecen comparadas con los Ordenamientos jurídicos de otros países, fundamentalmente Alemania, Italia y Francia; está recogida la doctrina más reciente en Europa acerca de las materias que trata, sin olvidar la abundante y valiosa producción monográfica española de las últimas dos décadas, recogiendo las opiniones más avanzadas y modernas, procedentes incluso de autores jóvenes, prometedores, pero aún poco conocidos. Y es una muestra de la lozanía de pensamiento del profesor DE CASTRO la circunstancia de que haya sabido percatarse del interés que aparece en los últimos tiempos por los sistemas jurídicos anglosajones; interés que consideramos sumamente atractivo y que irá creciendo en un futuro cada vez más inmediato a medida de que nos convenzamos del valor que indudablemente tiene el sistema jurídico anglosajón, que es, como decía JENKS, junto con el Ordenamiento jurídico romano, los dos únicos sistemas legales genuinamente originales, obedientes a principios que les son propios, de Europa.

La importancia en la bibliografía española de un libro de la categoría que comentamos es innecesario encomiarla, ya que hasta el presente habíamos funcionado, o bien con libros alemanes o italianos o con obras de un contenido bastante elemental, demasiado elemental, para algo que, como el negocio jurídico, es una de las figuras centrales del Ordenamiento jurídico privado, que proyecta su luz y su influencia sobre todas las zonas del Derecho, a la vez que experimenta la influencia indudable del resto del Ordenamiento jurídico, al tiempo que obedece en su concepción a puntos de vista vigentes en la comunidad jurídica acerca de las doctrinas generales sobre política, economía, sociología y moral.

De ahora en adelante, y durante muchos años, la obra del profesor DE CASTRO será un libro clave en la materia, tanto para la docencia como para la investigación y la práctica de la cada día más difícil profesión jurídica.

Y esta importancia de la obra quizá resulta más patente si reflexionamos acerca de la necesidad de llevar a efecto de cuando en cuando una síntesis de todo cuanto concierne a una determinada institución jurídica, dada la tendencia actual, no solamente en Derecho, sino en todas las demás ramas de la ciencia a una hipertrofia de la producción monográfica excesivamente detallista. En sus humoristas libros sobre economía y empresa, concretamente en *Al patrimonio por el matrimonio*, el profesor PARKINSON afirma que el progreso de una ciencia se mide a veces en proporción inversa a la abundancia de los artículos de revistas que aparecen acerca de sus materias, hasta el punto de que los investigadores realmente serios terminan comunicándose los resultados de sus investigaciones por simple correspondencia privada. Los años recientes han contemplado la aparición de tal número de artículos referentes a puntos concretos del negocio jurídico, que la publicación del libro del profesor DE CASTRO produce una sensación de alivio y reposo mental para quien quiera ocuparse del tema, ya que en él encontrará como un remanso, en que las ideas dispersas han sido clasificadas, meditadas, digeridas y transformadas en una doctrina eficaz y plenamente operativa.

Los dos primeros capítulos tienen un interés dirigido especialmente a situar la materia en estudio, ya que el primero se destina a contemplar la autonomía privada, que es el cuadro en el que funciona como en atmósfera propia la figura del negocio jurídico. El profesor DE CASTRO no se limita solamente a darnos un concepto estático de la autonomía privada, sino que también estudia el juego de la misma, examinando las cuestiones sociológicas, económicas y políticas, implicadas en este concepto y examinando las ideas y posturas que acerca de su crisis han surgido en los últimos tiempos; pero llega a la conclusión de que no se puede prescindir en el momento actual de amparar la autonomía privada, aunque se la someta a los necesarios factores de corrección para evitar las injusticias que pueden derivarse del abuso del concepto. Afirma el profesor DE CASTRO: «de este valor trascendente del amparo de la autonomía privada, parecen conscientes los políticos, y así se ha llevado a los textos constitucionales, como uno de los derechos naturales del hombre, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad».

En el segundo capítulo delimita el concepto de negocio jurídico, labor previa para poder seguir con el estudio de la figura. Después de una pequeña reseña histórica del concepto y su recepción por la doctrina española, plantea el interesantísimo problema de la existencia en el negocio jurídico de un propósito práctico o de un fin jurídico y examina el valor del negocio jurídico tanto como título de una serie de derechos, facultades, obligaciones y cargas, es decir, como fundamento de una relación jurídica o creador de una nueva realidad

jurídica, como su aspecto de regla de derecho en virtud de la que se determina lo que las partes, usando de la autonomía de la voluntad, instituyen entre ellas como lo que está permitido, lo que es debido y los resultados del incumplimiento de la regla negocial. En todo caso, niega que el negocio jurídico sea fuente de Derecho objetivo. Ofrece una definición muy sugestiva del negocio jurídico, considerándolo como «la declaración o acuerdo de voluntades, con los que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos». Aparece claramente en FEDERICO DE CASTRO la trascendencia de la llamada «conducta significativa», que opinamos con el autor que podría sustituir con ventaja a la clásica de «declaración de voluntad». Por ello, en esta labor previa de fijación del concepto, FEDERICO DE CASTRO presta una gran atención a lo que la doctrina alemana llama modernamente «relaciones contractuales fácticas», que son, o bien negocios jurídicos, o bien figuras muy próximas, basadas en «conductas sociales típicas», nacidas al amparo de las exigencias de una economía de consumo, impulsada por una propaganda desmesurada, la creación de unos actos de consumo o de utilización de servicios de un modo masivo completamente reñidos con la parsimonia insita en la celebración de un contrato al modo que podríamos llamar clásico, pero que no por ello están desprendidas del tronco vivificante de la autonomía privada.

Una de las características descollantes del libro que estamos comentando consiste en la gran importancia que el autor concede al estudio de la causa, al que dedica de un modo directo no menos de 50 páginas, es decir, la décima parte del libro, y, además, es utilizado el concepto para que, en derredor de él, gire el estudio de otros muchos aspectos y facetas del Ordenamiento del negocio jurídico.

La agitatísima polémica en derredor del concepto de causa sólo había ofrecido, a nuestro juicio, dos momentos de armisticio o tregua doctrinal, representado el primero por la postura de ROCA SASTRE en sus «Estudios de Derecho Privado» y el segundo por el artículo del profesor DIEZ PICAZO, publicado en el «Anuario de Derecho Civil» en 1963, bajo el título *El concepto de causa en el negocio jurídico*.

En el libro del profesor DE CASTRO, todo cuanto hasta este momento sabíamos sobre la causa se pone nuevamente en movimiento y deja de ser un conocimiento anquilosado para replantear concretamente el tema. La tercera parte del libro se titula *La doctrina de la causa*, y después de una pequeña introducción para plantear el problema de la causa y el carácter del negocio, lleva a efecto un estudio de una profundidad impresionante, en el que se suceden los epígrafes titulados: «Antecedentes históricos»; «La diversidad de los sistemas jurídicos»; «Las teorías sobre la causa (teorías sobre la existencia y teorías sobre la naturaleza de la causa)»; «El significado de la causa del negocio»; «El ámbito de aplicación de la causa»; «La causa suficiente para la validez del negocio»; «Los negocios atípicos»; «Las obligaciones morales»; «La causa en sentido subjetivo»; «Los negocios sin causa»; «Los vicios de la causa (significado de los vicios, falsedad e ilicitud de la causa)».

En la parte cuarta de la obra se estudia la causa y la relación negocial con capítulos tan sugestivos, como «El negocio como fundamento de la relación negocial (el negocio como título de la relación negocial y clasificaciones de los negocios conforme su causa)»; «La independencia de la relación negocial (los negocios formales y los llamados negocios abstractos)»; «La continuada influencia de la causa (la cláusula *rebus sic stantibus* y la base del negocio)».

De todo el estudio que el profesor DE CASTRO realiza sobre la cau-

sa, se llega a la conclusión de que el citado autor considera nuestro derecho negocial como un derecho eminentemente causalista, pero con un concepto de causa de una cierta plurivocidad. El que pretenda realizar un estudio sobre la causa con el libro del profesor DE CASTRO, no debe ilusionarse creyendo que va a simplificar sus conceptos; todo lo contrario, enriquecerá su comprensión del problema, pero el problema de la causa pesará con mayor gravedad en su espíritu de jurista. Así leerá que la función que nuestro Derecho atribuye a la causa es «la valoración de cada negocio, hecha, atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quién o quiénes hagan la o las declaraciones negociales». La causa, desde el ángulo subjetivo, es «lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca y espera (no se ha querido excluir) el amparo jurídico». Desde el ángulo objetivo, la causa sirve como «el metro o metros con los que se mide el resultado real buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privadas».

En general, podemos afirmar que el enfoque del negocio jurídico, estudiado a través del concepto de causa, que a su vez está en íntima conexión con otros elementos del mismo, como son el objeto, el contenido y los vicios del negocio, prueban el aserto de que la relación obligatoria es un corte o paréntesis en la vida real, en la vida económico-social de las personas, y que el tomar con pinzas elementos aislados para estudiarlos en un clima de laboratorio es un sistema contrario a una auténtica comprensión de las instituciones. Causa como fundamento de una atribución, como fuente de una obligación, como razón de ser de un negocio; causa como motivo subjetivo unilateral, como fin práctico, concreto, del negocio, como algo que tiene que subsistir durante toda la vigencia de la relación obligatoria para que ésta conserve su sentido, son ideas que sólo se pueden aislar esterilizándolas; pero que un jurista real, comprometido con el espíritu concreto del Ordenamiento jurídico castellano, contempla marchando a la vez y entramadas en ese paréntesis vital que es la relación obligatoria o la relación negocial en sí misma considerada.

En la parte quinta de la obra, dedicada a los «Negocios anómalos», el capítulo cuarto está dedicado al estudio del negocio fiduciario y, a nuestro juicio, es uno de los capítulos más interesantes de todo el libro. A raíz de la conferencia pronunciada por el profesor DE CASTRO en la Academia Matritense del Notariado el día 14 de noviembre de 1966 y publicada en la «Revista de Derecho Notarial» de julio de aquel mismo año, tuvimos ocasión de oír un comentario de un ilustre jurista, que dijo que «don FEDERICO se ha cargado el negocio fiduciario». Si estudiamos con la atención que merece el capítulo correspondiente a este tipo de negocios, veremos en seguida que don FEDERICO «no se ha cargado el negocio fiduciario», sino que lo estudia, construye y mantiene en armonía general del sistema jurídico español, sistema causalista, espiritualista, en principio no receptor del puro formalismo ni de los negocios abstractos y con un auténtico culto al principio de la buena fe en la contratación. Lo que ocurre (y el mismo profesor DE CASTRO llama la atención sobre ello en nota a pie de página, en otro lugar de la obra) es que el Estado necesita dinero, cosa que parece completamente comprensible; pero no se decide por una justa imposición directa, sometiendo a una presión intolerable ciertos instrumentos técnicos perfectamente elaborados y útiles, tales como la donación, la hipoteca y la renta vitalicia (llama la atención que la hipoteca, en el momento de su mayor madurez y plenitud técnica, se halle en franca regresión práctica por la angustiosa presión fiscal). Y entonces ha ido proliferando la figura del negocio fiduciario, principalmente a efectos de garantía, concretamente, la venta

encubriendo una *fiducia cum creditore contracta*, con todos los inconvenientes y peligros que la figura lleva consigo.

El profesor DE CASTRO viene a poner los puntos sobre las «ies», haciendo un estudio crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la muy trascendente construcción de la Dirección General de los Registros; examina la llamada teoría del doble efecto y marca las diferencias que existen entre el Derecho español (causalista, con libertad de prueba y principio de buena fe) con el sistema alemán (en el que se encuentra el negocio de atribución con carácter abstracto) y el italiano (en que hay una transmisión de la propiedad sin tradición, prueba tasada y separación entre causa y motivo jurídicamente apreciable).

Creemos que la asimilación, tras un estudio profundo y meditado del capítulo correspondiente al negocio fiduciario, permitirá al lector obtener una imagen luminosa sobre todos y cada uno de los mecanismos jurídicos que juegan e intervienen en las diferentes y variadas figuras negociales que, bajo la amplia denominación de negocio fiduciario, constituyen, en la actualidad, la práctica cotidiana de los despachos profesionales y los problemas planteados a los órganos de justicia.

Está claro que las figuras negociales agrupadas bajo la denominación de negocio fiduciario obedecen a una necesidad económica y social impuesta en muchas ocasiones por la naturaleza misma de las cosas y, desgraciadamente, en otras por una inadecuada y exagerada presión fiscal. Pero no debe llegar la figura del negocio fiduciario a convertirse en un instrumento ciego que actúe bajo el imperio del automatismo y primitivismo, que encierra un sistema formalista y abstracto de la contratación. El negocio fiduciario debe ser una figura flexible y ágil, mediante la que se consigan las resultados prácticos deseables, pero que no escape a un riguroso control judicial, separándose de los pilares fundamentales de nuestro derecho de la contratación que, como afirma el profesor DE CASTRO, son el que se trata de un sistema causalista, espiritualista, de libertad de prueba y de imperio del principio de buena fe.

Atribuir otro alcance al negocio fiduciario sería desnaturalizar nuestro derecho de la contratación, favorecer los fines torticeros que, al amparo del negocio fiduciario, podrían perseguirse, y es por ello por lo que consideramos la aportación del profesor DE CASTRO en esta materia como de un valor incalculable.

Ofrece también un interés muy particular la parte segunda del capítulo II de la cuarta parte de la obra (la causa y la relación negocial), dedicada al estudio de los negocios abstractos. La posibilidad y eficacia del negocio abstracto, dentro de nuestro Ordenamiento jurídico, ha sido objeto de una controversia muy debatida, fundamentalmente en lo que se refiere a la transmisión abstracta del dominio y el reconocimiento de deuda. Es curioso observar en la vida práctica cómo la opresiva fuerza del fisco va convirtiendo lentamente la escritura pública de compraventa en un negocio abstracto y formalista, parecido a la *mancipatio* o la *in iure cessio* romanas, ya que es el cauce jurídico, mediante el que se pretende obtener los más variados fines, tanto lícitos como ilícitos. Frente a posturas ingenuas o mal intencionadas que creen que la escritura pública todo lo ampara, sobre todo si está reforzada por una inscripción registral, postura que no solamente es la del hombre de la calle profano en Derecho, sino que a veces es, no ya mantenida, sino incluso creída por algunos profesionales, el profesor DE CASTRO viene a desvanecer todo error al mostrarse completamente contrario a la eficacia de la abstracción, a menos que se apoye en una causa verdadera y lícita, admitiendo solamente la posible abstracción procesal de la causa. Lo mismo podemos decir de sus comentarios acerca del reconocimiento de deuda. El jurista, con garra de jurista, debería

intuir que, dentro de nuestro Ordenamiento jurídico, es necesario el armazón causal para que se tengan en pie esos documentos de compraventa o de reconocimiento de deuda que pueden caer, desvelando el simple hecho de que carecen de causa, de que contienen una causa ilícita o que tienen por objeto conseguir por vía indirecta lo que no es jurídicamente hacedero por vía directa.

No creemos necesario insistir sobre puntos concretos del libro del profesor DE CASTRO: todo en él es digno de estudio y de meditación, hasta el punto que lo consideramos como uno de los libros que se ha de tener «encima de la mesa de trabajo» y que habrá que leer no una, sino muchas veces.

Parece deseable que el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos continúe la tarea emprendida, hasta llegar a completar lo antes posible (y al decir lo antes posible nos referimos a un periodo de años), terminando la publicación del Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, Tener a disposición del legislador una serie de obras de la talla y densidad de la del profesor DE CASTRO, con referencia a las figuras centrales del Ordenamiento jurídico español, es una tarea previa inexcusable antes de intentar siquiera abordar el problema de la reforma del Código civil. Horroriza la idea de pensar en un nuevo Código poco meditado. Pero, en cambio, en base de publicaciones, como la que es objeto del presente comentario, se puede ir realizando una labor de síntesis que defina y concrete preparando una normativa futura.

VICENTE ESPERT,
Doctor en Derecho. Notario.

CRISTÓBAL MONTES, Angel: *El tercero registral en el Derecho venezolano*. Facultad de Derecho, Caracas, 1967, 150 págs.

Si aquellos prudentes y sabios juristas decimonónicos, autores de nuestra singular Ley Hipotecaria primitiva, contemplasen el hervor de opiniones, la rica y abundante dogmática que con su texto levantaron, sería de ver su asombro, cuando no pasmó...

Porque somos nosotros mismos, en menos de medio siglo que hará cuando comenzamos nuestros estudios hipotecarios, los que así quedamos al asomarnos al camino recorrido desde entonces a la actual panorámica registral. Y aunque la vía se dijera entreabierta con fulgores y matices varios desde LUZURIAGA a GARCÍA GOYENA—tan dispares—, para que la doctrina forjase lo que había de verdad, de consciencia, sentido y sentido por aquellos beneméritos varones, hasta que el gran innovador e inolvidable, don JERÓNIMO GONZÁLEZ, no irrumpió en éste hasta entonces «tabú», terreno hipotecario, no empezó a hacerse la luz y con ella—como siempre sucede—a chisporrotear en su torno el ingenio, la cultura, el esfuerzo de Laboratorio y la práctica de nuestros grandes hipotecaristas de hoy: los ROCA SASTRE, los SANZ FERNÁNDEZ, los NÚÑEZ LAGOS y LACRUZ BERDEJO, y RAMÓN DE LA RICA..., y tanto más muy estimables, cuya enumeración sería harto prolija.

Sin embargo, y como el «lei-motiv» sobre que todo gira en sus términos más simples se reduce hasta donde el manto protector del Registro alcanza, es de incontrastable justicia resaltar que una vez más (como tantas y tantas, pese a contradicciones que en sus fallos en varias ocasiones—como en todo lo humano—se advierten) fue nuestro más Alto Tribunal el que, guiado de un sentido ético y jurídico digno de todo elo-

gio, adoptara el uniforme y reiterado criterio de reclamar la *buena fe* a todo tercer adquirente como requisito o condición ineludible para poder beneficiarse de la fe pública del Registro, incluido el *caso de la doble venta* de un mismo inmueble, y ello, no obstante, el texto de la Ley Hipotecaria primitiva, sus reformas de 1869 y 1909, aunque, siguiendo el espíritu de la Exposición de Motivos de aquella, como escribe con exactitud el autor del libro que brevemente—razones de espacio y tiempo—vamos a glosar, don ANGEL CRISTÓBAL MONTES.

* * *

o

Libro imprescindible para todo el que a estos estudios dedique sus atenciones. Su panorámica es tan dilatada como sugestivo y penetrante el texto que contiene.

Adherido su Ordenamiento (el de Venezuela) al régimen franco-italiano de transmisión y adquisición de la propiedad y demás derechos reales por efecto del mero contrato, sin necesidad de aditamento alguno: modo, inscripción registral, tradición..., parecería obvio señalar que la inscripción en el Registro de dichos actos no podía tener otro valor que el meramente declarativo. Pero los Registros, todos, sea cualquiera el principio en que se inspiren, se crearon para dar seguridad al comercio de los inmuebles. Con ello no se hizo sino seguir la pauta marcada en materia de bienes muebles en que la publicidad posesoria crea la apariencia legitimadora del derecho. Posesión y Registro como formas especiales y adecuadas de manifestación exterior de los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles, respectivamente (RAMDOR habla de dos reflectores jurídicos de los derechos reales), vienen a configurarse, pues, como dos apariencias jurídicas, suficientes y razonables, que sitúan a su titular en la posibilidad de comportarse como titular verdadero del derecho y procurar una plena eficacia de la adquisición del tercero que en ellas confió. De igual modo—dijo don JERÓNIMO GONZÁLEZ—, que la contratación sobre muebles gira alrededor de la posesión, la protección hipotecaria (registral) se desenvuelve sobre la inscripción y la buena fe.

De aquí—como apuntamos—que la generalidad de los Registros inmobiliarios estatuyen una presunción de exactitud a favor de lo por ellos manifestado. En base de esta afirmación, hace a continuación nuestro autor un análisis de los llamados sistemas de transcripción o latino, su opuesto de fuerza probante y el intermedio entre ambos de «desenvolvimiento técnico».

Y en trance de examinar el sistema venezolano que, como todos los de su grupo, se centra en la doble venta, escribe ANGEL CRISTÓBAL que la necesidad de dar seguridad jurídica a las transacciones, si la primera venta no ha sido inscrita y si la posterior, se hace prevalecer ésta. Nos hallamos, pues comenta, en presencia de una atribución *ex lege* de la propiedad al primer inscribente, que parece hallarse muy cerca de la inscripción constitutiva (así lo han sostenido en nuestra patria VILLARES PICO, HERMIDA, GÓMEZ GÓMEZ, para quienes el principio de inoponibilidad de lo no inscrito determina que dicha inscripción se torne constitutiva, por lo que respecta al tercer adquirente del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles... He ahí en embrión, la teoría de ese otro tercero, distinto al que perfila el artículo 34, que tan magistralmente había de exponer NÚÑEZ LAGOS).

Potior in tempore potior in iure—Esta es la solución mágica. Basta sólo que el contrato sea válido. Ni siquiera la buena fe precisa. De

la validez o vigor de la titularidad del vendedor, el sistema—o sistemas—para nada se preocupa.

Las consecuencias habian de ser desastrosas al no convalidar la inscripción nada. De ahí la reacción en los países más caracterizados, especialmente Francia, que la fe pública, como mecanismo subsanador de la facultad de disponer en el transferente, opere, en cierto modo, al igual que en los sistemas de técnica más perfecta. Como igualmente sucede en la nación venezolana, a juicio de nuestro autor, cumpliéndose la acertada visión de Roca, cuando escribió ser todo ello «manifestaciones de un proceso evolutivo hacia un progresivo perfeccionamiento de los sistemas de transcripción, que fatalmente culminará en el principio de la fe pública registral, con caracteres más o menos nacionales».

* * *

Pero lo apuntado no puede admitirse sin prevenciones y hasta recelos. Porque—como admirablemente señala ANGEL CRISTÓBAL—piénsese que, enajenado por primera vez un determinado derecho real, su adquirente deviene en titular real del mismo y podrá hacerlo valer y oponerlo *erga omnes*, aunque no haya registrado su título de adquisición, y no meramente *inter partes* (como ha sostenido cierto sector doctrinal), pues lo contrario sería desconocer el sistema de adquisición y transmisión de derechos reales sólo *nudo consensu*.

De aquí que la transcripción—o inscripción—en puridad sólo pueda servir para establecer *preferencias* y su secuela, como señala LACRUZ, de que el titular registral se halla defendido contra todos, excepto contra los anteriores titulares de quien procede su derecho.

Si esto, sin excepción, fuera así, resulta legítima la pregunta respecto a qué razones ha tenido el legislador (todo legislador) para trastrocar las pautas civiles normales, y sólo el principio—admitiendo tal denominación—de la «seguridad dinámica» con el establecimiento del Registro, que—en frases de NÚÑEZ LAGOS—«quiso ser más que JORDÁN, purificador, el creador de un nuevo propietario exento de pecado original, calco y traslado, *iure civile*, del hombre naturalmente bueno de los enciclopedistas, sin el estigma de la falta cometida por abuelos y antepasados más o menos remotos», puede ser—o al menos justificarse—la respuesta adecuada.

La reacción no se había de hacer esperar. Frente a esa *seguridad dinámica* se halla la *estática*, pues, como dijo el Barón de Stein, «quien mueve el suelo lo deshace en polvo», conduciendo—a más—, como señaló HEDEMANN, al endeudamiento, la pulverización y el egoísmo de la tierra. También la legislación se volvió contra la tutela, sin límites del tráfico inmobiliario: el *homestead*, *biens de Famille*, hogar, patrimonio familiar, dotaciones agrarias, etc., lo demuestra. Y, recientemente, los alegatos de la doctrina, con eco en nuestra Patria de PELAYO HORE y VALLET DE GOYRISOLO, son viva muestra de no ser tan pacífica la cuestión que parece superada con eso que ya ha dado en llamarse el «estado civil» de los bienes inmuebles, necesario para dar la certeza de la titularidad y disposición de los mismos mediante su publicidad en los Registros inmobiliarios.

Todo lo expuesto nos lleva a la noción o formulación del «tercero», que, como bien sabemos, no es una creación del Derecho inmobiliario o registral, ya que éste la recibe perfectamente formada del Derecho civil. Pero, ¡cuánto se ha especulado con ella! Es por lo que, con referencia a la definición que del «tercero» traía el artículo 27 de la primitiva Ley de 1861, pudo escribir COSSÍO: «La oscuridad de este precepto, y su sentido contra-

rio al general de la Ley, hizo que su interpretación se convirtiera en re-creo de comentaristas y aficionados, y en tormento de estudiantes, siendo causa de no pocos erróneos conceptos, que han venido desde entonces dificultando la buena inteligencia de los problemas hipotecarios y esmalutando la doctrina y la jurisprudencia de insospechables conclusiones». ¿No podríamos dar por vigentes tan lapidarias palabras escritas en 1956? Sin la menor alusión a nadie y lejos de crítica alguna, como la literatura en torno del concepto sigue fluyendo torrencial después de escritas aquellas, sinceramente ya no sabe uno qué pensar. Y acaso por ello, juristas tan distinguidos, como ANGEL SANZ y GONZÁLEZ PALOMINO, han llegado a la conclusión de que la noción del tercero registral debería ser desterrada de los Ordenamientos inmobiliarios (SANZ) o como agudamente dice el segundo: «Nadie es tercero hipotecario. No es tercero, se *está* tercero. Tercero registral es el titular inscrito en su posición defensiva, protegido. Se trata de una calidad accidental o *modo de estar*, no de una calidad intrínseca o *modo de ser*».

Pero acaso esto—sucinta, escuetamente entendido—desmoronase ese castillo de admirables perfiles arquitectónicos-jurídicos (valga la expresión) que es el Registro de la Propiedad, que cobija, no ya en sentido defensivo tesis de GONZÁLEZ PALOMINO, al tercero, sino rodeado de las garantías que le suministra la fe pública registral, que en todo momento puede invocar para cuanto le favorezca.

Es la tesis «monista» del tercero, para nosotros, siguiendo al maestro Roca SASTRE, la verdadera, la que evita dudas y desviaciones y que también, de forma admirable, brillantísima, explana ANGEL CRISTÓBAL. Médula, esencia de la obra comentada, se halla plena de alusiones a la doctrina de nuestra Patria y extranjera, y viene no ya a dar a conocer cuanto modernamente se ha escrito sobre la materia, sino a extraer soluciones en nuestra opinión justas y acertadas. Es por lo que, una vez más decimos, cuanto de interés tiene el libro para quienes gusten o se dediquen a estos estudios registrales.

* * *

Empero, si la institución registral o inmobiliaria que representa los modernos Registros es una garantía para el tráfico frente a situaciones legislativas anteriores en que medraba una pavorosa inseguridad—son palabras de ANGEL CRISTÓBAL—, por estar sometida la propiedad territorial a multitud de cargas y gravámenes ocultos, y a constante amenaza de acciones de reivindicación, nulidad y resolución de eficacia *erga omnes indiscriminada*, no debe olvidarse—como señala don JERÓNIMO GONZÁLEZ—que la inscripción es un medio de expropiación y un arma de dos filos que sacrifica el titular actual al futuro adquirente. Por ello, esta norma «de que el protegido ha confiado en las declaraciones del Registro» resultaría desmoralizadora y contraproducente si se aplicase a las adquisiciones de mala fe.

La buena fe, por tanto, debe regir todo tráfico inmobiliario, es decir, tanto en el puro Derecho civil como en el llamado hipotecario. Y en la casi imposibilidad de dar un concepto unitario, cabe aceptar—siguiendo a VON THUR—dos acepciones de la misma: una, objetiva, *honradez del comercio jurídico*, que opera fundamentalmente en el derecho de obligaciones, y otra, subjetiva, que se aplica con preferencia al derecho de cosas. Esta buena fe, que es la que nos interesa, será, pues, la del que—como dice NÚÑEZ LAGOS—, ignorando que el transmitente carece de derecho para enajenar, deviene titular de una cosa ajena, pero sin saber que era ajena.

Mucho se ha cuestionado, además, sobre si esa buena fe debe ser o no calificada. Se conecta con la doctrina de la culpa. Y en los casos de representación, ¿quién debe ostentarla? Cuestiones éstas—y varias más—, que con gran tino y destreza analiza ANGEL CRISTÓBAL.

Pero, sobre todo y una vez más, ya en trance de finalizar estas notas, con el tercer adquirente registral. La buena fe como requisito que debe darse en éste, para que disfrute de los beneficios que procura la publicidad del Registro—escribe ANGEL CRISTÓBAL—ha sido objeto de distinto tratamiento en los diversos ordenamientos registrales, hasta el punto que, de acuerdo a una formulación un tanto simplista y precipitada, se suele verificar una neta escisión al respecto entre los sistemas germánicos y adyacentes (regímenes de fe pública registral) y los sistemas latinos de transcripción.

Siempre—dice con todo grafismo el autor—ha correspondido al Derecho germánico el abanderamiento en materia de buena fe registral. Basta un ligero examen de sus leyes hasta el vigente Código de 18 de agosto de 1896.

De igual forma en el Proyecto del Código civil húngaro—1928—, el Código civil austriaco de 1811 y el Código civil suizo.

En nuestro Derecho, o sea, el español, ya apuntamos al principio de estas glosas, el cauce que abrió el Tribunal Supremo, toda vez que mientras en la Exposición de Motivos de la primitiva Ley (y posteriores hasta la actual) se hacían claras y reiteradas alusiones al requisito de la buena fe, en el texto de las mismas (salvo lo que decía el art. 37, a propósito de la acción pauliana) se desconoce o no se menciona. Tal circunstancia llevó a un núcleo doctrinal importante a sostener que la buena fe no era requisito de la protección al tercer adquirente, posición que justifica con su brillantez característica NÚÑEZ LAGOS, alegando que los redactores españoles tuvieron como modelo la Ley belga de 1851, en la que el haberse exigido al adquirente que hubiera contratado sin fraude había dado lugar a acerbas críticas de la doctrina (es particularmente interesante el texto de MARROU, comentarista de dicha Ley), por lo que—deduce—la Ley francesa de 1855, prescindió de dicho requisito y otro tanto sucedió con la Ley española de 1861. Pero como señala ANGEL CRISTÓBAL, este argumento, respecto de nuestra Ley, se viene abajo, según repetidamente venimos apuntando, con lo que se afirma en la Exposición de Motivos de aquélla: «al adquirente que se descuida le debe perjudicar su negligencia cuando haya inducido a otro a contratar acerca de la misma cosa *por error*»; de lo que claramente se infiere que el tercer adquirente no puede beneficiarse de la protección registral cuando haya contratado de mala fe, esto es, conociendo la inexactitud registral.

En la misma Ley francesa—23 de marzo de 1855—, si bien es cierto se prescindió del requisito de la buena fe, hubo de abrirse paso, siguiendo las directrices de la doctrina, inspiradas en el principio *fraus omnia corrumpit*, el comentado requisito, aceptando, en una interpretación extensiva del fraude, que el simple conocimiento de la anterior enajenación no transcrita (conocimiento de la inexactitud registral) constituye fraude, y, por tanto, el tercer adquirente no puede acogerse al beneficio de la inoponibilidad.

En Italia en cambio, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, casi en absoluto se prescinde de la buena fe del tercer adquirente, a objeto de obtener la protección de la fe pública registral en su aspecto o dirección negativo (la que no consta en el Registro no debe perjudicar a tercero). Como señala ANGEL CRISTÓBAL, en este sentido, corresponde al sistema italiano la primacía en la defensa del originario y ortodoxo principio en los regímenes de transcripción de la intrascendencia de la buena o mala fe en el destinatario de la protección del Registro.

De aquí—deducimos nosotros—el porqué nuestros más ardorosos defensores de la denominada tesis dualista del tercero hayan ido a buscar en sus colegas italianos, principalmente, argumentos para reforzar la posición que sustentan. Lo que no quiere decir que no los tengan—y dislumbrantes, sin duda—propios. Véase sino al más reciente y original, TIRSO CARRETERO, cuando refiriéndose a la cuestión, señala que es muy distinto el tratamiento de la protección al tercero de la doble enajenación, que sólo, muy relativamente, adquiere de un no dueño (?), y la protección al tercero subadquirente, que adquiere de quien no fue nunca dueño, porque su título era nulo o falso. Para él, el *verus dominus*, en el caso de lo no inscrito, y el *verus dominus*, en el caso de lo inscrito, lo son en muy distinta intensidad. Como si en materia de titularidad—le replica ANGEL CRISTÓBAL—pudiera hablarse de atribución en uno u otro grado de intensidad; los derechos subjetivos se tienen o no se tienen, no cabe una escala cuantitativa de tenencias.

Para CARRETERO se produce una, desigualdad al tratar igual lo que es desigual... Mas como escribe ROCA, la desigualdad radica en las causas de inexactitud registral, no en lo que respecta a esta inexactitud en sí, de la que debe ser defendido el tercer adquirente que confió en que el contenido del Registro era exacto, sea por la causa que fuere.

NO ES CORRECTO CONSTRUIR DOS SISTEMAS DISPARES SOBRE LAS DIFERENCIAS accidentales en el problema de la protección del tráfico jurídico inmobiliario, pues este problema de seguridad es uno solo, y por ello las mismas condiciones han de ser exigidas al tercer adquirente para que pueda aprovecharse, en todo caso, de Registro inexacto, de la protección registral.

Esto, aparte de lo artificial de las diferenciaciones que TIRSO CARRETERO señala entre el *verus dominus* de años o siglos, por su abolengo secular o antiguo, que tenía sus viejos títulos, y el endeble *verus dominus*, que suele ser de días o de meses, así como entre la carencia de facultad dispositiva que sufre el uno y el otro disponente.

* * *

Varios otros temas, todos, claro es, relacionados con el tercero registral, se analizan en el libro que nos ocupa. Creemos, sin embargo, que lo expresado en una recensión un tanto libre del mismo, dará idea, insistimos, de la importancia que para el especialista tiene éste. Con apuntar que para su autor, aun en el Derecho venezolano, que se halla, según dijimos, en el grupo latino o de transcripción, el tercero, para disfrutar de la protección de la fe pública registral, debe contener las circunstancias de: A) Haber registrado su título adquisitivo; B) que el transmitente, a su vez, lo tuviese previamente registrado; C) que la transmisión sea a título oneroso, y D) que el tercero haya adquirido de buena fe; se sobreentienden los razonamientos que para llegar a ello ha tenido que aportar, como la temática abordada, que nosotros por fuerza hemos dejado de sintetizar.

Sólo nos resta añadir que el libro, dedicado a su maestro, nuestro admirado LACRUZ BERDEJO, fue galardonada con el premio Ministerio de Justicia de la República de Venezuela, 1966.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

FAVERO MILANO, Gianantonio: *Estinzione della obbligazione per confusione*. Giuffrè, Milano, 1964, 133 págs.

Es muy frecuente que el discípulo se configure científicamente en el paradigma de su maestro, y que, como consecuencia, sus criterios y métodos de trabajo influyan, consciente o inconscientemente, en las investigaciones realizadas. Este es el caso del autor cuyo libro comentamos, donde se aborda el estudio de la confusión como forma extintiva de las relaciones jurídicas obligatorias, con profundidad, solidez y hondo sentido crítico. El libro deja traslucir, siquiera nebulosamente, la huella indeleble de su maestro, Domenico BARBERO, insuperable civilista, que en su corta vida escribió muchas páginas cargadas de densidad y nitidez. El Derecho salió de su pluma convertido en arte, en belleza, que podía aplicarse sin dilación por su transparente sentido de lo justo.

El estudio de FAVERO no colma una laguna, pero somete a revisión y actualiza cuestiones que se nos iban quedando un poco alejadas. Continúan siendo obras insuperables sobre la confusión, como causa extintiva de las obligaciones, las alemanas de KRETSCHMAR (*Die Theorie der Konfusion*, Leipzig, 1899) y SACHS (*Die Wirkungen der Konfusion nach Römischem Recht und dem Recht des B. G. B.*, Berlín, 1898), así como las italianas de CICU (*Estinzione di rapporti giuridici per confusione*, Sassari, 1908), que, a pesar de su antigüedad, conserva plena vigencia. Influida por la obra de KRETSCHMAR, en muchos aspectos la superó, especialmente en el análisis de las fuentes romanas y en la construcción dogmática del instituto. Para un resumen de su postura, más recientemente, puede verse (*L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, págs. 207-216); ALLARA (*Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1949-1952) y ENRIETTI (*Note sulla estinzione per confusione dei rapporti obbligatori*, en *Dir. e giur.*, 1949).

El libro se distribuye en cuatro capítulos: los tres primeros tratan de configurar la esencia de la institución, en su doble aspecto histórico y dogmático; el último examina el alcance práctico de la confusión a la luz de los diversos supuestos contemplados en el Código civil italiano.

El capítulo primero sienta las premisas metodológicas para una adecuada estructuración del problema (págs. 1-25), analizando previamente el contenido de la relación jurídica en general y su extinción como consecuencia de eliminarse alguno de sus componentes esenciales. La relación jurídica, como cualquier fenómeno del Derecho, consta de un elemento material, de carácter sociológico (aspectos de la conducta humana) y de otro formal o normativo (valoración hecha por el Ordenamiento jurídico de la voluntad o interés del hombre). Llevado por una tendencia formalista, tiende a configurar la relación jurídica como una conexión inmediata de los sujetos con la norma. Sigo pensando, como ya afirmara SAVIGNY, que la relación jurídica agota su contenido en la vinculación directa de dos sujetos, a pesar de que el Derecho objetivo se haga indispensable como *quid* trascendente, y no inmanente, para operar la investidura jurídica.

Según desaparezca uno u otro componente de la relación jurídica, las causas extintivas de la misma pueden reducirse a dos grupos: metajurídicas o necesarias (suprimen el elemento sociológico), jurídicas o extrínsecas (suprimen la calificación normativa).

Aplicando este esquema a la relación jurídica obligatoria, piensa el autor que el sustrato material del crédito es la *utilitas*, el resultado de la

prestación, no la prestación en sí, siguiendo a este respecto el pensamiento de NICOLÒ (*L'adempimento dell'obbligo altrui*, págs. 77 y sigs.). Pienso, más bien, que la calificación normativa en el crédito recae sobre la actividad del deudor (prestación), impulsada por la finalidad de satisfacer el interés del acreedor. Aquí se agota el elemento fáctico. El elemento formal se integra por la llamada «relevancia jurídica», que otorga el Ordenamiento jurídico al comportamiento del deudor en orden a la realización del crédito.

Se revela muy acertada la configuración del nexo crédito-deuda. Es un vínculo de interdependencia, no de reciprocidad—al no existir correspondencia exacta entre sujeción y exigencia—, pero de interdependencia en desigualdad funcional: la actuación de la obligación es instrumental y no indispensable respecto a la realización del crédito.

Dentro de las causas extintivas de las obligaciones, el autor distingue las que suprimen el substrato material, o sea, aquéllas intrínsecamente dotadas de eficacia extintiva, con independencia de cualquier intervención normativa (el cumplimiento, imposibilidad sobrevenida de la prestación) de las que eliminan el supuesto previsto por la norma (la remisión). A su vez, existen causas que suprimen directamente el crédito e indirectamente la deuda (cumplimiento realizado por un tercero); otras que eliminan directamente la deuda y de rechazo el crédito (imposibilidad sobrevenida), y, finalmente, alguna que extingue directamente, tanto el crédito como la deuda (el cumplimiento del deudor).

En el capítulo II trata de configurar la confusión como una causa necesaria, intrínseca o metajurídica de extinción de las obligaciones por reunirse en una sola persona las cualidades de acreedor y deudor. Se trata, en su opinión, de un hecho que elimina directamente el crédito e indirectamente, en un momento lógicamente posterior, la deuda.

Está prevista en el Código civil italiano vigente en el capítulo IV, título I, sección IV del libro IV, artículos 1.253-1.255.

Para llegar al concepto que expone, FAVERO analiza la institución en su aspecto histórico y en el ámbito de la dogmática moderna. El Derecho romano clásico nos ofrece pruebas de una auténtica valoración de la figura como causa extintiva de las obligaciones: Ulpiano (D. 5, 1, 2), Paulo (D. 46, 1, 71 pr.) y Gayo (IV, 78), parecen incluir la confusión entre los hechos que extinguen la relación obligatoria por supresión del elemento material, del substrato metajurídico. Pomponio, por el contrario, en un pasaje contenido en D. 46, 3, 107, considera que la reunión de las cualidades de acreedor y deudor en una misma persona supone una *causa civilis* de extinción del crédito, es decir, provocaría su desaparición por suprimir el componente formal o normativo.

Según el autor, esta dualidad de opiniones pervive en el Derecho justinianeo, mientras en el Derecho intermedio, glosadores, postglosadores y comentaristas ulteriores (BALDO, BAROLO, ALCIATO, CUYACIO, DONELLO, etcétera) se inclinan a considerar el instituto como una causa extintiva necesaria de la obligación, apoyándose en la imposibilidad lógica de que uno se obligue para consigo mismo y en la aproximación que realizan las fuentes entre *confusio* y *solutio*, como ponen de relieve los textos de Papiniano (D. 46, 1, 50: 37 *quaestionum*; D. 46, 3, 95, 2: 28 *quaestionum*).

Parece evidente, no obstante, el pasaje de Pomponio referido a la *verborum obligatio*, que en realidad no existen dos corrientes históricas ambivalentes. Tiene razón CIRCU cuando, aludiendo a la configuración de instituto en el Derecho romano (op. cit., pág. 25), estima que no se limita a extinguir el aspecto formal, viniendo a equiparar su eficacia a la del pago o cumplimiento. En la Historia predominó absolutamente la configuración de la *confusio*, como causa *natural*, no legal, de extinción del crédito.

El autor, a continuación, expone las opiniones de la dogmática moderna en torno a la confusión: la tesis *procesalista*, nacida en el Derecho intermedio y que alcanzó gran difusión en la antigua doctrina francesa, partía de que la confusión extingue la acción que tutela el crédito, pero no la relación sustancial; las *posturas absolutas*, con sus dos variantes, según que a la confusión se le asigne contemporáneamente una eficacia extintiva y satisfactoria del interés del acreedor (KRETSCHMAR, CICU, ENRIETTI) o meramente extintiva, con imposibilidad de que se dé el fenómeno sucesorio (BARON, ALLARA). Termina esta exposición doctrinal, especialmente interesante por el análisis que hace en las notas de las opiniones de la doctrina, con una ligera alusión a la tesis que reduce la confusión a los principios de la compensación, así como a la llamada *«utilitaria»*.

La última parte del capítulo II la destina a criticar las concepciones expuestas, para concluir sentando su postura que, en realidad, se enmarca plenamente en la tesis de Cicu, a pesar de haberla rechazado en alguno de sus extremos. En su criterio, la confusión opera la realización del crédito, extinguiéndolo directamente y de rechazo la deuda. Es, pues, una *«causa extintiva necesaria»* (pág. 57). La misma idea que medio siglo antes expuso el antiguo profesor de Bolonia cuando, inspirándose en las fuentes romanas, afirmó que la confusión, tanto en el Derecho romano como en el actual, extingue la relación obligatoria apenas se han concentrado en un solo sujeto crédito y deuda. Tal situación tiene lugar independientemente de su voluntad y con satisfacción del interés del acreedor por realizarse el fin del vínculo obligatorio (*Estinzione*, cit., página 144).

En el capítulo III (págs. 59-83) trata de penetrar el autor en los principios fundamentales que rigen la confusión, entendida, conforme al artículo 1.253 del Código civil, como reunión del crédito y de la deuda en una misma persona.

Reitera la idea de que la confusión supone una causa necesaria o metajurídica de extinción del crédito e indirectamente, en un momento posterior, de la deuda. Tras criticar las tesis de BARON y ALLARA, para quienes es imposible configurar la institución como una sucesión del deudor en el crédito o del acreedor en la deuda, concluye afirmando que no puede existir *«reunión sin sucesión»*, ya que afirmar lo contrario supondría enfrentarse con el Derecho positivo (arts. 1.253 y 490 del C. c.), así como con la tradición normativa y doctrinal.

A mi modo de ver, debe volverse al criterio de la imposibilidad material de que tanto el crédito como la deuda puedan subsistir concentradas en un mismo sujeto: se trata de una extinción simultánea de exigencia y deber de prestación, no porque exista una auténtica *successio*, cuanto por desaparición de uno de los elementos de la relación jurídica como consecuencia del fenómeno de la *concentración*.

Tampoco acepta la tesis, muy difundida, que exige, para que la confusión pueda tener lugar, la existencia de un único patrimonio en el que coexistan crédito y deuda. Se afirma por los que siguen esta tesis, que el efecto extintivo de la *confusio* no se verifica si pretensión y deber forman parte de dos patrimonios jurídicamente diversos. Caso de heredero y causante, acreedor y deudor respectivamente, cuando la herencia se acepta a beneficio del inventario. El autor soslaya la dificultad mediante el criterio del *«patrimonio único por razón de un solo sujeto»*, aunque afectado por la responsabilidad que incumbe al heredero para con los terceros acreedores. Sería preferible resolver el problema afirmando la inevitabilidad de la confusión por concentrarse en el mismo individuo la posibilidad de exigir y prestar, con independencia de que los bienes que in-

tegran el contenido de la prestación formen parte temporalmente de un patrimonio distinto al del heredero.

El capítulo tercero termina refiriéndose a los tres supuestos de reunión-sucesión del crédito y deuda (págs. 75-83): deudor que sucede al acreedor en el crédito, acreedor al deudor en la deuda y sucesión contemporánea de un tercero en el crédito, y deuda, en caso de conmorencia y siendo uno solo el heredero del sujeto activo y pasivo de la relación obligatoria. En los dos supuestos primeros existe, realmente, una concentración obligada de exigencia y prestación, y no verdadera sucesión en una u otra. Como el autor pone de relieve—antes lo afirmaron CICY y ENRIETTI—, se trata de una adquisición por el heredero *iure crediti*, no *iure hereditario*, si bien, como puntualiza acertadamente, la adquisición tiene lugar *hereditatis causa*.

El capítulo cuarto se destina a estudiar el alcance práctico de la confusión, como realización extintiva del crédito. A pesar de que los diversos supuestos están analizados con sobriedad, resulta prácticamente exhaustivo por las múltiples cuestiones que somete a consideración. Presenta el máximo interés por ceñirse con precisión a las normas del Código civil italiano sobre la materia.

Comienza exponiendo el carácter inequívocamente extintivo de la confusión en la fórmula del artículo 1.253 del Código civil, lo que no supone perjuicio para los terceros interesados en el crédito, para después analizar el carácter definitivo que reviste la extinción (págs. 100-105), así como el supuesto de que existan varios coherederos y uno de ellos sea acreedor o deudor del difunto (págs. 105-113). En el primer caso, la deuda del de *cuius* se divide entre todos los coherederos, comprendiendo al acreedor, que puede ejercitar su derecho para con los restantes partícipes por sus respectivas cuotas, mientras el crédito que él tenía frente al causante se extingue por confusión hasta el límite de su participación en la deuda. En el segundo caso, rige el principio *nomina hereditaria ipso iure dividuntur*, es decir, cada heredero como acreedor «pro quota» puede ejercitar su derecho, sin perjuicio de que el deudor coheredero extinga su deuda por confusión con la cuota que ha recibido del causante acreedor.

En los números siguientes del último capítulo (págs. 113-130) se examina la confusión en las distintas clases de obligaciones (obligaciones solidarias, indivisibles, de ejecución continuada, ambulatorias, condicionales, a término y modales), para estudiar después la confusión en los títulos de crédito a la orden y al portador cuando el documento llegue a poder del deudor antes de su vencimiento, en que no obstante reunirse en la misma persona las cualidades de acreedor y deudor, la relación no se extingue, anomalía que el autor explica considerando que la obligación cambiaria presenta ciertos caracteres que la separan de la regla general.

Finalmente, cierra su investigación aludiendo muy superficialmente al fundamental problema que plantea la confusión en orden a la extinción de las garantías prestadas por un tercero en favor del deudor. El autor estima que la desaparición de las garantías se debe no tanto a la fuerza extintiva de la confusión, cuanto al principio de accesoriedad. Creo, sin embargo, que su desaparición radica más bien en una razón de inutilidad, puesto que, satisfecho el crédito, no tiene razón de ser el que subsistan unas garantías que han perdido su cometido y función esencial. Si la garantía la prestó el deudor, su desaparición—como señala el autor—se basa en la eficacia «directa» de la confusión.

El libro es un modelo de claridad y precisión que le hace huir de cualquier divagación inútil. La brevedad del mismo no impide que analice todas las cuestiones relativas a la confusión con una sistemática encomiable. La bibliografía utilizada ha sido seleccionada con verdadero

acierto. Tiene muy presente, de modo especial, aquellas obras que modelaron imperecederamente la institución. Si no alcanza el nivel de algunas, que, como la de Circo, se revelan insuperables, logra con creces actualizar los esquemas fundamentales, ofrecernos puntos de vista realmente interesantes. Quizá fuera conveniente haber examinado con un mayor detenimiento la problemática de la confusión en las distintas clases de obligaciones (cap. IV). A pesar de ello, los preceptos del Código civil italiano sobre la institución han sido todos ellos invocados e interpretados en su esquema fundamental, lo que ya de por sí es una garantía de la bondad intrínseca del libro. Se echa de menos una visión jurisprudencial del problema en Italia. Hubiera sido muy útil.

MARIANO ALONSO PÉREZ,
Profesor Adjunto de Derecho Civil.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de Familia*.
Editorial Bosch, Barcelona, 1966, 529 págs.

Si se me pidiera una valoración de conjunto de este libro, yo diría que, más que erudito o informativo, es creador y formativo. En una ocasión dijo Azorín: «Padecemos una época de erudición, y es más importante la creación. Hay libros en que se aprecia la influencia del dato sobre el dato: carecen de presencia personal, de interpretación propia, de íntima afirmación independiente. Vale más que pongamos en los libros lo que nosotros pensamos que lo que pensaron los demás». No es que en la obra recensada no haya datos. En Derecho civil es imposible prescindir de lo ya «dado» por una paciente elaboración multiseccular. Pero sí cabe repensar los datos, construir sobre ellos un sistema de ideas propias, en el sentido de una auténtica «re-creación». Quien pretenda una originalidad innovadora caerá en la pedantería al tratar de huir de la perniciosa costumbre de la erudición. Pues bien, la originalidad de LACRUZ y SANCHO es renovadora, «re-creativa». Su libro es, por tanto, formativo, sin dejar de ser informativo en muy prudente medida: hay algunas citas de autores, pero el aparato bibliográfico queda eliminado.

Estamos, pues, ante un excelente y ejemplar libro de estudio del complejo Derecho familiar: «Tratado elemental», que no «Manual». Pero «Tratado elemental teórico-práctico», a lo PLANIOL-RIPERT, lleno de vida y doctrina por la savia jurisprudencial que lo traspasa. Con esto ya queda dicho todo.

Conviene, sin embargo, en esta breve reseña, dar una idea del contenido de la obra.

El volumen se abre (capítulo I) con unas consideraciones generales sobre la familia y el Derecho familiar. Hay un intento personal de clasificar los derechos y potestades familiares, cuyos conceptos son perfilados. Sigue el estudio del matrimonio en general (capítulo II), donde es de destacar el párrafo dedicado al sistema matrimonial español, exposición tersa y segura, encomiable por la claridad y rigor de la síntesis llevada a cabo. Es también valioso el párrafo destinado a los espasmos.

En el capítulo III se analiza la formación, requisitos, formalidades, conclusión y prueba, tanto del matrimonio económico como del civil. Es muy notable el enfoque de la inscripción tardía y del matrimonio canónico no inscrito.

El vínculo matrimonial es el objeto del capítulo IV, en el que se exponen la invalidez, ineficacia, suspensión y disolución del matrimonio. Se separan de modo tajante las cuestiones de invalidez del matrimonio, regidas, para el canónico y el civil, respectivamente, por los textos del *Codex* y del Código, de las de eficacia e ineficacia que, a juicio de los autores, dependen fundamentalmente de la Ley civil: sobre todo, de los artículos 51 y 69 del Código. Sobre esta base correcta se plantea la distinción cuatrimembre de los matrimonios, según su validez y eficacia (matrimonio válido eficaz, matrimonio válido ineficaz, matrimonio inválido eficaz y matrimonio inválido ineficaz), y la diversificación de los casos a que puede referirse el artículo 51 del Código civil. Son de señalar las páginas que tratan del matrimonio putativo, donde veo con particular agrado sustancialmente recogidas y desenvueltas mis ideas sobre el tema (confróntese mi estudio *El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial*, en «Anuario de Derecho Civil», t. XIV, 1961, págs. 343-382).

El análisis de los efectos personales del matrimonio entre los cónyuges se aborda en el capítulo V, y la organización económica en general de la sociedad conyugal, en el VI. Especialmente cuidada está la exposición de la publicidad del régimen patrimonial del matrimonio, tema nuevo en nuestro Derecho, mas la profunda modificación introducida por la Ley y el Reglamento del Registro civil.

Uno de los mejores capítulos del volumen es el VII, dedicado a las capitulaciones matrimoniales. Se profundiza en el concepto, caracteres, requisitos, contenido, novación e ineficacia de los capítulos matrimoniales, una materia casi olvidada por la doctrina, que es reordenada y estudiada a fondo.

Las donaciones *propter nuptias* y la dote (cap. VIII) y la sociedad legal de gananciales (cap. X) están muy bien tratadas.

Particular interés ofrece el capítulo IX sobre las masas patrimoniales en general y sobre los bienes parafernales en particular, verdadera «clave» de toda la parte de la obra que versa sobre la economía del matrimonio.

El volumen continúa con la exposición de otros regímenes económicos del matrimonio (comunidad universal, separación absoluta y régimen dotal) y de las situaciones anormales en el matrimonio (la llamada «separación judicial» y la administración y enajenación de los bienes del matrimonio en los estados anómalos) (caps. XI y XII, respectivamente).

Tras el estudio del régimen económico del matrimonio en el Derecho foral (cap. XIII) y del Derecho matrimonial internacional e interregional (cap. XIV), se acomete la exposición de la filiación en general (capítulo XV), filiación legítima (cap. XVI), legitimada (cap. XVII), reconocida (cap. XVIII), ilegítima no reconocida (cap. XIX) y adoptiva (capítulo XX). La patria potestad, el parentesco, con la deuda alimenticia entre parientes, y la tutela, con todo su régimen, constituyen la materia de los cinco últimos capítulos de la obra (XXI a XXV).

Estamos ante un libro destinado primordialmente a los estudiantes universitarios, mas en el que todos los juristas encontrarán sanas ideas renovadoras. Un libro, en suma, «distinto, pero como siempre», porque es de Derecho civil, el Derecho de la tradición jurídica; esto es, de la *renovación* y no de la conservación ni de la innovación. De momento, podrá parecer a algunos ultraconservadores un tanto «herético»: con el tiempo—estoy seguro—devendrá una obra «clásica».

JUAN B. JORDANO BAREA.

SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: *Lo económico-administrativo: historia y ámbito*. Editora Iberoamericana, S. A.

La monografía, con la que su autor trata de ofrecernos un estudio exhaustivo de esta jurisdicción híbrida, termina con un prolijo índice general, cuya esquemática lectura inicial rinde eficaz testimonio de la minuciosa inmersión del escritor en la profusa selva de unas variadas fuentes de conocimiento, principalmente legales y jurisprudenciales.

El mismo título de la obra encuentra su reflejo en la posterior articulación triple de este trabajo. La primera parte del libro estudia la Historia de lo económico-administrativo, partiendo de unos límites preelegidos. Desde el punto de vista objetivo, se restringe el autor a la consideración exclusiva del procedimiento económico-administrativo relacionado con la gestión tributaria. También se impone otra barrera temporal. Sólo estudiará con detenimiento el siglo XIX, especialmente a partir de la legislación de 1881, y lo que va del nuestro hasta el año 1966. Sin embargo, la historia de lo económico-administrativo necesita apoyarse en algunos hitos precursores. Por ello no se puede pasar por alto el Reglamento de Procedimiento de 1871. Con la Ley de Bases de 1881 se inicia una fluencia legislativa, de la que son momentos descollantes: el Reglamento de 31 de diciembre de aquel mismo año, con puntualizaciones interesantísimas en materia procedimental, en la que se admitieron cuatro recursos diferentes; el Reglamento de 1890, con una interesante definición del acto administrativo; el Real Decreto de 1899, debido a FERNÁNDEZ VILLAVEDE, intentando crear órganos propios de resolución en el ámbito provincial, que sufrió cambiantes avatares en los años 1902 y 1903, hasta llegar al específico Reglamento de 1924, en el que se les otorga franca carta de naturaleza; el Real Decreto de 5 de septiembre de 1910 y la Real Orden de 6 febrero de 1917, movidos por un *desideratum* de agilidad expedienta, trataron de acelerar la tramitación de los procedimientos; 1924-1934, dos fechas que separan una década en la que lo económico-administrativo se permeabiliza a la entronización de garantías procedimentales, como son las normativas referentes a las devoluciones de ingresos indebidos, rectificación de errores materiales y admisión del recurso de reposición; la aparición del nuevo Reglamento de 1959 deja en pie toda una polémica en torno al recurso de reposición.

La segunda parte se consagra al estudio del ámbito de lo económico-administrativo. En primer término, se pasa revista a las materias propias de la Hacienda estatal, haciendo hincapié en el estudio de los aspectos referentes a la personalidad, en los apremios administrativos, en las exenciones y bonificaciones, en el principio general de competencia y en las obligaciones y pagos del Estado. Más adelante se detiene el autor en la consideración, de otras materias alineadas en el ámbito de lo económico-administrativo: acuden a la cita las normas referentes a tasas y exacciones parafiscales, la normativa contenciosa sobre Clases Pasivas, la problemática económico-administrativa referente a las Haciendas Locales, los aspectos referentes a la concesión de Reclamaciones y, en fin, se hace parada y fonda conceptual en el estudio del inciso final del artículo 1.º del nuevo Reglamento, cuando abre sus puertas, en amplio cobijo, a esas «cualesquiera otras materias respecto de las que, por concepto legal expreso, así se declare».

La tercera parte de la tesis doctoral de SERRERA CONTRERAS agota el

ciclo del mundo económico-administrativo, al consagrarse al análisis de las parcelas excluidas de su ámbito. En primer lugar, la materia civil; en segundo término, todo lo relacionado con la venta de bienes del Estado (los flecos que todavía cuelgan del proceso desamortizador se han de regular por el Derecho común, según exige la moderna Ley del Patrimonio del Estado); asimismo, queda al margen de lo económico-administrativo, el Derecho penal, la dogmática referente al contrabando y el cúmulo de procedimientos especiales caracterizados por deferirse la competencia enjuiciadora al Ministro. Finalmente, escapan también a la *vis* atractiva de esta jurisdicción *sui generis* los actos especialmente exceptuados por una Ley y las condenas en costas recaídas contra el Estado. Agotada esta tesis exhaustiva, el autor nos ofrece todavía 30 páginas más de meditada recapitulación.

Merece elogio la monografía-tesis de SERRERA, por representar por primera vez en España el deseo de ofrecer un estudio histórico-vigente de la jurisdicción económico-administrativa. El autor ata muchos cabos que habían quedado sueltos en precedentes trabajos sobre la especialidad, algunos de firmas prestigiosas. Si primero ancla su nave doctrinal en en firme apoyo de la Historia, luego sabe navegar por los claros mares de las Leyes y de las decisiones jurisprudenciales. Y obvia con cuidado los escollos de un pedante dogmatismo. Nuestros lectores que suman en el haber de esta interesante obra jurídica.

JOSÉ MENÉNDEZ.

TRABUCCHI, Alberto: *Instituciones de Derecho civil*. Traducción con notas y concordantes de Derecho español por LUIS MARTÍNEZ CACCERRADA, II volúmenes, 529 págs. y 488 págs.

Los libros de *Instituzioni di Diritto Privato* son los manuales que en las Facultades italianas de Derecho se estudian en el Primer Curso de la Licenciatura. Los planes de estudios de aquel país ordenan que se dé a los estudiantes, en el Primer Curso de la carrera, una visión panorámica de todo el Derecho privado. Es claro que, precisamente por ser panorámica, esta visión ha de ser necesariamente muy somera y simplificada. Estos libros de *Instituciones* son, por lo general enormemente didácticos para la persona que se inicia en el estudio de la disciplina y, generalmente, muy claros.

Entre estos libros de *Instituciones*, éste del profesor TRABUCCHI, junto con los de BRANCA y TORRENTE, ha alcanzado una indudable difusión por su indiscutible acierto. La versión española, en la cual se observa el escrupuloso trabajo del traductor, es sin duda muy cuidada, aunque en ocasiones demasiado literal. A veces, también el traductor ha preferido dejar determinadas expresiones en el idioma original.

Cabría quizá cuestionar sobre la oportunidad de la versión, pues se trata, como ya he dicho, de un libro para estudiantes de Primer Curso en el plan de estudios italiano, que, por consiguiente, entre nosotros no podrá ser utilizado con este fin. El libro será de utilidad—es cierto—para aquellas personas que se interesan por conocer en esquema el Derecho privado italiano. Ocurre, sin embargo, que a las personas que sienten este tipo de preocupaciones suele serles fácilmente asequible la obra original, cuya lectura es siempre preferible. Por ello, ahora que se habla

tanto de planificación, creo que sería útil una planificación de las traducciones de libros extranjeros. Por supuesto, que no se trata de cerrar el paso a las obras de autores de otros países, pues en la doctrina extranjera, siempre hemos aprendido y siempre seguiremos aprendiendo. Se trata únicamente de señalar que esas traducciones deben dirigirse hacia libros de vigencia universal o, por lo menos, hacia libros poco asequibles para el lector español, como puede ser buena parte de los libros alemanes o incluso la literatura jurídica anglosajona.

D. P.

ZIPPELIUS, Reinhold: *Das Wesen des Rechts* («El ser del Derecho»).

Editorial C. H. Beck, München, 1965, 157 págs.

No resulta frecuente que los libros dedicados a estudiar cuestiones filosóficas, entre las que hay que incluir, claro está, las iusfilosóficas, se distingan por su claridad. Parece como si la altura de los temas impidiese conjugar la precisión con un desarrollo fácilmente inteligible. Son por ello dignos de alabanza aquellos escritos en los que encontramos tal logro, y entre ellos hay que incluir la obra que comentamos del profesor alemán R. ZIPPELIUS. En efecto, sorprende agradablemente al lector la fácil inteligencia del libro, que no decae a lo largo de sus páginas. No puede descartarse que, a este respecto, haya influido, quizá en el autor el fin para el que estaban destinados estos escritos, pues son una serie de artículos sobre temas de Filosofía del Derecho, que más tarde aparecieron en el *Evangelisches Staatslexicon*. Por consiguiente, no se trata de un estudio sistemático sobre el tema que anuncia el libro—éste no es más que el título del primer capítulo—, sino una serie de estudios sobre los temas fundamentales de la Filosofía jurídica. No se piense, empero, que se trata de una mera recopilación de artículos. Por el contrario, creemos que se puede hallar cierta sistemática en la obra. Pensamos que en ella pueden distinguirse dos partes: la primera dedicada al estudio del ser del Derecho—capítulos I y II—, analizándose en la segunda el contenido de las normas jurídicas, prestando especial atención a los principios informadores de un orden jurídico justo—capítulos III y siguientes—.

Comienza su primera parte estudiando la formación del concepto del Derecho, empleando para ello el método fenomenológico. Fijado el concepto, pasa a exponer las distintas teorías que sobre el Derecho se han manifestado, en este sentido recoge la noción del Derecho sustentada por la escuela histórica, por el positivismo filosófico, por el neokantismo, etcétera. Completa esta parte tratando el problema de la vigencia que se analiza en sus modalidades de normológica, social y ético-social, considerando sus divergencias y puntos en común.

Mucho más extensa es su segunda parte, en la que, a su vez, creemos poder distinguir tres partes. La primera está dedicada a la materia del Derecho. La consideración de los principios que deben informar un orden jurídico justo, constituyen la segunda; siendo la tercera el estudio de la estructura fundamental de la sociedad. El Derecho se encuentra siempre ante intereses, materiales o espirituales, que debe ponderar y distinguir. Al análisis de esta relación entre el Derecho y su materia viene dedicado este capítulo. En el siguiente comienza ya a estudiar los principios informadores del orden jurídico: la justicia, la seguridad

jurídica y la libertad. Cada uno de ellos es analizado con una extraordinaria minuciosidad. Así, por ejemplo, al hablar de la justicia, recoge los problemas del Derecho natural, del mundo circundante, del formalismo, de la igualdad y del orden de valores, etc. Otro tanto podría decirse del capítulo dedicado a la seguridad jurídica, donde tras señalar su fundamental importancia, y recoger sus formas de aparición, trata el interesante tema de la relación entre el sentimiento jurídico y las normas generales. En fin, la libertad es estudiada en sus distintas concepciones, liberal, kantiana, hegeliana, etc. Junto a las cuestiones de la libertad jurídica y social, recoge la tan debatida del libre albedrío. Completa el libro con el estudio de la estructura fundamental de la sociedad, analizándola en sus concepciones de organismo y de estructura de relaciones reales, concluyendo con el estudio de la estructura dialéctica de la sociedad.

Como puede verse, a través de esta somera reseña, son tratados en la obra los más importantes problemas que tiene planteados hoy la Filosofía jurídica. Y en este sentido, el libro puede significar una eficaz ayuda para aquellos que deseen una información sucinta sobre cualquiera de los temas tratados, la claridad de la exposición, a la que antes aludíamos, facilita en gran manera la tarea. También puede ser de utilidad a los estudiosos, pues el autor no deja de aportar agudas notas críticas al exponer los problemas. Es una lástima que la obra sea un tanto breve, ya que tan numerosas e interesantes son recogidas, holgadamente, en un libro de apenas 150 páginas, y de un formato en 8.º Creemos que esta brevedad constituye su principal defecto.

JOSÉ R. CASABÓ.

REVISTAS

BOLETIN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Número 3 del año 1967.

La presunción posesoria del Catálogo de Montes y la que a favor del titular de dominio inscrito establece la Ley Hipotecaria, por Jenaro Navarro, págs. 363 a 368.

El deficiente sistema de publicidad que precede a la inclusión de montes en el Catálogo hace que la presunción posesoria reconocida por el artículo 10 de la Ley de Montes no pase de ser un mito. De ahí que, en su posible y frecuente colisión con las normas hipotecarias, que proclaman el principio de legitimación registral, no deba en modo alguno prevalecer. La pugna entre la presunción del catálogo y la que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria ha de resolverse, dice el autor, en el sentido de que el titular inscrito se presume que posee, y no puede ser privado de esta posesión por la Administración.

Esto es elemental, no cabe duda.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Abril-junio de 1967.

Sistema actual español para determinar la filiación, por Daniel Ferrer Martín, págs. 255 a 295.

La filiación, aunque con notorias repercusiones sociales, es una insti-

tución de Derecho privado. No obstante, la última reforma de la legislación del Registro Civil ha rebasado los límites propios de su ámbito introduciendo modificaciones que a veces invaden la esfera del Derecho material. Sobre esta base, el autor hace un extenso examen crítico de las conexiones entre ambas normativas.

Apuntes para la construcción de un Derecho registral de la propiedad industrial, por Pedro Luis Serre-
ra Contreras, págs. 297 a 357.

Reconocido el doble aspecto moral y patrimonial de esta propiedad, el autor se ciñe a este último, y dentro de él, a su faceta adjetiva registral. La dificultad del tema deriva de la materia a registrar (a caballo entre el Derecho civil y el administrativo); de sus inevitables conexiones con los principios del ordenamiento hipotecario, que servirán de modelo en muchos casos para articular las consecuencias y efectos de esta peculiar registración; y de su faceta procesal. De ahí el interés del trabajo, que ahonda en materia tan sinuosa como poco explorada.

Examen sustantivo fiscal del Código civil, por José Menéndez, páginas 359 a 377.

El Derecho público fiscal invade día a día el campo del estricto Derecho privado. Para demostrarlo, el autor escoge entre el copioso ar-

ticulado del Código civil diversas materias víctimas de esta influencia, aunque libres a primera vista de conexiones tributarias. Tales son: la aceptación de la herencia, el régimen transitorio de la prescripción, la posesión de buena fe, los contratos sobre servicios públicos, la disposición transitoria número 13 y el usufructo de finca hipotecada.

REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL Y AMERICANO

Número 14, octubre-diciembre de 1966.

La parcelación de fincas rústicas con fines urbanísticos y sus problemas por Rafael Chinchilla Rueda, págs. 139 a 151.

La inexistencia de una normativa específica que atienda al fenómeno presente de la edificación privada, residencial y en masa, sobre fincas rústicas de privilegiada situación climatológica y estética, exige acudir al complejo de normas civiles e hipotecarias y a la Ley del Suelo, para perfilar el estatuto jurídico de estas urbanizaciones. En tal estatuto, distingue el autor dos momentos o fases, según que la finca permanezca todavía en el patrimonio de los promotores o se haya iniciado la segregación y venta de parcelas. En la primera fase, estudia dos importantísimas cuestiones: la identificación integral del inmueble objeto de urbanización y las condiciones de aprovechamiento de las fincas segregadas y del resto de la finca matriz. La segunda fase presupone, en el orden físico, la terminación de las obras de parcelación urbanística, y en el jurídico, la atribución de la naturaleza de solares a las parcelas urbanizadas. Cumplido este doble presupuesto, material y jurídico, se formalizarán las operaciones de venta por la vía

instrumental de la escritura y la posterior y necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad. El autor termina su documentado trabajo examinando los problemas de técnica notarial y registral anejos a las operaciones de segregación y venta de los solares.

Número 15, enero-marzo de 1967.

La idea de justicia en las letras clásicas españolas, por José María Pemán, págs. 11 a 25.

La vida del Estado y sus problemas, por Giorgio del Vecchio, págs. 29 a 38.

El personal directivo de las Empresas nacionales, por Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, págs. 39 a 53.

La expropiación forzosa y la Ley de Reforma Agraria y Colonización del Ecuador, por Renán Flores Jaramillo, págs. 55 a 73.

Tres conclusiones extrae el autor del examen de la vigente legislación ecuatoriana sobre expropiación: la pluralidad de disposiciones de distinto rango, que critica; la existencia de algunos supuestos no indemnizables; y el importante papel que desempeña el principio de función social.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Número 68, marzo-abril de 1967.

La extinción de la obligación tributaria, por Manuel Díez Alegria Frax, págs. 9 a 68.

La idea central que informa la problemática de la extinción de la

obligación tributaria radica, según el autor, en el carácter con que actúa la Administración, gestora de unos intereses que no le son propios y a cuya gestión le obliga la propia Ley.

Número 69, mayo-junio de 1967.

Problemas de la imposición general sobre el consumo, por Cesare Cosciani, págs. 217 a 242.

El derecho real de hipoteca en relación con el Impuesto General sobre las Transmisiones Patrimoniales, por Félix Benítez de Lugo y Guillén, págs. 243 a 279.

Glosa de los preceptos fiscales sobre la materia, de la que destacamos como cuestiones de mayor interés las siguientes:

a) No hay justificación lógica para tomar diferentes bases en la constitución y transmisión de hipoteca.

b) En las voluntarias bilaterales, la exigencia del impuesto como requisito previo a la inscripción registral provoca la paradoja de tributar por un acto todavía no nacido.

c) En las unilaterales, la liquidación debe suspenderse hasta tanto conste la aceptación del presunto acreedor hipotecario, que es además el sujeto pasivo del impuesto.

d) En las legales expresas se aplicarán las reglas generales; no así en las tácitas que no constituyen materia tributaria.

e) En las hipotecas con cláusula de estabilización servirá de base la cantidad inicialmente garantizada, sin perjuicio de una ulterior rectificación si la cláusula actúa.

f) En las anotaciones de crédito refaccionario que den lugar a ulterior hipoteca, estima lo más justo, practicar una liquidación por diferencias en las bases, no en los tipos.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Octubre de 1967.

Naturaleza jurídica de la obligación, por F. Bonet Ramón, páginas 835 a 850.

Alcance de la calificación del Registrador mercantil, por Enrique Giménez Arnáu, págs. 851 a 857.

Comentario a la reciente Resolución de 16 de marzo de 1967, que sigue el criterio sostenido por el autor en la Comisión redactora del nuevo Reglamento del Registro Mercantil, de que la calificación del Registrador en orden a la legalidad del contenido de los documentos, deberá limitarse a examinar si el referido contenido infringe o no de manera clara, directa y concreta, alguna disposición legal de carácter imperativo, de modo que cualquier otra clase de infracción no impida la inscripción.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 59, abril-junio de 1967.

La propiedad forestal en España, por Angel Pérez Carballo, páginas 9 a 56.

El autor pone de relieve el acusado y progresivo intervencionismo estatal sobre este tipo de propiedad; las distintas facetas en que se materializa; y los órganos a través de los cuales se instrumenta.

Sobre los montes vecinales, por Ramón Martín Mateo, págs. 63 a 73.

Aborda el problema de aquellos montes no comunales, ubicados es-

pecialmente en zonas del norte y noroeste de España, que permanecen adscritos a comunidades sin personalidad, carentes de un estatuto jurídico claro que dificulta su racional explotación y mejora por los grupos vecinales que los aprovechan.

Los conceptos económicos y su evolución en la ordenación de montes, por Jaime Pelfort Batalla, páginas 77 a 88.

Análisis técnico de beneficios en los montes ordenados conforme a un criterio racional de explotación.

El sector forestal en relación con la balanza comercial agraria, por Fernando Cruz Conde, págs. 91 a 104.

Reflejo en el sector forestal del creciente desequilibrio de la balanza comercial agraria, conforme a los resultados que arroja el comercio exterior de productos agrícolas durante el cuatrienio 1962-1965.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

Número 25, año 1966.

De la protección gremial al vigente sistema de seguridad social, por Carlos del Peso Calvo, págs. 7 a 59.

La responsabilidad contractual y extracontractual del transportista aéreo, por Emiliano Casado Iglesias, págs. 61 a 123.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Septiembre de 1967.

La prohibición de las prácticas restrictivas colusorias en la legislación española, por José Agustín Pellicer, págs. 229 a 271.

Servicios públicos prestados por sujetos de Derecho privado, por Gustavo Vignocchi, págs. 272 a 308.

Magnitud y sentido de la revalorización de las rentas urbanas, por José María Plans de Bremond, páginas 310 a 322.

En torno a los conceptos de «abandonado» y «expósito» como sujetos de la adopción, por Joaquín Arce y Flórez Valdés, págs. 323 a 343.

Octubre de 1967.

La reforma de la Empresa capitalista, por Juan Manuel Fanjul Sedeño, págs. 418 a 445.

El nuevo Código civil portugués, por Pascual Marín Pérez, páginas 446 a 480.

La prohibición de las prácticas restrictivas colusorias en la legislación española (conclusión), por José Agustín Pellicer, págs. 481 a 619.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 276, septiembre de 1967.

La codificación de los principios de Derecho internacional referente a las relaciones amistosas y a la cooperación entre los Estados: el derecho a la igualdad soberana, por Antonio Marín López, páginas 762 a 776.

Los arrendamientos urbanos ante el Tribunal Supremo, por Juan V. Fuentes Lojo, págs. 777 a 781.

REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO

Números 24 y 25, enero-diciembre de 1965.

Nociones generales sobre los títulos valores, por F. de Solá Cañizares, páginas 20 a 48.

Introducción al Derecho comparado, por René Rodiere, págs. 49 a 127.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Octubre-diciembre de 1967.

El billete o carta de porte como requisito legal en el contrato de transporte, por Jaime Roselló Picornell, págs. 823 a 844.

El proceso de la fijación de la responsabilidad civil derivada de la energía atómica, por R. Gay de Montellá, págs. 845 a 860.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Mayo-junio de 1967.

Naturaleza, fines y principios generales de la legislación urbanística. Su influencia en el Derecho privado, por Francisco Lucas Fernández, págs. 13 a 32.

El poder público, la propiedad privada y la urbanización, por Olivier Deupeyroux, págs. 53 a 70.

La valoración del suelo y el derecho urbanístico en Italia, por Giancarlo Mengoli, págs. 71 a 86.

Julio-septiembre de 1967.

La política del suelo y el urbanismo en Francia, por P. Rosillón, páginas 13 a 22.

Situación general del urbanismo en España, por Pedro Bidaigor Lasarte, págs. 24 a 70.

Urbanismo y Derecho, por Gerd Albers, págs. 71 a 92.

T E M I S

Número 21, año 1967.

Como cariñoso homenaje al profesor Sánchez del Río y Peguero,

con motivo de su jubilación académica, recoge este número de la Revista *Temis* un brillante ramillete de trabajos monográficos de varios colegas universitarios españoles y extranjeros, que enfocan en su

mayoría aspectos y cuestiones de Derecho romano, disciplina que durante más de veinte años enseñó el ahora homenajeado, en su Cátedra de la Facultad zaragozana.

F. M. C.